

Michael Mark Reich

**Die ökonomische Analyse des Urheberrechts
in der Informationsgesellschaft**



Herbert Utz Verlag · München

Law and Economics

Band 28

Zugl.: München, Univ., Diss., 2004

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die
der Übersetzung, des Nachdrucks, der Entnahme von
Abbildungen, der Wiedergabe auf photomechani-
schem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in
Datenverarbeitungsanlagen bleiben – auch bei nur
auszugsweiser Verwendung – vorbehalten.

Copyright © Herbert Utz Verlag GmbH · 2006

ISBN 3-8316-0374-X

Printed in Germany

Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · www.utzverlag.de

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	19
1. Kapitel: Die ökonomische Analyse des Urheberrechts.....	23
A Die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Urheberrechts.....	23
I Die allgemeinen wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts und ihre Grenzen	23
1 Das ökonomische Verhaltensmodell und seine Grenzen	24
a Das ökonomische Verhaltensmodell.....	24
aa Rationalität.....	25
(1) Vollständige Rationalität	25
(2) Begrenzte Rationalität.....	26
(3) Organische Rationalität	26
bb Eigennützigkeit	27
b Die Grenzen des ökonomischen Verhaltensmodells.....	27
aa Grundsätzliche Verwertbarkeit des ökonomischen Verhaltensmodells	28
(1) Die Grenzen der Annahme der Rationalität und Eigennützigkeit	28
(2) Konsequenzen für die ökonomische Analyse des Rechts.....	29
bb Verwertbarkeit des ökonomischen Verhaltensmodells im Urheberrecht.....	30
(1) Verhaltensweisen, die sich durch das ökonomische Verhaltensmodell erklären lassen.....	30
(2) Verhaltensweisen, die sich durch das ökonomische Verhaltensmodell nicht erklären lassen	32
(a) Der kreative Schaffensprozeß.....	32

(aa)Die dem kreativen Schaffensprozeß zugrundeliegenden Motivationen	33
(bb)Konsequenzen für die Anwendung der ökonomischen Analyse	36
(b) Die Weigerung, bestimmte aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht resultierende Rechte zu lizenzieren	37
(aa)Weigerung zur Erteilung von Lizenzen	38
(bb)Konsequenzen für die Anwendung der ökonomischen Analyse	38
c Zwischenergebnis	41
2 Die Effizienzkriterien der Wohlfahrtsökonomik und ihre Grenzen	42
a Die Effizienzkriterien der Wohlfahrtsökonomik	42
aa Das Pareto-Kriterium	42
bb Das Kaldor/Hicks-Kriterium	43
b Die Grenzen der Effizienzkriterien	44
aa Das Problem des interpersonellen Nutzenvergleichs... ..	44
(1) Das Pareto-Kriterium	44
(2) Das Kaldor/Hicks-Kriterium	45
bb Die Kritik der Neuen Institutionenökonomik	46
c Zwischenergebnis	47
II Die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Urheberrechts und ihre Grenzen	47
1 Das Coase-Theorem und seine Grenzen	48
a Das Coase-Theorem	48
aa Effizienzthese	48
(1) Marktversagen wegen (negativer) Externalitäten ..	48
(2) Marktversagen aufgrund öffentlicher Güter	49
(a) Fehlallokation von Ressourcen: Das Problem der Allmendegüter	50
(b) Die Unterversorgung mit öffentlichen Gütern: Die Trittbrettfahrerproblematik	51
(3) Der Lösungsansatz von Coase	52
bb Die Invarianzthese	55
b Die Grenzen des Coase-Theorems	56

aa	Die Grenzen des Wettbewerbsmarktparadigmas	
	als Grenzen der Effizienzthese des Coase-Theorems ..	56
	(1) Die Grenzen der Effizienzthese im allgemeinen....	56
	(a) Fehlende Transaktionskosten	57
	(b) Konvexität der Präferenzen	58
	(c) Fehlende Umverteilungskosten	59
	(d) Strategisches Verhalten.....	60
	(e) Fehlende Beteiligung Dritter	60
	(2) Die Grenzen der Effizienzthese für	
	die ökonomische Analyse des Urheberrechts	61
	(a) Fehlende Transaktionskosten	61
	(b) Konvexität	62
	(c) Fehlende Umverteilungskosten	63
	(d) Strategisches Verhalten.....	63
	(e) Fehlende Beteiligung Dritter	63
bb	Die Grenzen der Invarianzthese.....	64
	(1) Die Grenzen der Invarianzthese im allgemeinen ...	64
	(a) Völlige Abwesenheit von Transaktionskosten .	64
	(b) Empirische Erkenntnisse	66
	(c) Zwischenergebnis	67
	(2) Die Grenzen der Invarianzthese im Rahmen	
	der ökonomischen Analyse des Urheberrechts	67
c	Zwischenergebnis: Das Coase-Theorem	68
2	Die Property-Rights-Theorie und ihre Grenzen.....	69
a	Die Property-Rights-Theorie	70
aa	Grundlagen.....	70
	(1) Der Begriff des „Property Rights“	70
	(a) Ausschließlichkeit	71
	(b) Frei Übertragbarkeit	72
	(2) Die Funktionen der Property Rights	72
	(a) Die Allokationsfunktion der Property Rights...	73
	(b) Die Anreizfunktion der Property Rights.....	73
	(3) Zwischenergebnis.....	74
bb	Für die ökonomische Analyse des Urheberrechts	
	relevante Erkenntnisse	75
	(1) Die Entstehung von Property Rights.....	75

	(a) Die Gewinne aus der Internalisierung übersteigen deren Kosten	75
	(b) Die Kosten der Grenzziehung und Überwachung sinken	76
	(c) Zwischenergebnis	77
	(2) Der Schutz vor Rechtspositionen nach Calabresi und Melamed.....	77
	(a) Property Rules und Liability Rules	77
	(b) Inalienability Rules.....	79
b	Die Grenzen der Property-Rights-Theorie für die ökonomische Analyse des Urheberrechts	80
aa	Urheberrechtliche Befugnisse und der Begriff der Property Rights	81
bb	Urheberrechtliche Befugnisse und die Funktion der Property Rights	82
	(1) Die Wirkung: Das Urheberrecht internalisiert externe Effekte	83
	(a) Kreative Werke sind öffentliche Güter	83
	(aa) Unerschöpflichkeit	83
	(bb) Keine Möglichkeit des Ausschlusses.....	84
	(b) Die Internalisierung der externen Effekte durch das Urheberrecht.....	84
	(2) Die Funktion: Die Internalisierung bewirkt einen Anreiz	85
c	Zwischenergebnis: Die Property-Rights-Theorie	86
3	Die Transaktionskostentheorie	87
a	Die Transaktionskostentheorie	87
aa	Natur der Transaktionskosten	87
	(1) Ausschlußkosten	88
	(2) Kosten der Transaktion selbst	88
bb	Bedeutung der Transaktionskosten	89
b	Die Verwertbarkeit der Transaktionskostentheorie für die ökonomische Analyse des Urheberrechts	89
4	Simulierung des Marktmechanismus	90
a	Theorie der Simulierung des Marktmechanismus	90

b	Verwertbarkeit der Theorie der Simulierung des Marktmechanismus für die ökonomische Analyse des Urheberrechts	91
III	Zwischenergebnis: Grundlagen der ökonomischen Analyse des Urheberrechts	92
B	Die ökonomische Analyse des Urheberrechts	94
I	Die grundsätzliche Auseinandersetzung um das Urheberrecht ...	94
1	These: Das Urheberrecht beseitigt ein Marktversagen	94
2	Antithese: Das Urheberrecht führt zu einem Marktversagen..	95
a	Die strenge Monopoltheorie	95
b	Die modifizierte Monopoltheorie	96
3	Synthese: Das Monopol ist notwendig.....	98
a	Die Notwendigkeit des Urheberrechts.....	99
aa	Alternative Appropriationsmechanismen	99
(1)	Zeitvorsprung	100
(2)	Kampfaufgaben.....	101
(3)	Indirekte Appropriation	102
(4)	Drohung mit reziprokem Verhalten.....	103
bb	Differenzierung nach der Notwendigkeit des Urheberrechtsschutzes	104
(1)	Vorgeschlagene Differenzierungen	104
(2)	Ablehnung der Differenzierung	105
cc	Die Notwendigkeit der Wettbewerbsbeschränkung...	107
(1)	Knappheitsdiskussion.....	107
(2)	Das Risiko des Marktversagens muß hingenommen werden	108
II	Feinfragen	110
1	Welche Externalitäten sind wie zu internalisieren?.....	110
a	Zu internalisierende Externalitäten.....	111
aa	Externe Effekte	111
(1)	Der private Mehrwert	111
(a)	Der wirtschaftliche Nutzen des Verwerters	112
(b)	Der rezeptive Werkgenuß	112
(aa)	Rechtssprechung.....	113
(bb)	Rechtswissenschaft	114
(2)	Der gesellschaftliche Mehrwert	116

bb	Verursachung des externen Effekts	
	durch den Urheber	118
b	Art der Internalisierung	120
2	Property Rules oder Liability Rules	121
a	Property Rules und Liability Rules im Urheberrecht	122
b	Property Rule oder Liability Rule?.....	122
aa	Property Rules sind grundsätzlich vorzugswürdig	122
(1)	Gleichwertigkeit von Property Rules	
	und Liability Rules	123
(a)	Die Thesen von Ayres und Talley.....	123
(b)	Die Analyse von Pethig	125
(2)	Property Rights sind grundsätzlich vorzuziehen..	127
(a)	Notwendigkeit der Bestimmung des Wertes	
	der Nutzung durch den Markt.....	127
(aa)	Allgemein: Vorteile der Bestimmung	
	der Transaktionsbedingungen	
	durch die Parteien	128
(bb)	Vorteile der Wertbestimmung	
	durch die Parteien	130
(b)	Möglichkeiten der Preisdiskriminierung	133
(c)	Liability Rules sind nicht grundsätzlich	
	ungeeignet.....	133
bb	Ausnahmen vom Grundsatz der besseren Eignung	
	der Property Rules	135
(1)	Property Rule erst, wenn der Schaden	
	aus dem Eingriff höher ist als der Gewinn.....	135
(2)	Liability Rules bei prohibitiv hohen	
	Transaktionskosten.....	137
(a)	Der Ansatz	137
(b)	Keine Präjudizierung der Frage	
	nach den Transaktionskosten	139
(aa)	Die Argumentation Brinkmanns	139
(bb)	Die Argumentation Hardys	140
(cc)	Ausschließlichkeitsrechte führen	
	regelmäßig zu überhöhten	
	Transaktionskosten	142
c	Ergebnis.....	142

aa	Berücksichtigung dieses Ergebnisses in der amerikanischen Literatur und Rechtsprechung.....	143
bb	Berücksichtigung dieses Ergebnisses in der kontinentaleuropäischen Literatur und Rechtsprechung.....	144
3	Keine Behinderung der kreativen Tätigkeit durch das Urheberrecht	147
a	Das formale Modell von Landes und Posner	147
aa	Urheberrechtsschutz führt zu einem Anstieg der Zahl der geschaffenen Werke.....	148
bb	Urheberrechtsschutz führt zu einer Verminderung der Zahl der geschaffenen Werke.....	149
b	Konsequenz aus dem Modell von Landes und Posner	150
aa	Festlegung eines bestimmten optimalen Maßes an Urheberrechtsschutz.....	150
bb	Unterscheidung zweier Fragestellungen.....	151
c	Umsetzung: Vermeidung von Doppelvergütungen.....	152
4	Bestimmung der optimalen Höhe der Kopierkosten.....	156
a	Das Modell von Koboldt	156
aa	Abweichungen gegenüber Modell von Landes und Posner.....	157
(1)	Keine vollständige Substituierbarkeit zwischen Original und Kopie.....	157
(2)	Konstante Grenzkosten der Kopisten.....	157
(a)	Die Grenzkosten der Kopisten liegen konstant unter denen der Originalhersteller ...	158
(b)	Die Grenzkosten der Kopisten liegen konstant über denen der Originalhersteller....	159
bb	Das Modell von C. Koboldt.....	159
(1)	Niedrige Kopierkosten: Situation 1.....	160
(2)	Hohe Kopierkosten: Situation 2.....	160
(3)	Mittlere Kopierkosten: Situation 3.....	160
b	Bewertung.....	161
C	Zwischenergebnis: Formulierung der Forderungen der ökonomischen Analyse des Urheberrechts.....	162

2. Kapitel: Kritik an der ökonomischen Analyse des Urheberrechts	165
A Die ökonomische Analyse des Urheberrechts als Gesetzgebungstheorie	165
I Der Stellenwert der ökonomischen Analyse des Urheberrechts als Gesetzgebungstheorie.....	166
1 Das rechtspolitische Ziel: volkswirtschaftliche Effizienz.....	166
a Der Gerechtigkeitsgehalt des Effizienzziels.....	167
aa Begründung des Effizienzziels aus dem Verfassungsrecht.....	167
(1) Allgemein.....	167
(2) Im Bereich des Urheberrechts.....	168
(3) Zwischenergebnis.....	171
bb Begründung des Effizienzziels aus dem utilitaristischen Prinzip der Nutzenmaximierung	171
(1) Allgemein.....	171
(a) Schwachstellen der Begründung durch das Prinzip der Nutzenmaximierung	172
(b) Alternative Rechtfertigungsansätze.....	172
(c) Zwischenergebnis	173
(2) Im Bereich des Urheberrechts.....	174
(a) Die Berechtigung von Nützlichkeitsabwägungen zugunsten der Urheberrechtsindustrien	174
(b) Die Berechtigung von Nützlichkeitsabwägungen zugunsten der Volkswirtschaft insgesamt.....	177
(aa)Nützlichkeitsabwägungen in der historischen Entwicklung des Urheberrechts	177
(bb)Nützlichkeitsabwägungen in der aktuellen Diskussion.....	181
cc Zwischenergebnis	184
b Rechtmäßigkeit des Effizienzziels	185
aa Allgemein.....	185
(1) Eingriff in Grundrechtspositionen.....	185

(2) Monetäre Auswirkungen von Reformvorhaben...	186
bb Im Bereich des Urheberrechts.....	186
(1) Eingriffe in Grundrechtspositionen der Urheber..	187
(2) Eingriffe in Grundrechte der übrigen	
am Verwertungsprozeß Beteiligten	188
(a) Sozialbindung des Eigentums.....	188
(b) Eingriff in das Eigentumsrecht Dritter	189
2 Die Privatautonomie als Mittel der Zielerreichung.....	189
a Rückzug des Staates	190
aa Völlige Präferenzautonomie als Selbstwiderspruch:	
das Freiheitsparadox	190
(1) Förderung des Stärkeren.....	193
(a) Problemstellung.....	193
(b) Problemlösung durch	
den deutschen Gesetzgeber.....	194
(2) Schaffung von Monopolstrukturen.....	195
(a) Problemstellung.....	195
(b) Lösungsmöglichkeiten.....	198
(aa)Zurückhaltung bei	
der gesetzlichen Begründung	
urheberrechtlicher Befugnisse	198
(bb)Bekämpfung	
der freiheitsgefährdenden Tendenz	
der Property Rights	
auf kartellrechtlicher Ebene	200
bb Gefahr einer inhaltlichen Beeinflussung.....	203
(1) Problemstellung.....	203
(2) Lösungsmöglichkeiten	204
b Das Problem der „Zirkularität“	205
aa Das Problem.....	205
bb Aktualität des Problems im Urheberrecht.....	206
3 Zwischenergebnis.....	207
II Der Stellenwert der ökonomischen Analyse	
des Urheberrechts bei der Umsetzung europäischer	
Richtlinien in nationales Recht	207

INHALTSVERZEICHNIS

1	Die Ziel- und Mittelbestimmungen der ökonomischen Analyse des Rechts im Recht der Europäischen Union.....	208
a	Die Ziel- und Mittelbestimmungen der ökonomischen Analyse des Rechts im EG-Vertrag	208
aa	Das Ziel der Mehrung des wirtschaftliche Wohlstands.....	208
bb	Die Marktwirtschaft als Mittel der Zielerreichung	209
b	Die Ziel- und Mittelbestimmungen der ökonomischen Analyse des Rechts in den europäischen Richtlinien zum Urheber	210
aa	Das ökonomische Effizienzziel.....	210
bb	Die Marktwirtschaft als Mittel der Zielerreichung	213
c	Zwischenergebnis	215
2	Konsequenzen für die Umsetzung von Richtlinien.....	216
3	Zwischenergebnis.....	217
B	Die ökonomische Analyse des Urheberrechts als Theorie der Gesetzesanwendung	217
I	Allgemein.....	218
1	Der Stellenwert des Effizienzkriteriums	218
a	Das Effizienzkriterium als absolutes und ausschließliches Ziel.....	218
b	Das Effizienzkriterium als relatives Ziel.....	219
aa	Die Kritik des Universalitätsanspruchs.....	219
bb	Die Konsequenzen aus dieser Kritik.....	219
2	Der rechtmethologische Rahmen der Berücksichtigung... ..	222
aa	Die ökonomische Analyse als eigenständiger Ansatz	223
(1)	Verstoß gegen den Grundsatz der Gesetzesbindung der Verwaltung.....	224
(2)	Verstoß gegen den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts.....	225
bb	Die Berücksichtigung der ökonomischen Analyse des Rechts im Rahmen der teleologischen Gesetzesauslegung.....	226
II	Im Bereich des Urheberrechts.....	227

C	Zwischenergebnis	228
3. Kapitel: Die Anwendung der ökonomischen Analyse		
	des Urheberrechts	231
A	Die Erklärung der Rechtsentwicklung	
	durch die ökonomische Analyse des Rechts	233
I	Das Recht der Zugänglichmachung,	
	Art. 3 des Richtlinienvorschlags	234
1	Die Rechtsentwicklung	234
a	Die Rechtsentwicklung in Deutschland	234
aa	Das Recht der öffentlichen Wiedergabe	234
bb	Das Verbreitungsrecht	237
cc	Differenzierungen	238
b	Die europäische Rechtsentwicklung	239
2	Erklärung durch die ökonomische Analyse des Rechts	242
II	Die vorübergehenden Vervielfältigungen, Art. 2	
	und Art. 5.1.	243
1	Die Rechtsentwicklung	243
a	Die nationale Rechtsentwicklung	243
aa	Vorübergehende Vervielfältigung	
	von Computerprogrammen	243
bb	Vorübergehende Vervielfältigung von anderen	
	urheberrechtlich geschützten Werken	244
b	Die ausländische, internationale	
	und europäische Rechtsentwicklung	245
aa	Die ausländische Rechtsentwicklung	245
bb	Die internationale Rechtsentwicklung	246
cc	Die europäische Rechtsentwicklung	246
2	Erklärung der Rechtsentwicklung	
	durch die ökonomische Analyse des Rechts	251
a	Vervielfältigung im Arbeitsspeicher eines Computers	252
aa	Ausschlußkosten	254
bb	Kosten der Transaktion selbst	256
cc	Zwischenergebnis	257
b	Vervielfältigung sonstiger urheberrechtlich	
	geschützter Werke im Rahmen des sog. „Routing“	257

INHALTSVERZEICHNIS

aa	Erklärung durch These 1	257
bb	Erklärung durch These 3	257
c	Ergebnis	258
B	Die Rechtssetzung	259
C	Rechtsanwendung: Die Auslegung des Art. 5, Abs. 1 und der Lösungsvorschlag der ökonomischen Analyse des Rechts	262
I	Das Problem und die juristische Argumentation	262
1	Das Problem	262
2	Die juristische Argumentation	262
a	Abgrenzungskriterien, die den Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 aufgreifen.....	263
aa	Zeitraum des Bestands der vorübergehenden Vervielfältigung	263
bb	Ermöglichen einer gesteigerten Werknutzung	264
b	Eigenständige Abgrenzungskriterien.....	265
aa	Körperlichkeit der Wiedergabe	265
bb	Fungibilität der Kopie: Möglichkeit der Werknutzung	266
cc	Kontrollinteresse des Urhebers	267
dd	Einwilligung des Urhebers.....	267
II	Der Lösungsansatz der ökonomischen Analyse des Rechts	268
	Zusammenfassung und Ausblick	271
A	Zusammenfassung	271
I	Die ökonomische Analyse des Urheberrechts	271
II	Kritik an der ökonomischen Analyse des Urheberrechts.....	274
III	Die Anwendung der ökonomischen Analyse des Urheberrechts	275
B	Ausblick.....	277
I	Schrankenregelung für private Vervielfältigungen	277
II	Das System der pauschalen Vergütung mittels Geräteabgaben ..	280
	Literaturverzeichnis.....	283

Einleitung

In den Jahren 1998 und 1999 stand das Urheberrecht in Brüssel im Blickpunkt der Wirtschaftsunternehmen. Vor allem die Verbände der Medienindustrie, der Telekommunikationsindustrie und der Gerätehersteller versuchten die von der EU-Kommission dem Parlament vorgelegte Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft zu beeinflussen.¹ Man wird annehmen können, daß hinter diesen Bemühungen klar definierte einzelwirtschaftliche Interessen standen.

Hierbei wird nicht nur deutlich, wie stark die Entwicklung des Urheberrechts durch wirtschaftliche Interessen geprägt ist, sondern auch wie schwierig es ist, ein Kriterium zur Beurteilung dieser Interessen zu ermitteln. Eigentlich liegt es nahe, die Berechtigung einzelwirtschaftlicher Interessen anhand volkswirtschaftlicher Kriterien zu beurteilen. Verfolgt man diesen Gedanken jedoch weiter, so stellen sich eine Reihe von Fragen, die beantwortet werden müssen, bevor es überhaupt möglich ist, in sinnvoller Weise volkswirtschaftliche Kriterien zur Anwendung zu bringen. Was ist aus volkswirtschaftlicher Sicht die Funktion des Urheberrechts? Welche volkswirtschaftlichen Folgen hat eine bestimmte Ausgestaltung des Urheberrechts, und welche Ausgestaltung ist volkswirtschaftlich erwünscht? Und nicht zuletzt: ist eine Ausrichtung des Urheberrechts an volkswirtschaftlichen Kriterien an und für sich überhaupt berechtigt und rechtmäßig?

Diese Fragen sind nicht ganz neu. Die Frage nach der volkswirtschaftlichen Funktion des Urheberrechts und seiner volkswirtschaftlich optimalen Ausgestaltung sind vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika im Rahmen der sogenannten ökonomischen Analyse des Rechts aufgeworfen worden. Die ökonomische Analyse des Rechts als juristische Theorie ist aus einer wirtschaftswissenschaftlichen Strömung entstanden, die allgemein als „Neue Institutionenökonomik“² bezeichnet wird. Die Neue Institutionenökonomik stellt eine Weiterentwicklung der neoklassischen Wirtschaftstheo-

1. Vgl. *P. Chapman*, Lobbying War under Way over Copyright Laws, European Voice 25.06.1998

2. Vgl. allgemein hierzu: *R. Richter/E. Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl. Tübingen 1999

rie dar, die sich mit der Frage beschäftigt, wie die vorhandenen knappen Ressourcen eingesetzt werden müssen, um eine bestmögliche Bedürfnisbefriedigung aller Wirtschaftssubjekte zu erreichen. Die neoklassische Wirtschaftstheorie ist „institutionenneutral“, d. h. sie entwickelt Lösungen unabhängig von den jeweils geltenden „institutionellen Rahmenbedingungen“.³ Die Neue Institutionenökonomik bezieht nun diese Rahmenbedingungen mit ein und analysiert sie.⁴ Um die ökonomischen Auswirkungen der institutionellen Rahmenbedingungen zu erfassen, dehnt sie die ökonomische Analyse zunächst auf von den Wirtschaftswissenschaften kaum behandelte Problembereiche aus. Dazu gehören auch die jeweils geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen.⁵ Die ökonomische Analyse des Rechts war daher zunächst eine wirtschaftswissenschaftliche Theorie; ihre Protagonisten waren Ökonomen.

So erschienen in den Vereinigten Staaten während der sechziger Jahre die ersten Aufsätze zweier Volkswirte, die sich mit der ökonomischen Analyse des Rechts befaßten. Während *Guido Calabresi* sich 1961 der ökonomischen Analyse des Deliktsrechts widmete,⁶ setzte sich *Ronald Coase* 1960 mit dem Problem der sogenannten „sozialen Kosten“⁷ auseinander. Beide Arbeiten entstanden unabhängig voneinander. Dennoch ähneln sie sich in ihrem Ergebnis, nämlich der Kritik an staatlicher Intervention und Regulierung. So ging es insbesondere *Coase* um den Nachweis, daß Staatsintervention nicht per se zu einer günstigeren Allokation von Ressourcen führt, als privates Wirtschaften.⁸ Beide Arbeiten entstanden in den Vereinigten Staaten zur Zeit der Krisenerscheinungen infolge der im Rahmen des „New Deal“ eingeführ-

3. Zu diesen Begriffen vgl. *R. Richter/E. Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, a.a.O., S. 1.

4. Vgl.: *R. Richter/E. Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, a.a.O., S. 2.

5. Vgl.: *J. Krähn*, Rechtliche Rahmenbedingungen des electronic data interchange, München 1993, S. 2

6. *G. Calabresi*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, Yale Law Journal 70 (1961), S. 499; In einer späteren Schrift mit dem Titel „The Cost of Accidents“, New Haven 1972 plädiert *Calabresi* etwa für eine nicht verschuldungsbezogene Haftung für Unfälle, um dadurch deren Kosten richtig einzuordnen und die Haftung als Präventivfaktor einzusetzen.

7. *R. Coase*, The Problem of Social Cost, Journal of Law and Economics 1960 (vol. 3), S. 1 ff.

8. *E. Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., in: *H.-D. Assmann/C. Kirchner/E. Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993, S. 1, 3

ten staatlichen und parastaatlichen Interventionsinstanzen zur Kontrolle des Wirtschaftsprozesses.⁹

Amerikanische Juristen sahen die Aufsätze von *Calabresi* und *Coase* zunächst als reine rechtspolitische Stellungnahme gegen staatliche Regulierung.¹⁰ Im Laufe der Zeit fand bezüglich der juristischen Rezeption der ökonomischen Analyse des Rechts ein konzeptioneller Transfer statt, der sich allerdings auf die Rechtsentwicklung in den Vereinigten Staaten beschränkte. Die Rechtsanwender, insbesondere Richter, übernahmen die Perspektive eines hypothetischen Gesetzgebers, der sich die Frage nach den ökonomischen Folgen seiner Entscheidungen stellt. Das heißt, Juristen fragten sich, wie das Recht zu sein habe, um den Anforderungen der ökonomischen Effizienz zu genügen. Das Rechtssystem wurde also, mit den Worten *Lehmans*, im Rahmen einer funktionalen Betrachtungsweise daraufhin untersucht, welchen positiven oder negativen Beitrag es zur Erreichung eines Wohlfahrts-Optimums bzw. eines Pareto-Optimums¹¹ leistet. Die Rechtsordnung wird unter dem Blickpunkt ihrer richtigen instrumentalen Ausgestaltung im Hinblick auf die bestmögliche Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels betrachtet und insoweit auf ihre Effizienz hin untersucht.¹²

Um die bisherigen Erkenntnisse nutzbar zu machen, lohnt es sich sie zu systematisieren und den Versuch zu unternehmen, hieraus den theoretischen Ansatz der ökonomischen Analyse des Urheberrechts zu formulieren sowie konkrete Anforderungen an die Gestaltung des Urheberrechts abzuleiten (1. Kapitel). Dieser Ansatz muß dann daraufhin überprüft werden, ob er sich in den Grenzen hält, die für die Anwendung der ökonomischen Analyse des Rechts in Deutschland postuliert werden (2. Kapitel). Auf dieser Grundlage kann dann versucht werden, den Ansatz der ökonomischen Analyse des Urheberrechts konkret am Beispiel der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft einzusetzen. Dabei soll der Ansatz genutzt werden, um die Rechtsentwicklung als ökonomisch sinnvoll nachzuvollziehen, An-

9. *E. Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., a.a.O., S. 3

10. hierzu und zum folgenden: *E. Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts in den U.S.A., a.a.O., S. 3 f

11. Der Begriff der ökonomischen Effizienz und des Pareto-Optimums bedürfen genauer Erklärung in Abschnitt II.

12. *M. Lehmann*, Bürgerliches Recht und Handelsrecht, Stuttgart 1983, S. 28.

EINLEITUNG

haltspunkte für die Umsetzung der Richtlinie und für deren Auslegung zu liefern (3. Kapitel).

Dabei kann es nicht darum gehen, mit der ökonomischen Analyse des Urheberrechts einen Ansatz zu präsentieren, der es abschließend erlaubt, die Anliegen von Lobbyisten in einem Gesetzgebungsprozeß oder Rechtsauffassungen in einem Gerichtsprozeß als richtig oder falsch zu bewerten. Worum es geht ist der Versuch, mittels der ökonomischen Analyse des Urheberrechts zu juristisch verwertbaren Aussagen darüber zu gelangen, ob ein bestimmtes Anliegen der volkswirtschaftlichen Funktion des Urheberrechts dient, oder ob eine bestimmte Rechtsauffassung zu dem vom Gesetzgeber gewünschten volkswirtschaftlichen Ergebnis führt.

1. Kapitel: Die ökonomische Analyse des Urheberrechts

A Die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Urheberrechts

Der Versuch, die ökonomische Analyse des Urheberrechts als theoretischen Ansatz zu formulieren, setzt notwendig eine Darstellung und Systematisierung der bisher gewonnenen Erkenntnisse voraus. Zu diesem Zweck sollen in diesem Abschnitt zunächst die für die ökonomische Analyse des Urheberrechts maßgeblichen Grundlagen vorgestellt werden. Hierzu werden zunächst die Gedanken dargestellt, auf denen die ökonomische Analyse des Rechts ganz allgemein beruht (I.) und anschließend speziell die in der wirtschaftswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit Eigentumsrechten und eigentumsähnlichen Ausschließlichkeitsrechten entstandenen Theorien erläutert (II.). Dabei steht jeweils die Frage im Vordergrund, ob und inwieweit diese Erkenntnisse auch als Ausgangspunkt der ökonomischen Analyse des Urheberrechts dienen können.

I Die allgemeinen wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts und ihre Grenzen

Das Ziel der ökonomischen Analyse des Rechts ist es, die Rechtsordnung auf ihre Effizienz hinsichtlich der Erreichung eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels zu untersuchen. Um dieses Ziel der ökonomischen Analyse des Rechts deutlicher zu fassen, lassen sich im Anschluß an *Posner*¹³ eine positive und eine normative Fragestellung unterscheiden.

Die positive Fragestellung ist die Analyse der realen Folgen rechtlicher Regeln. Sie geht davon aus, daß durch jede rechtliche Regelung bestimmte

13. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2. Aufl., Boston 1977, S. 17 f. Hierzu und zum folgenden auch: H. Eidenmüller *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2. Aufl., Tübingen 1998, S. 21 ff.

Verhaltensweisen verteuert oder verbilligt werden. Dies wirkt sich dann darauf aus, ob diese Verhaltensweisen vermehrt unterlassen oder gefördert werden. Es ist also eine Prognose erforderlich. Diese Prognose erfolgt auf Grundlage des ökonomischen Verhaltensmodells (hierzu unter 1.).

Die normative Fragestellung der ökonomischen Analyse des Rechts bewertet die festgestellten Folgen als gut oder schlecht. Diese Bewertung erfolgt mittels der Effizienzkriterien der Wohlfahrtsökonomik (hierzu unter 2.).

1 Das ökonomische Verhaltensmodell und seine Grenzen

a Das ökonomische Verhaltensmodell

Die ökonomische Analyse des Rechts erfaßt die realen Folgen rechtlicher Regeln, die durch menschliches Verhalten herbeigeführt werden. Will man vorhersagen, welche Folgen eine rechtliche Regel haben wird, muß man also untersuchen, wie die Menschen darauf reagieren werden. Hierzu wird ein bestimmtes Verhaltensmodell zugrundegelegt, das sog. „*ökonomische Verhaltensmodell*“.

Im wesentlichen beruht dieses Verhaltensmodell auf der Annahme, der Mensch sei ein „rationaler Vermehrer seiner Lebensziele und seiner Befriedigungen – was wir sein Eigeninteresse nennen.“¹⁴ Das ökonomische Verhaltensmodell geht also davon aus, daß die Menschen auf rechtliche Regeln und gerichtliche Standards rational (aa.) und eigennützig (bb.) reagieren.¹⁵

14. R. Posner, Recht und Ökonomie: Eine Einführung in: *H.-D. Assmann/C. Kirchner/E. Schanze* Ökonomische Analyse des Rechts, a.a.O., S. 79 ff, S. 80. Seine Begründung für diese Annahme ist knapp: Es liegt in der Definition des Menschen als rationaler Vermehrer seiner Eigeninteressen, daß die Menschen auf Anreize ansprechen: Verändert sich jemand's Umgebung dergestalt, daß er durch eine Änderung seines Verhaltens seine Befriedigung vermehren könnte, so wird er diese Möglichkeit nutzen.

15. Man bezeichnet dies auch als die „REM-Hypothese“, womit der „rationale, egoistische Mensch“ bezeichnet wird, bzw. im englischen Sprachgebrauch der „resourceful, evaluating, maximizing man.“ Vgl. hierzu *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl., Berlin 2000, S. 50

aa Rationalität

Das ökonomische Verhaltensmodell setzt voraus, daß sich die Menschen rational verhalten. Nach *Eidenmüller* bedeutet dies, daß ein Mensch, der vor zwei Handlungsalternativen steht, angeben kann, welche der beiden er vorzieht, oder ob er indifferent ist. Rationalität bedeutet mit anderen Worten, daß der Mensch eine „Präferenzordnung“ hat.¹⁶ Die Philosophie spricht dem Menschen seit *Macchiavelli* diese Fähigkeit zur Präferenzordnung zu.¹⁷ In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur werden drei Stufen der Rationalität unterschieden: die vollständige Rationalität (1.), die begrenzte Rationalität (2.) und die organische Rationalität (3.).

(1) Vollständige Rationalität

Die neoklassische Wirtschaftstheorie ging vom Prinzip der vollständigen Rationalität der Wirtschaftssubjekte aus. Nach dieser Theorie führt das Handeln der Wirtschaftssubjekte von sich aus zur Nutzenmaximierung.¹⁸

Die Annahme vollständiger Rationalität wird jedoch von den Wirtschaftswissenschaftlern heute nicht mehr postuliert. Denn schon wegen eines von Natur aus geltenden Informationsdefizits können Handlungen von Individuen nicht optimal sein.¹⁹ Aus Sicht der Neuen Institutionenökonomik führt die Annahme vollständiger Rationalität überdies dazu, daß bereits bestehende Institutionen als Resultat der rationalen Maximierung akzeptiert werden müßten. Bei der Annahme vollständiger Rationalität würde sich

16. *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., a.a.O., S. 29. Etwas weiter gehen *Schäfer* und *Ott*, die ein Verhalten als rational bezeichnen, das die bestmögliche Zweck-Mittel-Relation erreicht – vgl. *H.-B. Schäfer: Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, a.a.O., S. 51. Damit verstehen sie Rationalität gewissermaßen als die Fähigkeit zur Eigennützigkeit.

17. Ausgangspunkt ist dabei der Ansatz *Macchiavellis*, demzufolge der Mensch aufgrund seiner „*virtus*“ (nur unvollständig übersetzbar mit „Tugend“ oder „Eigenwert“) in der Lage ist, sein Schicksal zu beherrschen. Er kann eigene Interessen definieren. *Descartes* hat diese Theorie *Macchiavellis* weiterentwickelt, indem er die Fähigkeit des Menschen, sein Schicksal zu bestimmen auf die „*ratio*“, den Verstand zurückgeführt hat – vgl. *A. Leroux/A. Marciano*, La philosophie économique, Paris 1998, S. 9 ff.

18. *O.E. Williamson*, Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, Tübingen 1990, S. 51.

19. *G. Kirchgässner*, JZ 1991, 104, 106.

2 Die Effizienzkriterien der Wohlfahrtsökonomik und ihre Grenzen

a Die Effizienzkriterien der Wohlfahrtsökonomik

Die Wohlfahrtsökonomik ist ein Teilgebiet der Mikroökonomik, also des Teilgebiets der Wirtschaftswissenschaften, das sich mit dem Verhalten einzelner Wirtschaftssubjekte und deren Wechselbeziehungen befaßt.⁷⁴ Die Wohlfahrtsökonomik beschäftigt sich damit, wie die Entscheidungen der Individuen zusammenwirken und welchen Einfluß sie auf die Wohlfahrt der Individuen haben.⁷⁵ Sie befaßt sich damit, ob die Folgen einer bestimmten Handlung ökonomisch effizient sind. Je nachdem bewertet sie das Handeln als gut oder schlecht. Die Hauptschwierigkeit besteht dabei darin, ein Kriterium zu finden, das es erlaubt, eine Situation A als ökonomisch effizienter zu definieren als eine Situation B. Hierzu seien die beiden in diesem Zusammenhang bedeutsamsten Theorien vorgestellt: das Pareto-Kriterium (aa.) und das Kaldor/Hicks-Kriterium (bb.)

aa Das Pareto-Kriterium

Das Pareto-Kriterium geht zurück auf den italienischen Ökonom und Soziologen *Vilfredo Pareto*. Nach *Pareto* ist ein bestimmter Zustand A gegenüber einem anderen Zustand B als effizienter vorzuziehen, wenn mindestens ein Individuum A vorzieht, dagegen kein Individuum B vorzieht. Ein Zustand wird dann als „*pareto-optimal*“ bezeichnet, wenn es keinen anderen Zustand gibt, den mindestens ein Individuum vorzieht, und wenn alle anderen Individuen den Zustand zumindest nicht ablehnen. Ein *pareto-optimaler* Zustand liegt also vor, wenn kein Beteiligter besser gestellt werden kann, ohne gleichzeitig einen anderen schlechter zu stellen.⁷⁶ Man spricht insofern auch vom Vorliegen einer „Pareto-Effizienz“ oder „Allokationseffizienz“.⁷⁷

Das Pareto-Kriterium hat seine größte Bedeutung im Zusammenhang mit dem Marktmechanismus erlangt. Bei einer zwischen zwei Individuen frei-

74. Gabler Wirtschaftslexikon, 12. Aufl., Wiesbaden 1988, S. 2815.

75. R. Coote/T. Ulen, *Law and Economics*, London 1988. S. 43.

76. P. Salje, *Rechtstheorie* 1984 (vol. 15), 277, 286.

77. Vgl. H.-B. Schäfer/C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, a.a.O., S. 24.

willig abgeschlossenen Transaktion ist nämlich zu unterstellen, daß beide davon profitieren, sonst hätten sie den entsprechenden Vertrag nicht geschlossen. Indem die Rechtsordnung den Handel zuläßt und den Parteien die Möglichkeit gibt, Verträge abzuschließen, ermöglicht sie Transaktionen, die zu pareto-superioren Ergebnissen führen.⁷⁸

Als Leitlinie für die Wirtschafts- und Rechtspolitik ist das Pareto-Kriterium jedoch weniger geeignet, da hier häufig eine Vielzahl von Personen und unterschiedlichste private Interessen betroffen sind. Bereits die abweichende Präferenz einer der betroffenen Personen führt zur Verhinderung der Entscheidung.⁷⁹ Die Berücksichtigung all dieser Einzelinteressen würde daher zunächst einen hohen Verwaltungsaufwand und entsprechend hohe Kosten auslösen. Soll überdies kein Individuum schlechter gestellt werden, müßten zusätzlich alle Beeinträchtigungen kompensiert werden, auch solche, die von der Rechtsprechung als zumutbar bewertet werden.⁸⁰

bb Das Kaldor/Hicks-Kriterium

Nicholas Kaldor und *John Hicks* entwickelten das sog. *Kaldor/Hicks-Kriterium* zur Beurteilung der ökonomischen Effizienz einer Maßnahme. Danach kann ein Zustand B auch dann besser sein als ein Zustand A, wenn einzelne Individuen im Zustand B schlechter gestellt sind. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß die Vorteile der Gewinner so groß sind, daß sie die Nachteile der Verlierer kompensieren können.⁸¹ Ob die Gewinner eine solche Kompensation letztlich auch vornehmen, ist unerheblich. Eine Maßnahme wird daher dann als positiv bewertet, wenn sie insgesamt mehr Gewinne als Verluste produziert.⁸² Aus dem Kaldor/Hicks-Kriterium begründet sich etwa das rechtspolitische Ziel der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsmehrung.⁸³

78. *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, a.a.O., S. 48 f.

79. *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, a.a.O., S. 23.

80. *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, a.a.O., S. 49 f.

81. *H.-D. Assmann*, Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die ökonomische Analyse des Rechts in: *H.-D. Assmann/C. Kirchner/E. Schanze*, Ökonomische Analyse des Rechts, a.a.O., S. 40.

82. *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., a.a.O., S. 51; *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, a.a.O., S. 30.

b Die Grenzen der Effizienzkriterien

aa Das Problem des interpersonellen Nutzenvergleichs

Die in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur diskutierte Kritik an den Effizienzkriterien der Wohlfahrtsökonomik fokussiert sich zunächst auf das Problem interpersoneller Nutzenvergleiche. Dieses Problem ist bislang vor allem im Zusammenhang mit dem Gedanken der utilitaristischen Nutzenmaximierung relevant geworden. Im Zusammenhang mit den von der Wohlfahrtsökonomik erarbeiteten Effizienzkriterien ist es deswegen von Interesse, diese Gemeinsamkeiten mit dem Gedanken der utilitaristischen Nutzenmaximierung aufzuzeigen. Sowohl im Rahmen der Effizienzkriterien, als auch im Rahmen der utilitaristischen Nutzenmaximierung geht es nämlich darum, den Nutzen als dasjenige Kriterium zu maximieren, was aufgrund individueller Präferenzen gewünscht wird.⁸⁴ Das Pareto-Kriterium (1.) und das Kaldor/Hicks-Kriterium (2.) sind daher darauf zu untersuchen, ob sie ebenso wie die utilitaristische Nutzenmaximierung an der Unmöglichkeit interpersoneller Nutzenvergleiche scheitern.

(1) Das Pareto-Kriterium

Die utilitaristische Nutzenmaximierung sieht als Leitlinie der Rechtspolitik die Maxime, „die Gesamtsumme aller Vergnügen zu erhöhen oder, was auf dasselbe hinausläuft, die Gesamtsumme aller Leiden zu verringern“.⁸⁵ Dabei ist das Vergnügen bzw. das Leiden eines jeden Mitglieds der Gesellschaft in Betracht zu ziehen. Das Prinzip der Nutzenmaximierung macht daher eine kardinale Nutzenmessung erforderlich, d. h., ein Verfahren, welches das Vergnügen bzw. das Leid nicht nur in eine Rangfolge bringt, sondern diesen Zuständen Zahlenwerte zuordnet. Für die kardinale Nutzenmessung sind interpersonelle Nutzenvergleiche notwendig.⁸⁶

83. *H.-B. Schäfer/C. Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, a.a.O., S. 31 f.

84. *J. Weinrib*, University of Toronto Law Journal 1980, 307, 310; insbesondere *Posner* hat versucht, die Behauptung zu widerlegen, daß die ökonomische Rechtstheorie nur eine eingeschränkte Variante des Utilitarismus sei. Ihr Maßstab sei ein anderer, nämlich „Wohlstand“ statt „Glück“.

85. Übersetzung von *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1983, S. 54.

Interpersonelle Nutzenvergleiche verursachen aus zwei Gründen erhebliche Bedenken. Zum einen besteht gegen die kollektive Bedürfnisbewertung aus Sicht der idealistischen Philosophie ein grundlegender Einwand: Was Inhalt der Glückseligkeit ist, kann nur jedes Individuum für sich bestimmen.⁸⁷ Zum anderen sind interpersonelle Nutzenvergleiche wissenschaftlich nicht möglich, da jedem Nutzenvergleich unweigerlich ein subjektives Werturteil zugrunde liegt.⁸⁸

Die Unmöglichkeit interpersoneller Nutzenvergleiche ist jedoch für das Pareto-Konzept ohne Bedeutung. Die Bewertung einer Maßnahme als pareto-effizient oder –ineffizient baut darauf auf, daß letztlich an jeden einzelnen die Frage gerichtet wird, ob er infolge dieser Maßnahme besser oder schlechter steht. Damit beruht das Pareto-Konzept nicht auf einer kardinalen, sondern auf einer ordinalen Nutzenmessung. Bei einer ordinalen Nutzenmessung kommt es lediglich darauf an, wie die einzelnen Individuen verschiedene gesellschaftliche Zustände in einer Rangfolge einreihen, nicht aber auf eine quantitative Präzisierung der Zustände, d. h., um wieviel größer der Zahlenwert ist, der einem Zustand gegenüber einem anderen Zustand zugeordnet wird.⁸⁹

(2) Das Kaldor/Hicks-Kriterium

Auch das *Kaldor/Hicks-Kriterium* macht keine interpersonellen Nutzenvergleiche erforderlich. Es stellt vielmehr darauf ab, ob die durch eine Maßnahme benachteiligte Person gegenüber dieser Maßnahme indifferent ist, wenn ihr die Kompensation des Nachteils angeboten wird.⁹⁰ Auch hier wäre eine zahlenmäßige Bewertung mehrerer Zustände als mehr oder weniger nützlich eigentlich nicht erforderlich.

Im Hauptanwendungsgebiet des *Kaldor/Hicks-Kriteriums*, also bei Kosten/Nutzen-Analysen zur Evaluierung bestimmter staatlicher Maßnahmen,

86. H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., a.a.O., S. 48; P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, a.a.O., S. 60.

87. P. Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, a.a.O., S. 55.

88. L. Robbins, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, 2. Aufl., London 1935, S. 137 ff.

89. H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., a.a.O., S. 48.

90. H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., a.a.O., S. 51.

B Die ökonomische Analyse des Urheberrechts

Im Anschluß an den im vorangegangenen Abschnitt erörterten allgemeinen Ansatz der ökonomischen Analyse des Urheberrechts, wurden in der Literatur einzelne Fragestellungen vertieft erörtert. Die ökonomische Analyse des Urheberrechts wurde dabei lange Zeit von der grundsätzlichen Frage beherrscht, ob die Forderung nach der Schaffung starker ausschließlicher Rechte auch im Zusammenhang des Urheberrechts ökonomisch berechtigt ist. Die herrschende Meinung geht heute davon aus, daß das Urheberrecht ökonomisch sinnvoll und notwendig (I.). Auf dieser Grundlage gibt die ökonomische Analyse des Urheberrechts Antworten auf einzelne fragen hinsichtlich der Ausgestaltung des Urheberrechts (II.).

I Die grundsätzliche Auseinandersetzung um das Urheberrecht

In der grundsätzlichen Auseinandersetzung um die Berechtigung des Urheberrechts werden zwei gegensätzliche Positionen vertreten. Teile der ökonomischen Literatur verstehen das Urheberrecht als Property Right im Sinne der vorstehenden Erläuterung, das notwendig ist, um Marktversagen zu beseitigen. (1.). In anderen Teilen der ökonomischen Literatur wird antithetisch hierzu vertreten, daß das Urheberrecht schädlich sei, da es seinerseits zu Marktversagen führe (2.). Die heute herrschende Meinung vereint These und Antithese zu einer Synthese, indem sie davon ausgeht, daß die – tatsächlich bestehende – Gefahr der Verursachung eines Marktversagens durch das Urheberrecht zugunsten der bedeutenderen positiven Wirkungen für das Funktionieren des Marktes hinzunehmen ist (3.).

1 These: Das Urheberrecht beseitigt ein Marktversagen

Im vorangegangenen Abschnitt wurde verursacht, das ökonomische Verständnis des Urheberrechts als System von Property Rights darzustellen, das aus der Eigenschaft kreativer Werke als an und für sich öffentlicher Güter resultiert. Hiernach übernimmt das Urheberrecht die wesentliche Funktion, zur Herstellung kreativer Werke anzureizen und so die Versorgung der Gesellschaft mit kreativen Werken sicherzustellen und die kulturelle Entwicklung

zu gewährleisten. Daraus begründet sich die ökonomische Notwendigkeit des Urheberrechts.

2 Antithese: Das Urheberrecht führt zu einem Marktversagen

Die ökonomische Literatur zum Urheberrecht hat jedoch einen weiteren ökonomischen Aspekt des Urheberrechts identifiziert. Durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten kann das Urheberrecht wirtschaftliche Monopole begründen, die ihrerseits zu einem Marktversagen führen können. Zum Teil wird ein noch wesentlich radikalerer Ansatz vertreten, demzufolge urheberrechtliche Befugnisse bereits als solche illegitime Monopole darstellen. Dieser Ansatz soll als strenge Monopoltheorie bezeichnet werden (a.). Er ist letztlich abzulehnen, da er auf einer Vermengung des rechtlichen mit dem wirtschaftlichen Monopolbegriff beruht. Aus dieser Kritik der strengen Monopoltheorie ergibt sich der hier vertretene differenzierende Ansatz, der als modifizierte Monopoltheorie bezeichnet werden kann (b.).

a Die strenge Monopoltheorie

Einige Autoren haben das Urheberrecht als illegitimes Monopol qualifiziert. Ihr zentrales Argument ist, daß durch das Urheberrecht (wie durch alle Immaterialgüterrechte) künstlich Knappheit hergestellt werde. *Knappheit* ist ein Grundelement der klassischen Ökonomie. Erst aus dem Phänomen der Knappheit ergibt sich die Notwendigkeit menschlicher Entscheidungen: weil die vorhandenen Mittel nicht ausreichen, um sämtliche Bedürfnisse zu befriedigen, ist der Mensch ständig gezwungen, zu entscheiden, welche Zwecke mit welchen Mitteln verfolgt werden sollen.²⁵⁸ Daher sind eigentlich nur knappe Ressourcen Gegenstand ökonomischer Entscheidungen. Auch die Forderung nach der Schaffung von Property Rights beschränkt sich auf knappe Ressourcen, bei denen eine „Bewirtschaftung“ mit dem Ziel optimalen Einsatzes erforderlich ist.²⁵⁹ *Raiser* hatte bereits darauf hingewiesen, daß der Kreis der Güter, die als Rechtsgüter einer Person zum ausschließlichen Haben und Nutzen zugewiesen werden können und sollen, sich nur auf

258. *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, a.a.O., S. 31; vgl. hierzu auch: *E. Mackaay*, *Harvard Journal of Law & Public Policy* 1990 (vol. 13), 867, 873 f.

259. *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, a.a.O., S. 127.

Gegenstände erstreckt, die einen Knappheitswert haben.²⁶⁰ Zwischen Sacheigentum und Immaterialgüterrechten besteht jedoch nach Ansicht der Urheberrechtskritiker ein entscheidender Unterschied. Im Falle des Sacheigentums entstünden Property Rights aus der Notwendigkeit heraus, knappe Ressourcen volkswirtschaftlich effizient zu verteilen. Immaterielle Schutzrechte schaffen nach an Ansicht dieser Autoren²⁶¹ die Knappheit jedoch erst künstlich, da immaterielle Güter unerschöpft seien. Damit drücken die Urheberrechtskritiker jedoch letztlich nur den Befund der Property-Rights-Theorie aus, daß kreative Werke öffentliche Güter sind²⁶². Wenn sie einmal hergestellt sind, können sie unendlich vielen Personen zugänglich gemacht werden, ohne daß dabei anderen Personen der Zugang zu dem dazu erschwert wird. Das Urheberrecht erschwert nun den Zugang und schafft künstlich Knappheit. Die Kritiker schließen hieraus, daß das Urheberrecht ein Störfaktor sei. Nach Ansicht *Palmers* ist das Urheberrecht nicht das Produkt einer natürlichen evolutionären Entwicklung, sondern das Ergebnis massiver staatlicher Intervention. Es schaffe ein illegitimes Monopol und führe daher zu Marktversagen.²⁶³ Denn der Preis, den ein Monopolist am Markt verlangen kann, wird stets über seinen Grenzkosten liegen.²⁶⁴

b Die modifizierte Monopoltheorie

Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, daß im Rahmen dieser Argumentation zwei unterschiedliche Monopolbegriffe durcheinandergeworfen werden, nämlich der des Monopols im *restlichen* Sinne und der des Monopols im *wirtschaftlichen* Sinne. Richtig ist, daß das Urheberrecht insofern ein *rechtliches* Monopol verleiht, indem es ein Ausschließlichkeitsrecht gewährt. Ein *wirtschaftliches* Monopol, das zu einem Marktversagen führen kann, hat jedoch nur derjenige, der einen Verkaufspreis verlangen kann, der über seinen Grenzkosten liegt und Dritte am Marktzutritt hindern kann.²⁶⁵ Auf die Inha-

260. *J. Raiser*, JZ 1961, 465, 467.

261. *T. G. Palmer*, Hamline Law Review 1989 (vol. 12), 261, 267 ff. und 275 ff.; *A. Plant*, *Economica* 1934, 1, 36; zuletzt auch *J. Cohen*, Michigan Law Review 1998 (vol. 97), 462, 495.

262. Dies ist ein klassisches Merkmal eines öffentlichen Gutes, also eines Marktversagens, s. o., S. 29.

263. *T. G. Palmer*, Hamline Law Review 1989 (vol. 12), 261, 267 ff. und 275 ff.

264. Dies wird etwa erklärt bei *T. Coote/R. Ulen*, Law and Economics, a.a.O., S. 45.

ber urheberrechtlicher Befugnisse treffen diese Voraussetzungen eines wirtschaftlichen Monopols jedenfalls nicht regelmäßig, sondern nur in bestimmten Fällen zu. Dies liegt daran, daß der sachlich relevante Markt für urheberrechtlich geschützte Werke in der Regel sehr groß ist. In den meisten Fällen werden mehrere urheberrechtlich geschützte Werke untereinander substituierbar sein. Andere Personen können nämlich unabhängig vom jeweiligen Werk eines Urhebers eigene, substantiell ähnliche Werke herstellen, da das Urheberrecht ja nur das ursprüngliche Werk und dessen Veränderung schützt, aber niemanden daran hindert, selbstständig Werke zu schaffen.²⁶⁶ Da es aus diesem Grund stets genügend Werke gibt, die miteinander im Wettbewerb stehen, ist der Urheber eines dieser Werke weder in der Lage, Monopolpreise zu praktizieren, noch Dritte vom Marktzugang auszuschließen.²⁶⁷ Daher kommt es für die Frage, ob eine urheberrechtliche Befugnis ein wirtschaftliches Monopol verleiht, entscheidend darauf an, ob für das geschützte Werk ein Substitut besteht.²⁶⁸ Der Grad der Substituierbarkeit dürfte insbesondere bei Büchern, Platten, Filmen sowie Theateraufführungen relativ hoch sein.²⁶⁹

In Fällen, in denen allerdings keine Substitute für ein bestimmtes kreatives Werk bestehen, kann es sich in der Tat so verhalten, daß das Urheberrecht nicht nur ein rechtliches, sondern auch ein wirtschaftliches Monopol verleiht.²⁷⁰

265. *Strowel* weist darauf hin, daß dieser wirtschaftliche Monopolbegriff streng vom „rechtlichen“ Monopolbegriff im Sinne eines Ausschließlichkeitsrechts zu unterscheiden ist. Er ist der Ansicht, daß die Verwechslung dieser beiden Monopolbegriffe zu viel Verwirrung geführt hat – *A. Strowel, L'Analyse économique du droit d'auteur*, a.a.O., S. 475. Ein sehr plastisches Argument hierfür hat *E. W. Kitch* gefunden. Er stellte für das Patentrecht fest, daß der Inhaber eines Patents kein Monopolist ist, es sei denn man nähme an, daß jeder der fruchtbare Land besitzt ein Monopolist ist – vgl. *E. W. Kitch, Research in Law and Economics*, vol. 8, S. 31, 33.

266. *M. Lehmann, Theorie der Property Rights*, a.a.O., S. 530.

267. *A. Strowel, Droit d'auteur et Copyright*, a.a.O., S. 212 ff.

268. *J. T. Hardy, Journal of Law and Arts* 1988 (vol. 12 n° 2), S. 186.

269. *A. Strowel, Droit d'auteur et Copyright*, a.a.O., S. 217.

270. *W. Fikentscher, Die Freiheit und ihr Paradox, Gräfelting* 1997, S. 91 ff. erklärt einleuchtend den Doppelcharakter der Immaterialgüterrechte als Ausschlußrechte und Wettbewerbsbeschränkungen.

So hat auch der EuGH in der bekannten *Magill-Entscheidung*²⁷¹ das Urheberrecht nur in einem Fall, in dem für den Schutzgegenstand kein Substitut vorhanden was, als marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 82 EG (Art. 86 EGV a. F.) gewertet. Zur Erinnerung: Eine irische Fernsehanstalt, der nach irischem Urheberrecht ein Veröffentlichungsmonopol an ihren Programmvorschauern zustand, weigerte sich, entsprechende Urheberrechtslizenzen zum Abdruck der Programmvorschauern in den Zeitschriften zu erteilen. Der EuGH verurteilte die Fernsehanstalt wegen Mißbrauchs eine Monopolstellung. Für die Programmvorschau einer bestimmten Fernsehanstalt gibt es kein Substitut. Der gegenständliche Markt ist auf diese Programmvorschau beschränkt.²⁷²

3 **Synthese: Das Monopol ist notwendig**

Der richtige Kern der Monopoltheorie ist jedoch, daß der Urheber in Bezug auf sein konkretes Werk ein rechtliches Monopol hat. Dieses Monopol hat zu Folge, daß das geschützte Werk nicht allen zugänglich ist, die davon profitieren können. Damit ist der volkswirtschaftliche Nutzen, der von diesem Werk ausgeht nicht so groß, wie er sein könnte, wenn jedermann sich dieses Werkes bedienen könnte. Dies ist gleichbedeutend mit einer Wohlstandseinbuße der jeweiligen Nationalökonomie.²⁷³ Überdies verteuert das Urheberrecht die Schaffung neuer Werke, soweit diese in lizenzpflichtiger Weise auf bestehende Werke zurückgreifen und behindert auf diese Weise die kulturelle Produktion.²⁷⁴ Schließlich bleiben auch noch die Fälle, in denen ein bestimmtes Werk nicht substituierbar ist, und in denen das rechtliche Monopol

271. Urteil des EuGH vom 06.04.1995, Rs. C-241/91P, GRUR Int. 1995, 490 ff.

272. In einem ähnlichen Fall hatte die Kommission 1981 in dem Fall IGR Stereo Television/Salora erwogen, daß für ein Patent an de facto Standards unter bestimmten Umständen nach Art. 81, Abs. 1 EG an Wettbewerber lizenziert werden müssen. Damals kam es jedoch nicht zu einer Entscheidung, da die Lizenz sofort erteilt wurde, nachdem die Kommission ihre Untersuchung eingeleitet hatte. In diesem Fall ging es darum, daß die Interessengemeinschaft für Rundfunkschutzrechte GmbH die Patente für ein bestimmtes Verfahren zum Fernsehempfang in Stereo erworben hatte und den Fernsehherstellern Lizenzen erteilte, nicht aber der finnischen Firma Salora. Vgl. EEC Competition Report, IIC 1983 (vol. 14), 250, 253 f.

273. Dies ist wohl der eigentliche Kern der Kritik von *Palmer*. Hierzu auch: *W. Landes/R. Posner*, Journal of Legal Studies 1989 (vol. 18), 325, 336.

274. *W. Landes/R. Posner*, Journal of Legal Studies 1989 (vol. 18), 325, 336.

2. Kapitel: Kritik an der ökonomischen Analyse des Urheberrechts

Das Programm⁴⁴⁸ der ökonomischen Analyse des Rechts war und ist Gegenstand einer intensiven Diskussion um deren rechtspolitischen Stellenwert.⁴⁴⁹ Es ist nicht Ziel der vorliegenden Arbeit, diese Diskussion zu vertiefen. Um zu überprüfen, inwieweit die ökonomische Analyse des Rechts im Bereich des Urheberrechts zur Lösung von Rechtsproblemen beitragen kann, müssen jedoch die in der kritischen Auseinandersetzungen mit der ökonomischen Analyse des Rechts gefundenen Erkenntnisse berücksichtigt werden. Aus diesen Erkenntnissen ergeben sich nämlich verschiedene Einschränkungen für die Verwertbarkeit der ökonomischen Analyse in der Praxis. Insoweit empfiehlt es sich, zwischen der ökonomischen Analyse des Rechts als Gesetzgebungstheorie (A.) und als Theorie zur Gesetzesauslegung bzw. -anwendung (B.) zu unterscheiden.

A Die ökonomische Analyse des Urheberrechts als Gesetzgebungstheorie

Zu Beginn der Rezeption der ökonomischen Analyse des Rechts wurden deren Ergebnisse in erster Linie als rechtspolitische Stellungnahmen gewürdigt. Die Forderungen der ökonomischen Analyse, das Recht solle zu wirtschaftlich effizienten Lösungen gelangen, schien sich in erster Linie an den Gesetzgeber zu richten. Man kann daher sagen, daß die ökonomische Ana-

448. *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., a.a.O., S. 7 spricht vom „rechtspolitischen Programm“ der ökonomischen Analyse des Rechts.

449. Sehr prononcierte Stellungnahmen finden sich etwa bei: *G. Kirchgässner*, JZ 1991, 104 ff.; *C.-W. Canaris*, JZ 1993, 377 ff. *R. Kohl*, Über die Rechtsanwendung im Sinne der Ökonomischen Analyse des Rechts in: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 1992, Stuttgart 1993, S. 29 ff.; *P. Salje*, Rechtstheorie 1984 (Bd. 15), S. 277 ff.; *K.-H. Fezer*, JZ 1986, 223 ff.; *K.-H. Ladeur*, *RabelsZ* 2000 (Bd. 64), S. 60 ff., *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., a.a.O.; *P. Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, a.a.O.

lyse des Rechts von den Juristen zunächst als Gesetzgebungstheorie⁴⁵⁰ verstanden wurde.

In der Rechtswissenschaft entwickelte sich daraufhin eine Diskussion, inwieweit die rechtspolitischen Forderungen der ökonomischen Analyse des Rechts bei der Gesetzgebung zu berücksichtigen sind. Auf diese Frage soll im folgenden eingegangen werden. Dabei soll zunächst dargelegt werden, inwieweit dies bei gesetzgeberischen Maßnahmen im Bereich des Urheberrechts ganz allgemein der Fall ist (I.), um dann zu untersuchen, wie es sich bei der Umsetzung europäischer Richtlinien im Bereich des Urheberrechts verhält (II.).

I Der Stellenwert der ökonomischen Analyse des Urheberrechts als Gesetzgebungstheorie

Im Zusammenhang der Diskussion um den Stellenwert der ökonomischen Analyse des Rechts als Gesetzgebungstheorie können zwei Fragestellungen unterschieden werden: inwieweit darf sich der Gesetzgeber einerseits das Ziel der ökonomischen Analyse des Urheberrechts, die volkswirtschaftliche Effizienz, zu eigen machen (1.) und inwieweit das hierzu vorgeschlagene Mittel, nämlich die möglichst unbeschränkte Privatautonomie (2.)?

1 Das rechtspolitische Ziel: volkswirtschaftliche Effizienz

Rechtspolitisches Ziel der ökonomischen Analyse des Rechts ist die Umsetzung des ökonomischen Effizienzziels. Eine juristische Theorie, die eine Problemlösung vorschlägt, sollte auch deren Gerechtigkeitsgehalt verdeutlichen (a.).⁴⁵¹ Soweit man den Gerechtigkeitsgehalt des Effizienzziels anerkennt, stellt sich aber auch die Frage, ob eine dem Effizienzziel verpflichtete Gesetzgebung nicht gegen geltende Rechtsvorschriften verstößt (b.).⁴⁵²

450. So weisen *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., a.a.O., S. 414 wie auch *M. Deckert*, ACP 1997 (Bd. 197), 116, 129 darauf hin, daß die Ökonomische Analyse des Rechts zuvörderst eine Gesetzgebungstheorie sei.

451. *C.-W. Canaris*, JZ 1993, 177, 378 und 385.

a Der Gerechtigkeitsgehalt des Effizienzziels

Im allgemeinen werden zwei Begründungen diskutiert, die den Gerechtigkeitsgehalt des Effizienzziels nachweisen sollen: der Rückgriff auf das Verfassungsrecht (aa.) und eine Begründung aus dem utilitaristischen Prinzip der Nutzenmaximierung (bb.).

aa Begründung des Effizienzziels aus dem Verfassungsrecht

Während die grundsätzliche Diskussion von der Frage beherrscht wird, ob und inwieweit sich aus dem Verfassungsrecht eine Rechtfertigung für die Berücksichtigung des Effizienzziels bei der Gesetzgebung ganz allgemein ergeben kann (1.), soll hier die Frage im Vordergrund stehen, ob und inwieweit sich dem Verfassungsrecht ein Gebot zur Berücksichtigung des Effizienzziels speziell bei gesetzgeberischen Maßnahmen im Bereich des Urheberrechts ergibt (2.).

(1) Allgemein

Untersucht man die Verankerung des Effizienzziels im deutschen Verfassungsrecht, begegnet man der bekannten Frage, inwieweit das Grundgesetz den Gesetzgeber auf das Modell der sozialen Marktwirtschaft festlegt. Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt, daß die gegenwärtige Wirtschaftsordnung eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keinesfalls aber die allein mögliche Ordnung ist.⁴⁵³ Der individualrechtliche Gehalt der Grundrechte ließe sich nicht zu Objektivierung überhöhen, um daraus einen institutionellen Zusammenhang der Wirtschaftsverfassung zu begründen.⁴⁵⁴ Hier-

452. Diese beiden Fragen übersieht *Ladeur*. Ihm zufolge werden die von Juristen gegen die Bedeutung der Effizienz als Rechtsprinzip erhobenen Bedenken von einer Überschätzung der Steuerungsleistung des Gesetzes im Augenblick von „grundstürzenden“ Prozessen der Selbsttransformation der Gesellschaft geprägt. *Ladeur*, zufolge könne man die Anwendung der ökonomischen Analyse des Rechts nicht davon abhängig machen, ob der Gesetzgeber selbst das Effizienzziel billigt. Die Methoden der Gesetzesanwendung würden nicht vom Gesetzgeber festgelegt, sondern müßten systematisch auf die Beobachtung der Erzeugung neuer Effekte innerhalb der Selbstorganisationsprozesse der Gesellschaft eingestellt werden. Vgl. *K.-H.*

Ladeur, *RabelsZ* 2000 (Bd. 64), 60, 93 f.

453. BVerfGE 4, 7, 17.

aus wird in der Regel auf eine offene Wirtschaftsverfassung, bzw. die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes geschlossen.⁴⁵⁵ Immerhin formulieren jedoch Art. 109 und Art. 104a GG den Verfassungsauftrag der volkswirtschaftlichen Globalsteuerung zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts.⁴⁵⁶ Hieraus wird man jedoch nicht auf eine Verpflichtung des Gesetzgebers schließen können, bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung dem ökonomischen Effizienzziel Rechnung zu tragen.⁴⁵⁷

(2) Im Bereich des Urheberrechts

Die Rechtslage in Deutschland läßt sich am deutlichsten durch den Vergleich mit den Vereinigten Staaten von Amerika herausdestillieren. Die Verfassung der Vereinigten Staaten enthält ebenso wie das Grundgesetz keine allgemein geltende Verpflichtung des Gesetzgebers, das Effizienzziel zu berücksichtigen.⁴⁵⁸ Speziell im Bereich des Copyrights verpflichtet die amerikanische Verfassung jedoch den Gesetzgeber, den Effizienzgedanken insoweit zu berücksichtigen, als das Copyright so zu gestalten ist, daß es die Anreizfunktion eines Property Rights erfüllt. Dies ergibt sich aus Artikel I, Section 8, Ziffer 8 der amerikanischen Verfassung, der den amerikanischen Bundesgesetzgeber ermächtigt, Vorschriften zum Schutz der Urheber zu erlassen, um den Fortschritt der Wissenschaft und der „nützlichen Künste“ zu fördern.⁴⁵⁹ Nach Ansicht des Supreme Courts geht der Verfassungsgeber davon aus, daß die Ermutigung individueller Leistung durch persönlichen Gewinn der beste

454. BVerfGE 50, 290, 447 f.

455. H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, a.a.O., S. 444.

456. M. Lehmann, Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische und ökonomische Analyse, Stuttgart 1983, S. 18.

457. H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, a.a.O., S. 449.

458. So schrieb *Oliver Wendell Homes* in seiner „dissenting opinion“ zum Fall *Lochner v. New York*: „[A] Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the state or of laissez-faire.“ 198 U.S. 45, 75 (1905). Im *Lochner*-Fall wurde eine gesetzliche Begrenzung der Arbeitszeit für Bäcker für verfassungswidrig erklärt, da sie die Vertragsfreiheit verletze. Der Fall wurde zum Symbol einer in ihrer Übertreibung veralteten Regulierungsfeindlichkeit, die in dieser Form heute in den U.S.A. nicht mehr von einer Mehrheit vertreten wird – vgl. *J. Cohen*, Michigan Law Review 1998, 462, 463 – m. w. N.

3. Kapitel: Die Anwendung der ökonomischen Analyse des Urheberrechts

am Beispiel der „Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“

Nachdem die Anforderungen der ökonomischen Analyse an die Gestaltung des Urheberrechts herausgearbeitet und deren praktische Verwertbarkeit im Lichte der Kritik analysiert worden ist, soll anhand der Europäischen Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte in der Informationsgesellschaft dargestellt werden, wie sich diese Erkenntnisse konkret umsetzen lassen.

Diese Richtlinie bietet sich aus zwei Gründen hierzu an. Zum einen regelt sie einen Lebensbereich, in dem der technologische Fortschritt zu einer Veränderung der Verwertungsmöglichkeiten geführt hat. Die Technologien der Informationsgesellschaft senken nicht nur die Transaktionskosten (wie nahezu jede technologische Entwicklung), sondern erleichtern auch die Verwertung durch den Urheber selbst, indem sie es ermöglichen, daß er seine Werke auf Servern selbst zum Abruf über elektronische Netze bereit halten kann. Diese Veränderungen beeinflussen die ökonomischen Grundlagen des Verwertungsvorgangs. Die ökonomische Analyse vermag die Konsequenzen aufzuzeigen, die für das Urheberrecht hieraus zu ziehen sind, um die bestmöglichen Grundlagen für kreative Produktion sicherzustellen. Zum anderen hat die Richtlinie, wie alle bislang ergangenen europäischen Rechtsvorschriften zum Urheberrecht, ihre Rechtsgrundlage ausweislich der Erwägungsgründe (1), (2) und (3) in der im EG-Vertrag niedergelegten Niederlassungsfreiheit, im freien Dienstleistungsverkehr und in der Notwendigkeit zur Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes. Damit steht die Richtlinie im Rahmen der mittelfristigen Zielsetzung des EG-Vertrags, den wirtschaftlichen Wohlstand innerhalb der Europäischen Union zu erhöhen.

Die ökonomische Analyse des Urheberrechts vermag insoweit dreierlei zu leisten. Zunächst kann sie bestimmte der Richtlinie zugrundeliegenden Rechtsentwicklungen klären (A.). Da die ökonomische Analyse des Rechts in erster Linie eine Theorie der Rechtssetzung ist, soll sie sodann zur Ausfüllung der von der Richtlinie belassenen Rechtssetzungsspielräume genutzt werden (B.). Schließlich soll die ökonomische Analyse auch herangezogen werden, um als Form der teleologischen Rechtsauslegung Zweifelsfragen bei der Auslegung der Richtlinie zu lösen (C.).

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich hierbei auf die Analyse aus dem Blickwinkel der Property-Rights-Theorie. Die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft enthält aber auch Vorschriften, deren ökonomische Analyse sich anhand anderer wirtschaftswissenschaftlicher Grundlagen vollzieht. Dies betrifft insbesondere die Regelung des Erschöpfungsgrundsatzes. In Art. 4, Abs. 2 legt die Urheberrechtsrichtlinie den Grundsatz der Gemeinschaftserschöpfung fest und setzt insoweit die gefestigte Rechtsprechung des EuGH zur Erschöpfung im Urheberrecht um.⁶⁶⁸ Somit kann der Urheber sich auf das Verbreitungsrecht nicht mehr berufen, um sich gegen die Einfuhr oder den Vertrieb eines Werks zu wehren, das in einem anderen Mitgliedsstaat von ihm selbst oder mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht worden ist. Ungeklärt ist insoweit, ob diese Regelung nur eine Mindestregelung darstellt, die von einer nationalen Rechtsprechung überlagert werden könnte, welche anstelle der Gemeinschaftserschöpfung eine darüber hinaus gehende weltweite Erschöpfung vorsieht, oder ob es sich insoweit um eine abschließende Regelung handelt.

Die Property-Rights-Theorie trifft insoweit keine wirklich überzeugende Aussage. Zwar läßt sich der Grundsatz der Erschöpfung mit der Transaktionskostentheorie begründen. Danach soll der Erwerber eines Werkstücks nicht gezwungen sein, sich bei jeder weiteren Verfügung mühevoll mit dem Urheber auseinanderzusetzen⁶⁶⁹ und so die Kosten einer solchen Transaktion in die Höhe zu treiben. Die vollständigeren Antworten auf die von der Erschöpfung aufgeworfene Fragestellung liefert jedoch die Außenhandels-theorie.

668. EuGH Rs. 270/80 (Polydor/Harlequin Record Shops), Slg. 1989, 329, Grund 7; EuGH Rs. 395/87 (Tournier), Slg. 1989, 2565, Gründe 11-13.

669. So *P. Goldstein*, Copyright, a.a.O., S. 599.

Häufig wird insoweit angeführt, daß der Rechtsinhaber Parallelimporte verbieten können muß, um Preisdifferenzierungen praktizieren zu können. Diese sichern dem Urheber ein höheres Einkommen und sichern den einkommensschwächeren Volkswirtschaften einen Markt für urheberrechtlich geschützte Werkexemplare.⁶⁷⁰ Hiergegen wird eingewendet, daß Preisdifferenzierungen in verschiedenen Ländern letztlich darauf hinausliefen, daß Verbraucher in Hochpreisländern die Verbraucher in Niedrigpreisländern subventionieren. Preisdifferenzierungen sollten nicht vom Hersteller, sondern vom Markt bestimmt werden.⁶⁷¹ Paralleleinfuhren verstärkten den Wettbewerb und trügen zu einer Beseitigung von Mißbräuchen marktbeherrschender Stellung bei.⁶⁷² Ob und inwieweit diese Argumente zutreffen, und was insoweit ökonomisch sinnvoll erscheint, läßt sich nicht anhand der Property-Rights-Theorie, sondern anhand der Außenhandelstheorie beurteilen. Dies soll nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein.

A Die Erklärung der Rechtsentwicklung durch die ökonomische Analyse des Rechts

Die ökonomische Analyse des Urheberrechts soll zunächst herangezogen werden, um zu beleuchten, daß die Entwicklung einiger maßgeblicher Vorschriften die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft durch Erwägungen ökonomischer Effizienz motiviert ist. Dies betrifft zum einen die Verankerung des Rechts der Zugänglichmachung in Art. 3, Abs. 1 der Richtlinie (I.) und zum anderen die Ausnahme von vorübergehenden Vervielfältigungen, die im Rahmen des sog. „Routing“ durch die Schrankenregelung in Art. 5, Abs. 1 der Richtlinie (II.) entstehen.

670. Vgl. *J. Gaster*, GRUR Int. 2000, 571, 572.

671. *C. Health*, IIC 1997 (vol. 28), 623, 630.

672. *J. Gaster*, GRUR Int. 2000, 571, 572.

I Das Recht der Zugänglichmachung, Art. 3 des Richtlinienvorschlags

1 Die Rechtsentwicklung

a Die Rechtsentwicklung in Deutschland

In Deutschland wird eine intensive Diskussion darum geführt, wie der Online-Abruf urheberrechtlich einzuordnen ist. Dabei besteht weitgehende Einigkeit, daß der Online-Abruf unter eines der dem Urheber zustehenden Rechte fallen muß. Fraglich ist lediglich, unter welches dieser Rechte der Online-Abruf fallen soll, wobei im wesentlichen das Verbreitungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Diskussion stehen. Keine der diskutierten Lösungen vermag jedoch letztlich zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen.

aa Das Recht der öffentlichen Wiedergabe

Die wohl herrschende Meinung ordnete die Online-Übermittlung nach deutschem Urheberrecht als unbenannte öffentliche Wiedergabe⁶⁷³ im Sinne des § 15, Abs. 2 UrhG ein.⁶⁷⁴ Eine Schwierigkeit bot insoweit jedoch der Öffentlichkeitsbegriff des § 15, Abs. 3 UrhG. Nach dem üblichen Verständnis war danach eine Wiedergabe nur dann öffentlich, wenn sie gleichzeitig eine Mehrzahl von Personen erreichen soll.⁶⁷⁵

Es wurde nun eingewendet, daß dieses Kriterium beim Online-Abruf nicht erfüllt sei, da hier die Nutzer das Material nicht gleichzeitig, sondern zeitlich hintereinander (sog. Konsekutive Öffentlichkeit) abrufen.⁶⁷⁶ Diese

673. Die in §§ 19-22 UrhG gewährten Rechte sind nur beispielhafte Ausprägungen des Rechts auf öffentliche Wiedergabe. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe wird dadurch nicht erschöpfend umschrieben.

674. G. Schrickler (Hrsg.), Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, S. 133; H. Heker, ZUM 1993, 400, 406; A. Nordemann/H. Goddar/M. Tönhardt/C. Czychowski, CR 1996, 648 f.; S. Leutheusser-Schnarrenberger, ZUM 1996, 631, 634; OLG München MMR 1998, 365 ff.

675. Schrickler-v. Ungern-Sternberg, § 15, Rn 30.

676. Schrickler-v. Ungern-Sternberg, § 15, Rn 30.

Zusammenfassung und Ausblick

A Zusammenfassung

Mit der zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung der Medienindustrie rückt auch die wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts immer stärker in den Vordergrund. Dabei entsteht gelegentlich der Eindruck, daß sich die wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechts in seiner Bedeutung für einzelne Wirtschaftszweige oder Unternehmen erschöpft. Die ökonomische Analyse des Urheberrechts untersucht hingegen, ob eine bestimmte Regelung für eine Volkswirtschaft insgesamt positive oder negative Folgen hat. Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, die bisherigen Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Urheberrechts zu systematisieren und hieraus den theoretischen Ansatz der ökonomischen Analyse des Urheberrechts sowie konkrete Anforderungen an dessen Gestaltung abzuleiten.

I Die ökonomische Analyse des Urheberrechts

Der theoretische Ansatz der ökonomischen Analyse des Urheberrechts greift auf die allgemeinen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts zurück. Die ökonomische Analyse des Rechts hat sich zum Ziel gesetzt,

1. die wirtschaftlichen Folgen einer bestimmten rechtlichen Regelung festzustellen;
2. diese Folgen als positiv oder negativ zu bewerten; und
3. hieraus konkrete Anforderungen an die Rechtsgestaltung und Rechtsanwendung abzuleiten.

Die wirtschaftlichen Folgen einer rechtlichen Regelung werden mittels des sog. Ökonomischen Verhaltensmodells prognostiziert. Das ökonomische Verhaltensmodell unterstellt, daß sich Menschen rational und eigennützig verhalten. Dieses Verhaltensmodell kann dabei sowohl von der Rechtswissenschaft im allgemeinen, als auch von der Urheberrechtswissenschaft im

besonderen herangezogen werden; auch und gerade in den vom Urheberrecht geregelten Lebensbereichen verhalten sich die Menschen grundsätzlich rational und eigennützig. Eine Ausnahme gilt für die Wahrnehmung der aus dem Urheberpersönlichkeitsrecht fließenden Befugnisse. Hier handeln Menschen häufig nach Mustern, die nicht unbedingt von Rationalität oder Eigennützigkeit gekennzeichnet sind. Diesen Bereich wird man daher von der ökonomischen Analyse des Urheberrechts weitgehend ausklammern müssen.

Zur Bewertung der so festgestellten Folgen als positiv oder negativ kann nicht auf die von den Wirtschaftswissenschaften üblicherweise herangezogenen Kriterien wie das Kaldor/Hicks-Kriterium oder das Pareto-Kriterium zurückgegriffen werden. Denn beide Kriterien orientieren sich an einem friktionslosen System, das die institutionellen Rahmenbedingungen unberücksichtigt läßt. Die ökonomische Analyse des Urheberrechts kann daher nur im Rahmen einer vergleichenden Institutionenanalyse untersuchen, welche Rechtsregel auf der Grundlage wirtschaftswissenschaftlicher Erkenntnisse im Einzelfall sinnvoller ist.

Auf der Grundlage des ökonomischen Verhaltensmodells und der vergleichenden Institutionenanalyse sind mehrere für den theoretischen Ansatz der ökonomischen Analyse des Urheberrechts maßgebliche Theorien entwickelt worden. Dabei handelt es sich in erster Linie um die sogenannte Effizienzthese des Coase-Theorems und die sich hieran anschließende Property-Rights-Theorie sowie die Transaktionskostentheorie. Die Effizienzthese des Coase-Theorems besagt, daß private Verhandlungen zu effizienteren Ergebnissen führen, als staatliche Eingriffe und daß zur Herbeiführung privater Verhandlungen über die Nutzung einer Ressource die Schaffung von Eigentum oder eigentumsähnlichen Ausschlußrechten an dieser Ressource erforderlich ist. Die Property-Rights-Theorie leitet heraus die Forderung nach der Schaffung starker ausschließlicher Rechte ab. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die durch die Verwertung dieser Rechte zu erzielenden Gewinne höher sind, als die Kosten, die für Schutz und Überwachung einer solchen Rechtsposition aufgewendet werden müssen. In Fällen, in denen diese Kosten zu hoch sind und daher private Verhandlungen über den Transfer der Rechtsposition verhindern würden, verlangt die ökonomische Analyse des Urheberrechts, Dritten den Eingriff in die jeweilige Rechtsposition zu gestatten. Sie müssen dafür jedoch eine Kompensation zahlen. Die Transaktionskostentheorie besagt, daß die Rechtsordnung dazu beitragen soll, daß

Law and Economics

Herausgegeben von

Prof. Dr. Jörg Finsinger, Universität Wien
Prof. Dr. Michael Lehmann, Universität München
Prof. Dr. Arnold Picot, Universität München

- Band 29: Vural Ünü: **Content Protection** · Economic Analysis and Techno-legal Implementation
2005 · 256 Seiten · ISBN 3-8316-0462-2
- Band 28: Michael Mark Reich: **Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft**
2006 · 280 Seiten · ISBN 3-8316-0374-X
- Band 27: Josef Krähn: **Der Rechtsschutz von elektronischen Datenbanken unter besonderer Berücksichtigung des Sui-generis-Rechts**
2000 · 218 Seiten · ISBN 3-8316-8389-1
- Band 22: Robert Ratay: **Franchisesysteme und Preisbindungsverbot nach Deutschem und EG-Kartellrecht** · eine juristische und ökonomische Analyse
1993 · 338 Seiten · ISBN 3-8316-8010-8
- Band 21: Hans Rau-Bredow: **Zur theoretischen Fundierung der Institutionenökonomie**
1992 · 200 Seiten · ISBN 3-8316-9977-1
- Band 10: Jörg Finsinger: **Recht und Risiko** · Juristische und ökonomische Analysen
1988 · 425 Seiten · ISBN 3-8316-9601-2

Erhältlich im Buchhandel oder direkt beim Verlag:
Herbert Utz Verlag GmbH, München
089-277791-00 · info@utz.de

Gesamtverzeichnis mit mehr als 2500 lieferbaren Titeln: www.utz.de