

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 1/2017

Die Expansion des Urheberrechts - eine polanyische Perspektive

*Alexander Peukert**

Erschienen in: Thomas Dreier/Reto M. Hilty (Hrsg.), Vom Magnettonband zu Social Media, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), 2015, 305-315.

Zitiervorschlag: Peukert, Die Expansion des Urheberrechts - eine polanyische Perspektive, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 1/2017, Rn.

Zusammenfassung: Die Geschichte des Urheberrechts ist die Geschichte seiner Expansion. In diesem Beitrag wird die Expansionsgeschichte des Urheberrechts, in der das Urheberrechtsgesetz 1965 letztlich nur eine, wenn auch wichtige Episode darstellt, in Anlehnung an Thesen des 1944 erschienenen, wirtschaftssoziologischen Klassikers „The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen“ von Karl Polanyi gedeutet. Im Zentrum steht dabei der Gedanke, dass in einer Informationsgesellschaft, deren Wirtschaft auf Märkten und Wettbewerb beruht, alle neuen Technologien und hiermit verknüpften immateriellen Leistungsergebnisse über Ausschließlichkeitsrechte zugeordnet werden müssen, damit gewährleistet ist, dass alle relevanten In- und Outputfaktoren handelbar sind, so dass ihre jeweiligen Erzeuger marktbasierete Einkünfte erzielen können. Der Aufsatz erläutert, dass sich diese Kommodifizierungslogik in der jüngeren deutschen Urheberrechtsgeschichte nachweisen lässt. Auf die soziologische und rechtliche Relevanz der entgegengesetzten Zugangsnorm wird im Schlussteil hingewiesen.

* Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“.

I. Einleitung

- 1 Die Geschichte des Urheberrechts ist die Geschichte seiner Expansion. Auch das Urheberrechtsgesetz (UrhG) 1965 verfolgte „im Ganzen gesehen ... das Ziel einer Verbesserung der Rechtsstellung des Urhebers“¹ und etablierte überdies das Konzept unabhängig neben dem Urheberrecht stehender verwandter Schutzrechte, die seither national und international erheblich an Bedeutung gewonnen haben.² Die Linearität der Urheberrechtsentwicklung hin zu immer mehr Exklusivität über einen relativ langen Zeitraum voller Wechsel der herrschenden Rechts- und Gesellschaftsanschauungen ist erstaunlich, zumal das Urheberrecht seit jeher heftiger Kritik ausgesetzt war.³
- 2 Im Folgenden soll die Expansionsgeschichte des Urheberrechts, in der das UrhG 1965 letztlich nur eine, wenn auch wichtige Episode darstellt, in Anlehnung an Thesen des 1944 erschienenen, wirtschaftssoziologischen Klassikers „The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen“ von *Karl Polanyi* gedeutet werden. In seinem Hauptwerk schildert *Polanyi* die Entstehung der Marktwirtschaft und der sie fortan tragenden Utopie eines sich im Allgemeinwohl selbstregulierenden Marktes. Er zeigt, durch welche politischen und rechtlichen Maßnahmen Arbeit, Boden und Geld im Vereinigten Königreich in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts zur Ware wurden. Da die Mobilisierung aller Produktionsfaktoren für den Markt indes das menschliche Zusammenleben und die natürlichen Lebensgrundlagen bedroht habe, seien Gegenbewegungen entstanden, deren Forderungen sich bereits Ende des 19. Jahrhunderts im Arbeits- und Sozialrecht sowie später im Umweltschutzrecht niederschlugen. *Polanyis* These andauernder Konflikte um das Maß der Autonomie bzw. Einbettung der Wirtschaft in die Gesellschaft wird in der gegenwärtigen Wirtschafts- und zunehmend auch der Rechtssoziologie stark diskutiert. Dabei werden die rasante weltweite Verbreitung marktwirtschaftlicher Ideen und Strukturen nach dem Zusammenbruch des Ostblocks sowie die später einsetzende Anti-

¹ RegE UrhG, BT-Drucks. IV/270, 30.

² Vgl. *Rehbinder/Peukert* Urheberrecht, 17. Aufl. 2015, Rn. 758 ff., 1356 ff.

³ Zum Copyright-System vgl. House of Lords *Donaldson v Becket* (1774), abrufbar unter http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation?id=representation_uk_1774; zur Nachdruckdebatte in Deutschland *Bosse* Autorschaft ist Werkherrschaft, 2. Aufl. 2014, 93 ff.

Globalisierungsbewegung als transnationale Neuauflagen derjenigen Phänomene betrachtet, die *Polanyi* für den Nationalstaat des 19. Jahrhunderts herausarbeitete.⁴

- 3 In der Soziologie und der US-amerikanischen Rechtswissenschaft gibt es überdies erste Ansätze, diese Betrachtungsweise auf den Produktionsfaktor Information, die Informationsgesellschaft und namentlich die Auseinandersetzungen um das Immaterialgüter- und Urheberrecht zu übertragen.⁵ Eine systematische Anwendung und zugleich Überprüfung der *Polanyi*-Thesen im Hinblick auf die umkämpfte Expansion des Immaterialgüterrechts liegt aber soweit ersichtlich bisher nicht vor. Auch im Folgenden kann insoweit nur ein Teilaspekt zur Sprache kommen, nämlich der Gedanke, dass in einer Informationsgesellschaft, deren Wirtschaft auf Märkten und Wettbewerb beruht, alle neuen Technologien und hiermit verknüpften immateriellen Leistungsergebnisse über Ausschließlichkeitsrechte zugeordnet werden müssen, damit gewährleistet ist, dass alle relevanten In- und Outputfaktoren handelbar sind, so dass ihre jeweiligen Erzeuger marktbasierete Einkünfte erzielen können. Zu prüfen ist, ob sich diese Kommodifizierungslogik in der jüngeren deutschen Urheberrechtsgeschichte nachweisen lässt. Die Rechtsrelevanz der entgegengesetzten Zugangsnorm kann im Schlussteil nur angedeutet werden.

II. Neue Technologien, Marktwirtschaft und Kommodifizierung

1. Karl Polanyi zur Entstehung der Marktwirtschaft

- 4 Die Geschichte des Urheberrechts ist auch eine Geschichte der Reaktion des Rechts auf neue Reproduktions- und Wiedergabetechnologien, angefangen beim Buchdruck

⁴ Vgl. z.B. *Stiglitz* in K. Polanyi, *Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, 2001, vii ff.; *Beckert* in Hann/Hart, *Market and society: the great transformation today*, 2009, 38 („Few economic sociologists would disagree with the statement ‘We are all Polanyians now.’“); *Dale* Karl Polanyi. *The Limits of the Market*, 2010, 2 ff.; *Frerichs* in *From Economy to Society? Perspectives on Transnational Risk Regulation*, 2013, 25 ff.; vgl. ferner Karl Polanyi *Institute of Political Economy* <http://www.concordia.ca/research/polanyi.html>. Aus rechtssoziologischer Perspektive zu Polanyi insbesondere *Joerges/Falke* Karl Polanyi. *Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, 2011; ferner die Beiträge in der Sonderausgabe des 1 *Journal of Law and Society* 2013, 40 – *Towards an Economic Sociology of Law*.

⁵ Siehe *Jessop* in Buğra/Ağartan, *Reading Karl Polanyi for the 21st century. Market Economy as a Political Project*, 2007, 115 ff. (*Wissen/Information als fiktive Ware*); *Beckert* in Hann/Hart, *Market and society: the great transformation today*, 2009, 38 ff.; *Boyle* 66 *Law & Contemp. Probs.* 2003, 33 (34); *Lametti* *Virginia Journal of Law & Technology* 2012, 192 ff.

bis hin zur digitalen Netzwerktechnologie.⁶ Solch „komplizierte“ Maschinen bilden auch in *Polanyis* Theorie den Ausgangspunkt zur Erklärung der Entstehung der Marktwirtschaft. Maschinen wie Dampf- oder Webmaschinen seien nämlich teuer und

„können nur dann ohne Verlust betrieben werden, wenn der Absatz der Waren weitgehend gesichert ist und wenn die Produktion nicht aus Mangel an den für die Arbeit der Maschinen erforderlichen Primärprodukten unterbrochen wird. Für den Kaufmann bedeutet dies, daß alle beteiligten Faktoren käuflich sein müssen, das heißt, daß sie jedermann in den benötigten Mengen zur Verfügung stehen müssen, der in der Lage ist, dafür zu bezahlen. Solange diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, wird die Produktion mit Hilfe von spezialisierten Maschinen zu riskant sowohl vom Standpunkt des Kaufmanns, der sein Geld investiert, als auch der Gesellschaft als solcher, deren Einkommen, Arbeitsplätze und Versorgung nunmehr von der fortlaufenden Produktion abhängig sind.“⁷

- 5 Eine arbeitsteilige, technologiebasierte Wirtschaft wird sich demnach nur etablieren, wenn alle Produktionsfaktoren käuflich sind.⁸ Doch nicht nur der für eine komplexe Produktion erforderliche Input (insbes. Arbeit und Boden) muss auf Märkten frei handelbar sein, sondern ebenso der Output, den der Unternehmer erzeugt. Überhaupt müssen

„alle Einkommen ... aus diesen Verkäufen entstehen. ... Es darf nichts geben, das die Bildung von Märkten behindert, auch darf keine Einkommensbildung zugelassen werden, die nicht durch Verkäufe entsteht.“⁹

- 6 Aus der Sicht des einzelnen Marktteilnehmers bedeutet dies, dass

⁶ BGH GRUR 1960, 614 (616) – Figaros Hochzeit („Der Ruf nach einem Schutz von Werken der Literatur, Tonkunst und bildenden Kunst wurde auch erst dringlich, nachdem es der Technik, insbesondere durch die Erfindung der Buchdruckerkunst, gelungen war, diese Werke in einer Vielzahl von Exemplaren zu verbreiten, ohne dass der Werkschöpfer die Möglichkeit hatte, diese Auswertung seines Geistesguts von der Entrichtung eines Entgelts abhängig zu machen ...“); allgemein *Peukert* Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 1 ff.

⁷ *K. Polanyi* The Great Transformation, 1995, 69.

⁸ Ebda. 111.

⁹ Ebda. 103.

„jegliches Einkommen ... vom Verkauf von irgend etwas herrühren [muss], und was auch immer die tatsächliche Einkommensquelle einer Person sein mag, so muss sie doch das Ergebnis eines Verkaufs sein.“¹⁰ „In einem solchen System können wir nicht existieren, es sei denn, wir kaufen Waren auf dem Markt mit Hilfe von Einkommen, die aus dem Verkauf anderer Waren auf dem Markt resultieren.“¹¹

- 7 Schon an dieser Stelle ist freilich zu betonen, dass diese Logik nicht als unabänderliche, natürliche Folge eines selbstregulierenden Marktes missverstanden werden darf. Denn

„[d]er Markt war ... das Resultat einer bewussten und oft gewaltsamen Intervention von Seiten der Regierung, die der Gesellschaft die Marktorganisation aus nichtökonomischen Gründen aufzwang.“¹² „Nichts war natürlich an der Praxis des *Laissez-faire* ...“.¹³

- 8 Vielmehr ist das Zur-Ware-Werden von Arbeit, Boden und Geld ein kontingenter politischer Vorgang, mit dem die Politik auf die nicht weniger voraussetzungsreiche Entwicklung und Ausbreitung komplexer Maschinen und Fabriken reagierte.¹⁴ Die Implementierung des Marktes erfolgte durch das Recht, namentlich durch Gesetze, die feudalistische Privilegien und Strukturen beseitigten, die Gewerbe- und allgemeine Vertragsfreiheit einführten und das fungible Eigentum an Grund und Boden anerkannten.¹⁵ Für Polanyi stellt die Eigentumsfrage „den rechtlichen Aspekt des Kapitalismus“ dar:¹⁶

„Während der tatsächliche Inhalt von Eigentumsrechten durch die Gesetzgebung neu definiert werden könnte, so ist die Gewissheit ihrer

¹⁰ Ebda. 70.

¹¹ Ebda. 89; *ders.* in Cangiani/Polanyi-Levitt/Thomasberger, Karl Polanyi – Chronik der großen Transformation, 2005, 325 (327).

¹² *K. Polanyi* The Great Transformation, 1995, 330 f.

¹³ Ebda. 192.

¹⁴ Ebda. 89; *Dale* Karl Polanyi – The Limits of the Market, 2010, 208.

¹⁵ *K. Polanyi* The Great Transformation, 1995, 60, 246.

¹⁶ Ebda. 233.

formellen Kontinuität für das Funktionieren des Marktsystems unerlässlich.“¹⁷

- 9 Denn die Marktteilnehmer können marktkonforme Einkünfte nur im Austausch für die Begründung oder Übertragung subjektiver Rechte (insbesondere Forderungen und Ausschließlichkeitsrechte) erzielen.

2. Neue Technologien und das Urheberrecht

- 10 Die Erklärungskraft dieser Thesen für das Verständnis der Urheberrechtsentwicklung liegt auf der Hand. Insoweit ist zwischen der Phase der Entstehung des Urheberrechts in Reaktion auf den Buchdruck (a) und der späteren Integration weiterer Technologien in die bereits etablierte Marktwirtschaft (b) zu unterscheiden.

a) Der Buchdruck und die Entstehung des Urheberrechts

- 11 Bereits der Buchdruck und andere Reproduktionsverfahren wie der Kupferstich setzten den Einsatz komplexer und teurer Maschinen voraus, die nach *Polanyi* auf Dauer in privater Hand nur betrieben werden können, wenn der gesamte In- und Output zu Marktpreisen handelbar ist. Zu diesen Produktionsfaktoren zählen nicht nur die Sachmittel zur Herstellung eines Buches, sondern auch die Schrift, die gedruckt werden soll. Damit Autoren und im Anschluss Verleger ein marktkonformes Einkommen für diese geistige Leistung und ihre Vermittlung erzielen können, müssen sie auch insoweit über fungible Ausschließlichkeitsrechte verfügen. Nun fällt allerdings sogleich auf, dass es einerseits deutlich mehr als 200 Jahre seit der Erfindung des Buchdrucks dauerte, bis mit der Statute of Anne der erste moderne Copyright Act in Kraft trat, dass dieses Gesetz andererseits dem allgemeinen Durchbruch der Marktwirtschaft in England, den *Polanyi* auf die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts datiert,¹⁸ mehr als 100 Jahre vorausging. Doch lassen sich beide Phänomene ohne prinzipiellen Bruch mit *Polanyis* Grundannahmen befriedigend erklären: Zum einen waren Märkte und privatwirtschaftliches Handeln jenseits der Selbstversorgung in England bereits ab dem 16. Jahrhundert zahlreich und wichtig. Die Blütezeit des klassischen Liberalismus im frühen 19. Jahrhundert bildete dort –

¹⁷ Ebda. 311.

¹⁸ Ebda. 104 f., 189.

im Gegensatz zu Frankreich – nur den Höhepunkt einer kontinuierlichen Entwicklung, deren theoretische Grundlagen *John Locke* bereits im 17. Jahrhundert formuliert hatte.¹⁹ Zum anderen war die frühe Neuzeit von langwierigen Auseinandersetzungen zwischen den zunächst noch herrschenden feudalistisch-merkantilistischen und den immer weiter vordringenden marktwirtschaftlichen Ideen und Lösungen geprägt. Ein Beispiel für Erstere ist das Privilegienwesen, das in das politische System des Absolutismus eingebettet und von diesem kontrolliert wurde, während die „Vorstellung eines selbstregulierenden Marktes“ in dieser Phase noch „völlig“ fehlte.²⁰

b) Integration späterer Technologien in die Marktwirtschaft

- 12 Die deutsche Urheberrechtsgesetzgebung hingegen fällt jedenfalls seit dem Gesetz des Norddeutschen Bundes v. 11.6.1870 komplett in eine Zeit, in der die Prinzipien und Rechtsregeln der Marktwirtschaft bereits in Kraft waren.²¹ Unter diesen Vorzeichen ist aus *polanyischer* Perspektive zu erwarten, dass alle seither entstandenen Vervielfältigungs- und Wiedergabetechnologien, angefangen bei der Ton- und Bildaufzeichnung über den Rundfunk bis hin zum Internet, marktkonform reguliert und somit in die geltende Wirtschaftsordnung integriert wurden. Das bedeutet vor allem, dass sämtliche Produktionsfaktoren für den Betrieb der neuen Technologie und sämtlicher Output aus diesem Betrieb handelbar sein müssen, also Gegenstand subjektiver (Eigentums-)Rechte sein müssen. Dies gilt wie beim Buchdruck auch für die immateriellen Werke und Leistungen, die in den schließlich verkauften Waren verkörpert sind. Und tatsächlich lässt sich diese Eigentumslogik²² in den Vorläufern, Entstehungsdokumenten und Urteilen zum UrhG 1965 nachweisen. Dabei kann zwischen einer systemischen und einer individualistischen Argumentation unterschieden werden.
- 13 Die *systemische* Rechtfertigung der Kommodifizierung von Werken und Leistungen lautet, dass Vervielfältigungs- und Wiedergabetechnologien nach demselben,

¹⁹ Dale Karl Polanyi. *The Limits of the Market*, 2010, 80 ff. m.w.N.

²⁰ K. Polanyi *The Great Transformation*, 1995, 87, 101; vgl. auch *Ohly* JZ 2003, 545 (548).

²¹ Zur Einführung der Gewerbefreiheit 1869 als wirtschaftsverfassungsrechtlicher Gesamtentscheidung vgl. *Böhm* Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, 40.

²² *Dreier* in *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, 2001, 51, 70 ff., 76 ff.

marktkonformen Muster zu regulieren sind wie ehemals der Buchdruck und die persönliche Darbietung, die wiederum den Vorbildern des Sacheigentums²³ und der Vermarktlichung persönlicher Arbeit gefolgt waren. So heißt es in der Begründung des UrhG 1965 ganz selbstverständlich:

„Dieses der Ausgestaltung des Eigentumsrechts an körperlichen Sachen entsprechende System der Gewährung ausschließlicher Verwertungsrechte ist für das gesamte Rechtsgebiet der sog. Immaterialgüterrechte, zu denen neben dem Urheberrecht z.B. das Patentrecht, das Warenzeichenrecht und das Geschmacksmusterrecht gehören, typisch und wird auch von allen ausländischen Rechtsordnungen angewandt, die einen Schutz von Geistesgütern kennen.“²⁴

- 14 Bereits vor dem UrhG 1965 waren immer neue Vervielfältigungstechnologien in Analogie zum unerlaubten Nachdruck in den Bann der ausschließlichen Rechte der Urheber geraten, deren Werke als Input für diese Technologien benutzt worden waren, etwa die Herstellung auswechselbarer Platten zur Wiedergabe von Musikstücken,²⁵ die photographische Abbildung von Werken bildender Kunst,²⁶ die kinematografische Aufnahme von Choreographien²⁷ und die Verfilmung von Schriftwerken.²⁸ Auch die Erfassung der Digitalisierung von Büchern und anderen Werken zeichnete sich frühzeitig ab.²⁹ Die Regulierung von Technologien zur öffentlichen Wiedergabe von Werken und Leistungen folgte wiederum dem Vorbild der persönlichen Darbietung, bei der durch Eintrittsgelder Einnahmen für den

²³ Hierzu *Peukert* Intellectual Property – The Global Spread of a Legal Concept, Goethe University, Faculty of Law, Research Paper No. 2/2013, <http://ssrn.com/abstract=2218292>.

²⁴ RegE UrhG, BT-Drucks. IV/270, 28.

²⁵ RGZ 27, 60 (66) – Clariophon zum UrhG 1870.

²⁶ Vgl. KUG-Entwurf v. 28.11.1905 in M. Schulze, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 1997, 196.

²⁷ AusführungsG RBÜ-E v. 12.3.1910 in M. Schulze, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 1997, 248 f. (Kinematographie).

²⁸ Vgl. § 12 Abs. 2 Nr. 6 LUG und AusführungsG RBÜ-E v. 12.3.1910 in M. Schulze, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 1997, 265.

²⁹ Vgl. *Ulmer* Elektronische Datenbanken und Urheberrecht, 1971, 3 f., 33 (Eingabe eines Werkes in ein Computersystem müsse wie der Erwerb eines Buchexemplars entgeltpflichtig sein). Umgekehrt zur Anwendung der Schranke für Papier-Pressespiegel auf funktional äquivalente elektronische Pressespiegel BGH GRUR 2002, 963 (966 f.) – Elektronischer Pressespiegel.

Interpreten und mittelbar auch den Urheber generiert werden konnten. Da die Rundfunksendung persönlicher Darbietungen diese Monetarisierung des Werkgenusses untergrub und „damit das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung gestört wird, das normalerweise Vertragsgrundlage ist“,³⁰ wurde auch sie von einer in der Regel entgeltspflichtigen Zustimmung der Urheber, Interpreten und Konzertveranstalter abhängig gemacht.³¹ Zugleich wurde der durch diese Technologien neu erzeugbare, aber wiederum reproduzierbare, mehr oder weniger eigenschöpferische Output, namentlich Photographien, Filme mitsamt ihren Einzelbildern, Sendungen, sowie Ton- und Filmträger unter Rechtsschutz gestellt.³² Vor Inkrafttreten des UrhG 1965 hatten Rechtsprechung und Gesetzgebung jede dieser technologischen Neuerungen gesondert verurheberrechtlichen müssen, da Werk- und Rechkataloge abschließend aufgezählt waren. Das UrhG 1965 ersetzte dieses Enumerationsprinzip und das dadurch ausgelöste Stückwerk durch einen offenen Werk- und Verwertungsrechtsbegriff. Die §§ 2 und 15 UrhG stellen seither sicher, dass neu entstehende Werkarten wie etwa das Happening oder das Multimediawerk ohne Weiteres geschützt sind, und zwar wie alle anderen Werkarten auch im Hinblick auf noch unbekanntes „Verwertungsmöglichkeiten“ wie z.B. die Online-Nutzung.³³ Die generalklauselartige und technologie neutrale Ausgestaltung des Urheberrechts bezweckt mithin, jede neue Reproduktions- und Wiedergabetechnologie automatisch den ausschließlichen Rechten und damit den Marktregeln zu unterwerfen.

- 15 Während das systemische Argument besagt, dass neue Technologien in die Marktwirtschaft integriert und daher marktkonform reguliert werden müssen, wenn sie auf Märkten bereitgestellt und genutzt werden sollen, nimmt die *individualistische* Argumentation die Perspektive der Marktteilnehmer ein, die Input für die Technologie liefern oder mit der Technologie Output produzieren. Sie müssen für ihre Leistungsergebnisse jeweils ein marktkonformes Einkommen erzielen können, da

³⁰ BGH GRUR 1960, 614 (616 f.) – Figaros Hochzeit.

³¹ Vgl. §§ 20, 78 Abs. 1 Nr. 2, 81 S. 1 UrhG.

³² Vgl. Photographieschutzgesetz v. 10.1.1876; § 15a KUG sowie zum Einzelbildschutz BGH GRUR 1962, 470 (473) – AKI; BGH ZUM 2014, 401 Rn. 21 ff. – Peter Fechter; §§ 85-87, 94 f. UrhG.

³³ RegE UrhG, BT-Drucks. IV/270, 29, 37, 45. Vgl. BGH GRUR 1985, 529 – Happening (offener Werkbegriff); BGH GRUR 2003, 958 (961) – Paperboy (unbenanntes Verwertungsrecht der öffentlichen Zugänglichmachung).

sonst eine der Grundversprechungen der Marktwirtschaft außer Kraft gesetzt wäre, wonach eigene Leistung zum Erfolg führen *kann*. Überdies wird eine neue Technologie, mit der kein Geld zu verdienen ist, kaum Verbreitung finden. Bei immateriellem, nicht-exklusivem In- und Output wie Werken und hiermit verwandten Leistungen setzt all dies einen rechtlichen Zustimmungsvorbehalt voraus, für dessen Ausübung zu zahlen ist. Zu den Input-Produzenten zählt das UrhG 1965 die Urheber, die ausübenden Künstler, die Lichtbildner und die Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben.³⁴ Die ihnen zustehenden Verwertungsrechte sollen die Grundlage dafür bieten, Art und Umfang der Nutzung des von ihnen erzeugten „Contents“ möglichst lückenlos zu kontrollieren und von der Zahlung einer Vergütung abhängig zu machen.³⁵ Damit entgelt der Endnutzer in marktkonformer Weise den Werkgenuss, den der Kreative in ebenso marktkonformer Weise befriedigt.³⁶ Die Mittlerrolle übernehmen die Produzenten fertiger Verbrauchsgüter wie Ton- und Filmträger. Ihre Leistung besteht in der unternehmerischen Investition in einen Output, der wie der darin verkörperte und entgeltene Input reproduzierbar ist und daher zur marktkonformen Amortisation rechtlich verknappert werden muss.³⁷ Dies gilt nach Auffassung des BGH sogar für die Übernahme kleinster Ton- und Videopartikel, womit der faktische Handel mit sog. Klammerteil- und Samplingrechten seine nachträgliche rechtliche Anerkennung erfuhr.³⁸ Im Ergebnis sollen die Produzenten jede Möglichkeit zur Verwertung ihres Outputs zur Erzielung von Einkommen nutzen können.³⁹ Aus dieser Warte besteht zwischen dem Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten kein Unterschied. In allen Fällen gebietet ein „Grundsatz

³⁴ Vgl. § 97 Abs. 2 S. 4 UrhG und BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkasso-Programm (geistige Leistung des Programmierers); sowie zuvor für ausübende Künstler BGH GRUR 1960, 614 (617) – Figaros Hochzeit; BGH GRUR 1960, 619 (623) – Künstlerlizenz.

³⁵ RegE UrhG, BT-Drucks. IV/270, 28, 62 (für das Urheberrecht); zuvor RGZ 122, 66 (68); RGZ 153, 1 (22 f.) m.w.N. (mit Begründung für die Fortgeltung dieses Grundsatzes im Dritten Reich); BGH GRUR 1954, 216 (219) – Record; BGH GRUR 1955, 492 (499) – Grundig-Reporter; seit 2002 § 11 S. 2 UrhG; zuletzt BGH GRUR 2013, 727 Rn. 26, 41 – Covermount (auch bei nur geringfügigem wirtschaftlichen Nutzen).

³⁶ BGH GRUR 1955, 492 (496) – Grundig-Reporter.

³⁷ Vgl. *Rehbinder/Peukert* Urheberrecht, 17. Aufl. 2015, Rn. 760 f.

³⁸ BGH NJW 2008, 2346 Rn. 18 f. – TV Total (Filmsequenz); BGH ZUM 2009, 219 Rn. 14 ff. – Metall auf Metall I (Tonsampling).

³⁹ Für den Tonträgerhersteller AusführungsG RBÜ-E v. 12.3.1910 in M. Schulze, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. 1997, 263 f.; RGZ 73, 294 (296 f.); BGH GRUR 1962, 470 (473) – AKI; für den Konzertveranstalter BGH GRUR 1963, 575 (576) – Vortragsabend; für den Datenbankhersteller BGH GRUR 1988, 308 (310) – Informationsdienst.

der Leistungsäquivalenz“, dass für vermögenswerte Leistungen im Wege des „Güterumsatzgeschäfts“ ein marktkonformes Entgelt zu zahlen ist.⁴⁰ Ergänzend wird regelmäßig das „Aushöhlungsargument“ bemüht, das eine Brücke zur systemischen Betrachtungsweise schlägt. Demnach muss verhindert werden, dass eine neue Technologie die etablierten Einkommensströme „aushöhlt“.⁴¹ Den Gesamtumsatz müssen Kreative und Produzenten unter sich aufteilen,⁴² was ständigen Streit verursacht.

3. Zwischenergebnis

- 16 Insgesamt haben die im UrhG 1965 geregelten Ausschließlichkeitsrechte den Zweck, die Wertschöpfung im Bereich von Literatur, Wissenschaft und Kunst marktkonform zu organisieren.⁴³ Die ausschließlichen Verwertungsrechte⁴⁴ ermöglichen es den Rechtsinhabern, ihre schöpferischen und unternehmerischen Leistungen marktwirtschaftlich zu angemessenen Bedingungen zu verwerten. Dieser Gesichtspunkt ist kein beliebiges, nachrangiges Argument zur Rechtfertigung des Urheberrechts. Vielmehr handelt es sich bei der Gewährleistung kommerzieller Nutzung und Einkommenserzielung durch ausschließliche Rechte um den grundgesetzlich geschützten Kern,⁴⁵ den spezifischen Gegenstand nach EU-

⁴⁰ BGH GRUR 1960, 619 (624) – Künstlerlizenz.

⁴¹ BGH GRUR 1954, 216 (219 f.) – Record (Lautsprecherwiedergabe von Schallplatten); BGH GRUR 1955, 492, (497, 499) – Grundig-Reporter (Geräte zur privaten Vervielfältigung); zur Kompromisslösung, einen gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung für die private und sonst eigene Vervielfältigung einzuführen, siehe *E. Ulmer* in *GEMA, Magnettongeräte und Urheberrecht*, 1952, 7, 10 ff.; *RegE UrhG, BT-Drucks. IV/270*, 31 f.; *RegE 1. UrhÄG v. 22.12.1983, BT-Drucks. 10/837*, 10 f.

⁴² BGH GRUR 1960, 619 (623) – Künstlerlizenz.

⁴³ *Ulmer* Urheber- und Verlagsrecht, 1951, 312 (Ausdehnung des Schutzes auf jedes Lichtbild trage den Bedürfnissen des photographischen Gewerbes Rechnung); *Hubmann* Urheber- und Verlagsrecht, 1959, 2 (Urheberrecht als Grundlage der Kulturwirtschaft), 37 (die Sicherung des Lohnes habe in einer dem Wirtschaftssystem angepassten Weise zu erfolgen).

⁴⁴ *Peifer* GRUR 2009, 22 ff. („Eigentumsfunktion“ im Gegensatz zur urheberpersönlichkeitsrechtlichen „Authentizitätsfunktion“).

⁴⁵ *BVerfGE 31, 229 (240 f.)* – Kirchen- und Schulgebrauch; *BVerfG GRUR 2014, 169 Rn. 87* – Übersetzerhonorare (in ausdrücklicher Abgrenzung „zur früheren naturrechtlichen Begründung“ nach *BGH Grundig-Reporter*). Auch das verfassungsrechtliche Minimum an Eigentum ist danach zu bestimmen, ob der Einzelne in die Lage versetzt wird, sein Leben marktkonform eigenverantwortlich zu gestalten, statt auf Almosen des Staates angewiesen zu sein; vgl. *Peukert* Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 705.

Primärrecht⁴⁶ und die völkerrechtliche Garantie „normaler Auswertung“ des Urheberrechts.⁴⁷ Die systemisch-individualistische Kommodifizierungslogik ist folglich mit allen Weihen des deutschen, europäischen und internationalen Rechts ausgestattet. Die globale Kommunikation mit Werken und anderen Leistungen soll sich normalerweise im Wege der individuellen Transaktion vollziehen.

17 Die im deutschen Recht vorherrschende, urheberzentrierte Betrachtungsweise⁴⁸ greift demgegenüber zu kurz. Die ja immerhin mit dem Urheberrecht „verwandten“ Schutzrechte lassen sich hiermit von vornherein nicht erklären. Sodann ist daran zu erinnern, dass das deutsche Urheberrecht seine scheinbar universellen Schöpferprinzipien nicht vorbehaltlos allen Urhebern angedeihen lässt, sondern Angehörige sog. „Drittstaaten“ außerhalb der EU und des EWR weiterhin als „Fremde“ diskriminiert.⁴⁹ Vor allem aber folgt aus dem Ziel des Urheberschutzes nicht, dass hierfür gerade die Form des fungiblen Ausschließlichkeitsrechts zu wählen ist. Denn dies kann bei gestörter Vertragsparität dazu führen, dass vor allem der derivative Rechtsinhaber (Output-Produzent) vom Urheberrecht profitiert, während der Urheber leer ausgeht. Das UrhG versucht, dieses Ergebnis des Marktmechanismus durch zwingendes Vertragsrecht und sogar einen Eingriff in die Preisbildungsfreiheit zu korrigieren, macht hiervon aber auch wieder Ausnahmen, soweit die möglichst umfassende Verwertung gebietet, alle Rechte in der Hand des Produzenten zu konzentrieren.⁵⁰

18 Stattdessen ist die individualistische Rechtfertigung mit *Polanyi* in den Kontext der marktwirtschaftlichen Ordnung zu stellen. Demnach müssen alle Marktteilnehmer ihre Leistungen mithilfe fungibler subjektiver Rechte vermarkten können, um marktkonforme Einkommen erzielen und so ihren Lebensunterhalt bestreiten zu

⁴⁶ EuGH GRUR 1981, 649 Rn. 12 – Musik-Vertrieb membran und K-tel International; EuGH Rs C-403/08, EU:C:2011:631 (Rn. 107) – Football Association Premier League.

⁴⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 2 RBÜ, 13 TRIPS, 10 Abs. 1 WCT, 16 Abs. 2 WPPT und WTO Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, 15.6.2000, WT/DS160/R, Ziff. D 2(c)(i); zu Art. 5 Abs. 5 UrhRL 2001/29 EuGH Rs. C-435/12, EU:C:2014:254 (Rn. 38 f.) – ACI Adam u.a.

⁴⁸ Vgl. § 11 S. 1 UrhG und RegE UrhG, BT-Drucks. IV/270, 27.

⁴⁹ §§ 120 f. UrhG.

⁵⁰ Siehe dazu den Beitrag von *Loewenheim* in diesem Band sowie BVerfG GRUR 2014, 169 Rn. 65 ff. – Übersetzerhonorare m.w.N. einerseits und §§ 90, 92 Abs. 3, 137l UrhG andererseits. Ferner BGH GRUR 2002, 963 (966 f.) – Elektronischer Pressespiegel (dem Urheber könne mit gesetzlichen Vergütungsansprüchen im Einzelfall mehr gedient sein als mit einem Ausschließlichkeitsrecht).

können. Man kann dieses Postulat sogar als Gebot der Chancengleichheit und Verteilungsgerechtigkeit begreifen: Es wäre ungerecht und widersprüchlich, eine Person einerseits dem Zwang zu unterwerfen, ihr Einkommen marktkonform durch individuelle Geschäftsabschlüsse zu generieren, ihr andererseits aber die hierfür erforderlichen juristischen Eigentumstitel vorzuenthalten.⁵¹ Dieses marktwirtschaftliche Kommodifizierungsgebot steckt hinter der auf den ersten Blick zirkulären Annahme, „wenn Wert, dann Recht.“⁵² Es gilt für Kreative wie für Hersteller reproduzierbarer Produkte (z.B. Ton- und Filmträger) gleichermaßen.

III. Ausblick: Fiktionalität, Gegenbewegung, Kontingenz und Kritik

- 19 Das Potential der Thesen *Karl Polanyis* für ein kritisches Verständnis des Urheberrechts ist damit freilich noch keineswegs erschöpft. *Polanyi* erläutert nicht nur, warum es unter den Bedingungen einer Marktwirtschaft zur Kommodifizierung aller neuen Technologien und hiermit verbundenen Leistungen kommt. Er zeigt anhand der Beispiele der Arbeit, des Bodens und des Geldes darüber hinaus, dass Vermarktlichungsprozesse weder unproblematisch noch unausweichlich sind. Dazu müssen an dieser Stelle wenige Bemerkungen genügen:
- 20 Die Mobilisierung aller Input- und Outputfaktoren für den Markt ist nach *Polanyi* vor allem dann bedenklich, wenn die betreffenden Güter nicht für den Markt produziert wurden, sondern wie die menschliche Arbeitskraft und die natürliche Umwelt gegeben sind. Würden sie für handelbar und damit zu „fiktiven Waren“ erklärt,⁵³ werde das menschliche Leben und die Umwelt aus früheren sozialen Zusammenhängen herausgelöst und den allein an Nutzenmaximierung orientierten Marktregeln unterworfen. Wie die sozialen und ökologischen Auswirkungen der marktradikalen Laissez-faire-Politik des frühen 19. Jahrhunderts belegten, werde hierdurch jedoch letztlich der Bestand der Gesellschaft und ihrer natürlichen Grundlagen bedroht.⁵⁴ Die negativen Effekte der Vermarktlichung fiktiver Waren riefen sodann soziale Gegenbewegungen bzw. „Selbstschutzmechanismen“ der

⁵¹ Umgekehrt gilt: Wird das Leistungsergebnis wie bei steuerfinanzierten Wissenschaftlern öffentlich finanziert, entfällt das Erfordernis und Gebot einer umfassenden Vermarktungsmöglichkeit; vgl. § 38 Abs. 4 UrhG.

⁵² Dazu kritisch *Peukert* Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, 132 f., 733 ff., 765.

⁵³ *K. Polanyi* The Great Transformation, 1995, 107 f.

⁵⁴ Ebda. 108.

Gesellschaft wie die Arbeiter- und Umweltschutzbewegung hervor.⁵⁵ Ihr Ziel sei es, für eine bessere Einbettung der Marktwirtschaft in die Gesellschaft zu sorgen.⁵⁶ Soweit derartige Konflikte zu Rechtsnormen führen, bestimmt mithin das Recht über das Maß der Herauslösung (Selbstregulierung) bzw. Einbettung der Marktwirtschaft in ihre Umwelten und die Gesellschaft insgesamt.⁵⁷ Die zyklischen Pendelbewegungen zwischen Vermarktlichung und Einbettung belegen die Kontingenz der gesamten Entwicklung. Weder die Kommodifizierung noch ihr Gegenteil sind alternativlos oder per se unbedenklich. Im Gegenteil, *Polanyis* kritische Pointe lautet, dass der Glaube an die selbstregulierenden Kräfte des auf Eigentum basierenden Marktes utopisch und gefährlich ist, weil dadurch negative Auswirkungen ausgeblendet werden.⁵⁸

- 21 Auch diese Thesen lassen sich für das Urheberrecht fruchtbar machen. Indem es ein „Mitteilungs-“⁵⁹ oder „Allgemeingut“⁶⁰ kommodifiziert, erzeugt es eine fiktive Ware.⁶¹ Für dessen Einbettung in die künstlerische oder wissenschaftliche Kommunikation sorgen die Schranken des Urheberrechts, die erforderlichenfalls extensiv auszulegen sind.⁶² Das digitale Urheberrecht ist freilich in einem solchen Maße expandiert, dass es sich nicht mehr nur auf „qualifizierte menschliche Kommunikation“,⁶³ sondern auf jedes Kommunikationselement (jedes Lichtbild, jeden Audio- und Videoschnipsel, kleinste Textausschnitte, jede relevante Software und über den Rechtsschutz von

⁵⁵ Ebda. 182 ff., 224 ff. (Arbeit), 243 ff. (Boden), 260 ff. (Geld); *Dale* Karl Polanyi. *The Limits of the Market*, 2010, 227.

⁵⁶ Gingen sie dabei jedoch so weit, die Funktionsfähigkeit der Marktwirtschaft zu stören, indem z.B. Monopole anerkannt werden, könne dies nicht minder katastrophale Folgen haben als eine Laissez-faire-Politik; vgl. *K. Polanyi* *The Great Transformation*, 1995, 270 ff. (zur Entstehung des Faschismus und Sozialismus aus der gescheiterten Marktutopie).

⁵⁷ *Block Theory and Society* 2003, 1 (25 f.); *Perry-Kessaris* 3 *Northern Ireland Legal Quarterly* 2011, 62 (401 ff.).

⁵⁸ Vgl. *Thomasberger* 4 *International Journal of Political Economy* 2012, 41 (16 ff.).

⁵⁹ RegE UrhG, BT-Drucks. IV/270, 33.

⁶⁰ BVerfG GRUR 2001, 149 (151 f.) – *Germania* 3.

⁶¹ *Jessop* in Buğra/Ağartan, *Reading Karl Polanyi for the 21st century. Market Economy as a Political Project*, 2007, 115 ff.; *Borghi* *Writing Practices in the Privilege – and Intellectual Property – Systems*, 2003, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1031639, 3 f.

⁶² RegE 1. UrhÄG v. 22.12.1983, BT-Drucks. 10/837, 9 („Die Berechtigung bestimmter Einschränkungen des Urheberrechts ergibt sich aus der Tatsache, daß der Urheber seine schöpferische Tätigkeit nicht losgelöst von seiner Umwelt, sondern eingebunden in seinen Kulturkreis und auf der Grundlage des Kulturschaffens vorangegangener Generationen entfaltet.“); BVerfG GRUR 2001, 149 (151 f.) – *Germania* 3.

⁶³ *Schricker/Schricker* UrhG, 3. Aufl. 2006, Einleitung Rn. 7.

Datenbanken mittelbar überhaupt jedes „Element“) von der Erzeugung über die Vermittlung bis zur privaten Wahrnehmung (Konsum) erstreckt, und zwar für eine stetig wachsende Dauer.⁶⁴ Digital vernetzte Kommunikation ist ohne urheberrechtlich relevante Nutzungen jedenfalls der verwendeten Software nicht mehr möglich. Da aber ein Generalvorbehalt individueller, zumal entgeltlicher Lizenzen die digitale globale Kommunikation zusammenbrechen lassen würde, sind Gegenbewegungen wie Open Source, Creative Commons und Open Access entstanden, die sich für eine bessere Einbettung der kommerziellen Kommunikation in die globale Informationsgesellschaft einsetzen.⁶⁵ Auch die Rechtsprechung hat ihren Teil dazu beigetragen, dass die sozialübliche, entgelt- und lizenzfreie Kommunikation im Internet nicht durch das Urheberrecht unmöglich gemacht wird.⁶⁶ Aus *polanyischer* Perspektive lässt sich die gesamte Urheberrechtsgeschichte als Kampf um das Maß der Einbettung des Kulturgütermarktes in den öffentlichen Kommunikationskreislauf rekonstruieren.

⁶⁴ Zu alldem *Peukert* GRUR-Beilage 2014, 77 (80 ff.).

⁶⁵ *Boyle* Duke L.J. 1997, 47 (87 ff.); *ders.* 66 Law & Contemp. Probs. 2003, 33 (53 ff., 69 ff.). Vgl. §§ 31a Abs. 1 S. 2, 32 Abs. 3 S. 3, 32a Abs. 3 S. 3, 32c Abs. 3 S. 2 UrhG („aber“).

⁶⁶ BGH GRUR 2003, 958 (963) – Paperboy; BGH GRUR 2010, 628 Rn. 33 ff. – Vorschaubilder I; BGH GRUR 2012, 602 Rn. 16 ff. – Vorschaubilder II; EuGH Rs. C-466/12, EU:C:2014:76 (Rn. 26 ff.) – Svensson u.a..