

## Fachbereich Rechtswissenschaft

### Arbeitspapier Nr. 5/2020

---

#### Die Herausbildung der normativen Ordnung „geistiges Eigentum“. Diskurstheoretische und andere Erklärungsansätze

*Alexander Peukert\**

Erscheint in: Rainer Forst/Klaus Günther, Theorien normativer Ordnungen, Suhrkamp Verlag, Berlin

Zitiervorschlag: Peukert, Die Herausbildung der normativen Ordnung „geistiges Eigentum“. Diskurstheoretische und andere Erklärungsansätze, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 5/2020, Rn.

**Zusammenfassung:** Der Beitrag erläutert aus rechtswissenschaftlicher Sicht, welche Begriffe, Perspektiven und Methoden zur Beantwortung folgender Frage geeignet sind: Wie lässt sich erklären, dass das gerade einmal ca. 200 Jahre alte Rechtsgebiet des „geistigen Eigentums“, dessen Legitimität stets heftig umstritten war, praktisch weltweite Anerkennung in nationalen, supranationalen und völkerrechtlichen Rechtsquellen finden konnte und die globalen Handels- und Kommunikationsströme auch tatsächlich wirksam reguliert? Oder anders gewendet: Wie kann ein schwacher Geltungsanspruch eine faktisch wirkmächtige Ordnung hervorbringen? Nach kritisch-diskurstheoretischen Ansätzen bildet der Streit um Rechtfertigungen den zentralen Treiber normativer Ordnungen. Der Aufsatz zeigt jedoch, dass im Hinblick auf das „geistige Eigentum“ normexterne Bedingungen wie technischer Fortschritt und der Wandel der allgemeinen Wirtschaftsordnung von entscheidender Bedeutung waren und der Frage nach den Gründen z.T. logisch vorausliegen. Schließlich wird gezeigt, dass sozialontologische Analysen besonders gut geeignet erscheinen, strukturelle Normativität/Macht zu adressieren, die unterhalb expliziter Rechtfertigungen bzw. im „Hintergrund“ angesiedelt ist, so wie Sprache generell die logische Voraussetzung für ein rechtfertigendes Rede-und-Antwort-Stehen bildet.

---

\* Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

- 1 Wie lässt sich erklären, dass ein gerade einmal 200 Jahre altes Rechtsgebiet, dessen Legitimität stets heftig umstritten war,<sup>1</sup> praktisch weltweite Anerkennung in nationalen, supranationalen und völkerrechtlichen Rechtsquellen finden konnte und die globalen Handels- und Kommunikationsströme auch tatsächlich wirksam reguliert? Gemeint ist das „geistige Eigentum“ (synonym Immaterialgüterrecht, intellectual property/IP), das mit seiner praktisch weltweiten Anerkennung, zugleich aber seiner Konflikträchtigkeit ein gutes Beispiel für die Herausbildung neuer globaler, normativer (Rechts-)Ordnungen abgibt.<sup>2</sup> So erklärungsbedürftig die Erfolgsgeschichte des geistigen Eigentums ist, so zweifelhaft ist jedoch, welche Begriffe, Perspektiven und Methoden sich zu seiner Erklärung eignen. Dies gilt nicht zuletzt aus der Warte meiner angestammten Disziplin, der Rechtswissenschaft. Im Folgenden sollen meine idiosynkratischen Versuche zur Lösung des eingangs erwähnten Rätsels mit kritisch-diskurstheoretischen Ansätzen abgeglichen werden, nach denen der Streit um Rechtfertigungen den zentralen Treiber normativer Ordnungen bildet.<sup>3</sup>

## **I. Die Rechtswissenschaft und die Frage nach der Herausbildung normativer Ordnungen**

- 2 Inwiefern sich durch die Globalisierung neue normative Ordnungen innerhalb und zwischen Staaten ergeben, ob aus Konflikten eine höherstufige, weltweit-universelle Ordnung entsteht und welche institutionelle Form diese „Weltordnung“ annimmt bzw. annehmen könnte<sup>4</sup> – all dies sind Forschungsfragen, zu denen selbst ein *strictly legal point of view* einen sinnvollen Beitrag leisten kann.<sup>5</sup> Bezogen auf das geistige Eigentum lässt sich mit rechtsdogmatischen Analysen etwa feststellen, dass die Spannung zwischen einer weithin globalisierten Wirtschaft und Kommunikation auf der einen Seite und ihrer territorial fragmentierten Regulierung durch nationalstaatliche/regionale (EU) IP-Rechte andererseits nicht in allen Konstellationen durch Anwendung der herkömmlichen Grundsätze des internationalen Privatrechts und des Völkerrechts gelöst werden können – man denke etwa an die *de lege lata* gebotene, praktisch aber nicht realisierbare Anwendung von mehr als

---

<sup>1</sup> Vgl. den Hinweis auf die Auseinandersetzungen um die Preise für patentgeschützte HIV-Medikamente bei Forst/Günther 2011, S. 13. Hierzu Fisher III/Rigamonti 2005.

<sup>2</sup> Forst/Günther 2011, S. 15-16.

<sup>3</sup> Vgl. Forst/Günther 2009.

<sup>4</sup> Forst/Günther 2011, S. 22, 26.

<sup>5</sup> Zu den Eigenheiten des *strictly legal point of view* Ernst 2007.

190 Urheberrechtsordnungen auf die nicht autorisierte Zugänglichmachung eines Popsongs auf YouTube.<sup>6</sup> Die Reaktionen auf die Dysfunktionalität (inter-)nationalen Rechts reichen von privater, technikbasierter Regulierung der Onlinekommunikation durch große Plattformen über die unilaterale Erstreckung einzelstaatlichen Rechts auf globale Sachverhalte bis hin zur freilich bisher akademisch gebliebenen Forderung nach der Ausbildung transnationalen Rechts durch ein globales Netzwerk progressiver Richter.<sup>7</sup> Von Erkenntniswert ist in diesem Zusammenhang die kritische Rückfrage an „sich selbst verabsolutierende, die Eigenständigkeit und Eigenrationalität eines gesellschaftlichen Bereichs verkennende Universalitätsansprüche“, die etwa mit dem freien Welthandel, aber gerade auch mit dem internationalen IP-System einhergehen.<sup>8</sup> Denn es gibt keinen Anhaltspunkt für die Annahme, eine umfassende „Weltordnung“ werde endlich frei von asymmetrischen Beherrschungsverhältnissen sein.<sup>9</sup>

- 3 Allerdings erschöpft sich die Erforschung der Herausbildung normativer Ordnungen nicht in einer trivialen und auch von der dogmatischen Rechtswissenschaft leistbaren Betrachtung statischer normativer Ordnungen. Das Spannende der eingangs aufgeworfenen Frage liegt vielmehr im Fokus auf die *Herausbildung* einer bestimmten Ordnung, auf „normproduzierenden“ Dynamiken.<sup>10</sup> Dieser zeitliche und auf Kausalzusammenhänge abstellende Fokus stellt nun aber die dogmatische Rechtswissenschaft vor ein geradezu fatales Problem. Denn mit den klassischen juristischen Methoden der Textexegese und Systematisierung des positiven Rechts lässt sich immer nur feststellen, was zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort in einer bestimmten Gesellschaft (oder, bei einem weiten Rechtsbegriff, einer Gemeinschaft) als rechtmäßig oder aber rechtswidrig gilt. Zwar lassen sich die Ergebnisse durch den Blick zurück (→ Rechtsgeschichte) und an andere Orte (→ Rechtsvergleich) vermehren. Den Übergang zwischen Rechtslage 1 und Rechtslage 2, den dynamischen Vorgang der Herausbildung einer neuen Rechtslage aber kann ein dogmatisch arbeitender Jurist mit seinen eigenen Methoden nicht entschlüsseln; er hat keine Methode, gesellschaftlichen, zumal nicht-rechtlichen

---

<sup>6</sup> Dazu European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) 2013; ferner *Becker* 2015.

<sup>7</sup> Vgl. dazu *Peukert* 2012c; *Peukert* 2016b.

<sup>8</sup> *Forst/Günther* 2011, S. 25.

<sup>9</sup> Zu den Begriffen Herrschaft und Beherrschung *Forst* 2013, S. 22-24.

<sup>10</sup> *Forst/Günther* 2011, S. 11, 20.

Wandel zu erklären.<sup>11</sup> Er droht damit – und das mag ein Grund für die insgesamt marginale Rolle der deutschen Rechtswissenschaft in interdisziplinären Großprojekten zu sein – zum Hilfswissenschaftler herabzusinken, der Geistes- und Sozialwissenschaftlern Auskunft darüber geben kann, was wann wo rechtmäßig/rechtswidrig war/ist. Wer sich mit dieser Rolle nicht abfindet, kommt nicht umhin, die dogmatische Analyse mit nicht-juristischen Erklärungen sozialen Wandels zu verknüpfen, zum Grenzgänger zwischen rechtsinterner Dogmatik und rechtsexterner Beobachtung zu werden.

## II. Die Teilnehmerperspektive und die Frage nach den Gründen

- 4 Eine diskurstheoretische Teilnehmerperspektive bietet sich hierfür allerdings nur eingeschränkt an. Sie zeichnet sich in Abgrenzung zu handlungs- und systemtheoretischen Ansätzen aus „durch eine methodische Orientierung an einem internen Standpunkt gegenüber der Welt der Normativität, d.h. de[m] methodische[n] Vorrang der Perspektive von Teilnehmern an einer normativen Ordnung vor der Perspektive eines externen Beobachters“.<sup>12</sup> Normbildungsprozesse sollen demnach primär durch eine Analyse der „internen Perspektiven, Prozesse, Prozeduren und Auseinandersetzungen bei der Herausbildung von Ordnungen des Handelns und Denkens entschlüsselt werden.“<sup>13</sup>
- 5 Zwar kann diese Teilnehmerperspektive durchaus dazu verhelfen, Normherausbildungsprozesse zu verstehen. So wurde unter Auswertung sozialwissenschaftlicher Umfragen der Frage nachgegangen, warum ansonsten völlig unauffällige, sich rechtskonform verhaltende Mitbürger zur Hochzeit des sog. Filesharings in den frühen 2000er Jahren in massenhafter Zahl und ohne jedes Unrechtsbewusstsein strafbare Urheberrechtsverletzungen begingen;<sup>14</sup> das Selbstverständnis von Open-Source-Gemeinschaften wurde für die juristische Beurteilung entsprechender Vertragsnetze fruchtbar gemacht;<sup>15</sup> Praktiken wie Remixing und Mashups wurden aus musikwissenschaftlicher Sicht erläutert und aus

---

<sup>11</sup> Dazu die Beiträge im Sammelband *Engel/Schön* 2007.

<sup>12</sup> *Forst/Günther* 2009, S. 24.

<sup>13</sup> *Forst/Günther* 2011, S.11.

<sup>14</sup> *Peukert* 2012d.

<sup>15</sup> *König* 2015.

dieser Warte ihre Einordnung als Urheberrechtsverletzungen kritisiert;<sup>16</sup> und die zum Teil konfligierenden Regeln des Urheber- und Wissenschaftsrechts im Hinblick auf den Umgang mit wissenschaftlichen Publikationen wurden auf die eben nicht komplementären Interessen der Wissenschaftscommunity (Zugang) einerseits und der Verlage bzw. kommerziell motivierten Urheber (Exklusivität) andererseits zurückgeführt.<sup>17</sup>

- 6 Indes eignen sich weder die spezifisch juristischen Methoden noch die von „Geltendrechtlern“ üblicherweise konsultierten Quellen – im Wesentlichen Gesetze und völkerrechtliche Verträge samt ihrer Entwürfe, Gerichtsentscheidungen, juristische Fachliteratur, schon seltener Verwaltungsakte, Vertragsmuster – zur Entschlüsselung der „internen“ Perspektive von Mitgliedern des Rechtsstabs und Rechtssubjekten. Denn das bei jeder Rechtsanwendung zweifellos obwaltende Vorverständnis der Beteiligten wird durch die regulative Idee der einzig richtigen Entscheidung und die verfassungsrechtlich zulässigen Rechtsanwendungsmethoden in eine formale, objektivierende Sprache gepresst, deren Zweck darin besteht, die individuelle Entscheiderperspektive einzuhegen. Auch die Entscheidungsmaßstäbe sind weitestgehend objektiviert. Bei der Auslegung privater Willenserklärungen kommt es auf den objektiv erklärten und nicht den inneren Willen an,<sup>18</sup> bei Patenten auf das Verständnis eines „Durchschnittsfachmanns“,<sup>19</sup> bei der Beurteilung von Kunstwerken auf die Auffassung „der für Kunst empfänglichen und mit Kunstanschauungen einigermaßen vertrauten Kreise“,<sup>20</sup> bei Gesetzen auf den im Wortlaut zum Ausdruck kommenden „objektivierten Willen des Gesetzgebers“ und nicht auf die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder<sup>21</sup> usw. usf. Selbstverständlich sind all diese „objektiven“ Verständnisse juristische Fiktionen, die ggf. erstmals vom zur Entscheidung berufenen Richter(gremium) formuliert werden, ohne dass sie zuvor jemals von irgend einer realen Person geteilt worden wären.<sup>22</sup> Gerade das aber zeichnet spezifisch juristische

---

<sup>16</sup> Pötzlberger 2018.

<sup>17</sup> Peukert 2012b.

<sup>18</sup> BGH NJW 2010, 2422 Rn. 33.

<sup>19</sup> BGH GRUR 2004, 1023, 1025 – Bodenseitige Vereinzelungseinrichtung.

<sup>20</sup> BGH GRUR 2014, 175 Rn. 15 – Geburtstagszug.

<sup>21</sup> BVerfGE 1, 299 (312) (1952).

<sup>22</sup> Zum patentrechtlichen „Durchschnittsfachmann“ BGH GRUR 2018, 390 Rn. 31 – Wärmeenergieverwaltung.

Kommunikation aus. Um die interne Perspektive von Vertragsparteien, Erfindern, Künstlern, Ministerialbeamten und nicht zuletzt Richtern zu erschließen, müssen andere Quellen wie Schriftsätze in Gerichtsverfahren, Stellungnahmen zu Gesetzen oder Interviews/Umfragen mit nicht-juristischen, sozialwissenschaftlichen Methoden ausgewertet werden. Der *strictly legal point of view* eignet sich hierfür nicht.

- 7 Juristische Expertise lässt sich hingegen wieder fruchtbar machen, soweit es um die Herausarbeitung und Analyse von *Rechtfertigungen* geht, die in Konflikten um die Herausbildung normativer Ordnungen vorgebracht werden und die aus diskurstheoretischer Sicht eine zentrale Rolle einnehmen. Normen werden demnach als „Rechtfertigungsordnungen“ verstanden, die den Anspruch erheben, verbindlich zu sein, und die ihre Adressaten verpflichten, sich die einschlägigen Normbegründungen als ein Handlungsmotiv zu eigen zu machen.<sup>23</sup> Die tragenden Gründe, Rechtfertigungen und Rechtfertigungsnarrative<sup>24</sup> können nun nicht nur dem „internen Standpunkt“ bzw. der „performativen Perspektive“ einzelner Teilnehmer wie NGOs entnommen werden,<sup>25</sup> sondern auch den stets in Streit stehenden „objektiven“ Begründungen und stärker sedimentierten Legitimationsmustern wie Metaphern, Bildern und Geschichten des Rechts, die in der Tat zum primären Untersuchungsobjekt und zugleich Handwerkszeug des Juristen zählen.<sup>26</sup> Die Betrachtung juristischer Gründe als Treiber der Herausbildung normativer Ordnungen kann darüber hinaus von der diskurstheoretischen Unterscheidung zwischen Faktizität und Geltung normativer Ordnungen profitieren.<sup>27</sup> Demnach kann eine Rechtfertigung oder ein Rechtfertigungsnarrativ sehr wirkmächtig sein, zugleich aber über geringe „normative Qualität“ verfügen, etwa weil die Interessen bestimmter Beteiligter übergangen werden oder der Rechtssatz nicht die erwünschten Folgen zeitigt.<sup>28</sup>
- 8 Diese Heuristik hat zahlreiche Arbeiten zum geistigen Eigentum inspiriert. So wurde gezeigt, welche umfassende normative Kraft die zum Narrativ geronnene Behauptung gewonnen hat, Rechte des geistigen Eigentums begünstigten Innovationen, wirtschaftliche Entwicklung und überhaupt den „Fortschritt“. Im EU-Recht geht dies

---

<sup>23</sup> Forst/Günther 2011, S. 16.

<sup>24</sup> Dazu Forst 2013.

<sup>25</sup> Forst/Günther 2011, S. 14-15.

<sup>26</sup> Koch/Rüßmann 1982.

<sup>27</sup> Habermas 1992; Forst/Günther 2011, S. 15-16; Forst 2018, S. 295.

<sup>28</sup> Forst 2013, S. 24.

teilweise so weit, dass der Schutz von Urheberrechten und gewerblichen Schutzrechten zum Selbstzweck erhoben wird, der keiner gesonderten Begründung oder Überprüfung anhand seiner Wirkungen bedarf. Demnach gilt: Viel Rechtsschutz ist gut, mehr aber besser.<sup>29</sup> Befragt man diese selbstreferentielle TINA-Logik in einem zweiten, normativ-kritischen Schritt auf ihre argumentative Qualität, so tut sich eine erhebliche Lücke zwischen Anspruch und Wirklichkeit auf. Die Arbeiten zu diesem Spannungsfeld beschäftigten sich mit den autorzentrierten Rechtfertigungen des kontinentaleuropäischen Urheberrechts<sup>30</sup> sowie der im internationalen Wirtschaftsrecht vorherrschenden Annahme, die Implantierung hoher IP-Schutzstandards begünstige die Entwicklung des globalen Südens.<sup>31</sup> Ihr Ergebnis war, dass IP-Rechte keineswegs für alle Berechtigten bzw. Nutzer günstig sind, sondern eine Winner-take-all-Beherrschungsstruktur etablieren, nach der diejenigen streben, die bereits ein hohes Innovationsniveau erreicht haben. Als Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums genießen sie inzwischen ein Schutzniveau, das sich jedenfalls zum Teil weder ökonomisch noch sonst gesamtgesellschaftlich rechtfertigen lässt – verwiesen sei etwa auf die urheberrechtliche Schutzfrist von 70 Jahren nach dem Tod des Autors und Patentrechte in am wenigsten industrialisierten Ländern.

- 9 Im Zuge der Arbeiten zur normativen Macht des naturrechtlichen Narrativs „geistiges Eigentum“ wurde ferner deutlich, dass es nicht nur an einem wirksamen Gegennarrativ fehlt, sondern dass die Gemeinfreiheit (public domain) als andere Seite der Medaille über lange Zeit ein bis zur Unsichtbarkeit reichendes politisches und rechtliches Schattendasein führte. Erst im Zuge der generellen Kritik an überschießenden Tendenzen des geistigen Eigentums ab den 1990er Jahren wurde dem juristischen Begriff der Gemeinfreiheit die ihm gebührende Aufmerksamkeit gewidmet. Dabei ergab sich, dass sich die Normativität des geistigen Eigentums genau umgekehrt zur Normativität der Gemeinfreiheit verhält. Während die normative Macht des geistigen Eigentums stark, seine normative Qualität aber begrenzt ist, stellt die gleiche Freiheit zur Nutzung öffentlichen Wissens zwar die Grundnorm des Rechtsgebiets dar, wird als solche aber kaum wahrgenommen.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> Peukert 2011.

<sup>30</sup> Nazari-Khanachayi 2015.

<sup>31</sup> Dazu Peukert 2014b; Wegener 2016; Naseh 2018.

<sup>32</sup> Peukert 2012a; Behrend 2013; Küppers 2017.

### III. Der Siegeszug einer normativen Ordnung mit schwachem Geltungsanspruch

10 Diese Erkenntnis weckt nun aber Zweifel an der diskurstheoretischen Fixierung auf explizite Rechtfertigungen als „bewusste[m] Mechanismus der generalisierten Verhaltenssteuerung“.<sup>33</sup> Denn wenn sich das geistige Eigentum nur unter erheblichen Vorbehalten rechtfertigen lässt und stets umstrittene Beherrschungsverhältnisse etabliert, wie kann es innerhalb relativ kurzer Zeit faktisch weltweit Eingang in das positive Recht und die praktische Abwicklung von Austauschverhältnissen gefunden haben, und zwar auch dort, wo es – wie in den am wenigsten entwickelten Ländern Afrikas – kaum lokalen Bedarf nach diesen Rechten gibt?<sup>34</sup> Oder anders gewendet: Wie kann ein schwacher Geltungsanspruch eine faktisch wirkmächtige Ordnung hervorbringen? Zur Lösung dieses Rätsels bietet ein diskurstheoretischer, auf Konflikte über Rechtfertigungen fixierter Ansatz nur wenige Anhaltspunkte.

#### 1. Normexterne Bedingungen

11 Diese Einschätzung beruht vornehmlich darauf, dass die Diskurstheorie „externe“ Bedingungen der Normbildung weitgehend ausblendet. So bestreite zwar niemand, dass die Möglichkeit und die Wirksamkeit rechtfertigender Gründe von externen Bedingungen abhängen, die durch Rechtfertigungen nicht hergestellt werden können. Die Dynamik von Normkonflikten werde jedoch unterschätzt, wenn man sie primär aus Faktoren wie der Ökonomie, dem Grad der gesellschaftlichen Systemdifferenzierung oder den herrschenden Machtkonstellationen erkläre und nicht auch und in einem besonderen Sinne als Streit um Rechtfertigungen sowie um die Medien und Prozeduren der Rechtfertigung.<sup>35</sup> Im Fall des geistigen Eigentums zeigt sich jedoch, dass solche normexternen Bedingungen von entscheidender Bedeutung sein, ja der Frage nach den Gründen logisch vorausliegen können:

#### a) Technik

12 Das gilt erstens für die Rolle der Technik, die gerade nicht auf intelligiblen Gründen, sondern auf Naturgesetzen beruht, die sich Menschen zur Lösung eines konkreten

---

<sup>33</sup> Forst/Günther 2011, S. 16.

<sup>34</sup> Peukert 2015; Wegener 2016.

<sup>35</sup> Forst/Günther 2011, S. 13.

Problems zu Nutzen machen.<sup>36</sup> Folglich wird Technik von kritisch-diskurstheoretischen Gesellschaftsanalysen den „externen“ Bedingungen normativer Ordnungen zugeschlagen und als solche nicht weiter adressiert.<sup>37</sup>

- 13 Mit Blick auf die Herausbildung und weltweite Expansion des geistigen Eigentums ist nun aber allgemein anerkannt, dass sich die rechtliche Entwicklung als eine wiederholte Reaktion auf neue Reproduktionstechnologien, genauer: auf hierauf bezogene soziale Regelungsbedürfnisse erklären lässt.<sup>38</sup> Die Antike und das Mittelalter kannten entsprechende Regelungen schon deshalb nicht, weil es an Technologien zur massenhaften Reproduktion insbesondere von Büchern und anderen Schriften fehlte. Solange die Produktionsverhältnisse durch Handarbeit geprägt waren, genügte es, die für Abschriften und andere Produktimitate erforderlichen Fähigkeiten zu regulieren. Wer wie die überragende Mehrheit der Bevölkerung nicht schreiben konnte oder keiner Zunft angehörte, stellte von vornherein keine Gefahr für die Träger überlegenen Wissens dar. Erst die Erfindung des Buchdrucks ersetzte die Schreiber durch eine Technologie, mit der bis dato ungekannte Dokumentmengen produziert werden konnten. Dieser normexterne Umstand gilt in der (rechts-)historischen Forschung als der entscheidende Impuls hin zu den ersten modernen Urheberrechtsgesetzen, die schließlich im 18. Jahrhundert erlassen wurden. Auch seither treibt der technische Fortschritt das Recht des geistigen Eigentums vor sich her, man denke an die Entstehung des heutigen Markenwesens im Zuge der ersten industriellen Revolution, an Patente auf biotechnologische Erfindungen sowie an die urheberrechtliche Regulierung von Rundfunk, Fernsehen und Internet.<sup>39</sup>
- 14 Zuzugeben ist freilich, dass eine neuartige Reproduktionstechnologie zunächst einmal nur ein unspezifisches Regelungsbedürfnis hervorruft. Wer die Technologie unter welchen Bedingungen verwenden darf, ist offen. Die urheberrechtliche Regulierung

---

<sup>36</sup> BGH GRUR 1969, 672, 673 – Rote Taube (zum patentrechtlichen Erfindungsbegriff).

<sup>37</sup> Forst/Günther 2011, S. 16, 17; Forst 2018, S. 316 („such forms of physical power or force do not fall within the scope of a proper analysis of social or political power at all“).

<sup>38</sup> Dazu im Einzelnen Peukert 2018, S. 74-80 m.w.N.

<sup>39</sup> Selbstverständlich haben auch neue Reproduktionstechnologien soziale Voraussetzungen und eine Geschichte, die sich in Anbetracht ihrer Bedeutung zu studieren lohnt. Doch auch insoweit kommt den Gründen für oder wider eine neue Technologie nicht die wichtigste Rolle zu. Die Erfindung einer Technologie und ihre Weiterentwicklung bis zur Marktreife finden typischerweise unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Erst dann setzt ein analysierbarer Diskurs ein, der von den produktentwickelnden Akteuren allenfalls antizipiert werden kann.

der Online-Kommunikation in der EU zeigt exemplarisch, dass sich die einschlägigen Verteilungsentscheidungen im Laufe der Zeit auch ändern können. Während nämlich in der Frühzeit des Internets eine der Technologie entsprechende, heterarchische Zugangskultur begünstigt wurde, die kommerziell agierende Vermittler wie Access- und Hostprovider vor Haftungsrisiken abschirmte, ist an ihre Stelle inzwischen eine Exklusivitätskultur getreten, die neutrale Vermittler in täterschaftlich haftende Plattformen verwandelt und darauf abzielt, dass jede Wahrnehmung geschützter Inhalte, und sei es auch nur flüchtig per Stream, individuell lizenziert und vergütet werden muss.<sup>40</sup> Welche Konflikte ein so fundamentaler Wandel der Kommunikationsregulierung mit sich bringt, konnte am Beispiel der jüngsten EU-Urheberrechtsreform (Stichwort „Uploadfilter“) erlebt werden.<sup>41</sup>

#### b) Der Markt als Wirtschaftsordnung

- 15 Ob und inwieweit das legislative Ergebnis eines solchen Konflikts von überzeugenden Argumenten, Vorurteilen und/oder Lügenmärchen beeinflusst wird, lässt sich nur schwer einschätzen. Abgesehen davon, dass am Ende wie so oft in Demokratien ein politischer Kompromiss steht, der den *stakeholders* Manches gibt und Anderes vorenthält, haben Studien zur Herausbildung des geistigen Eigentums eine andere, maßgebliche Triebfeder identifiziert, die ebenfalls den „externen“ Umständen der Normbildung zugeschlagen wird,<sup>42</sup> und die in der juristisch-politischen Realität in der Tat auch kaum als Argument für oder wider den Immaterialgüterrechtsschutz erörtert wird. Die Rede ist von den systemischen Bedingungen der heute herrschenden Wirtschaftsordnung – dem Markt.
- 16 Welche grundlegende Bedeutung der Systementscheidung für die dezentrale Mehrplanwirtschaft und gegen andere Formen des Wirtschaftens zukommt, lässt sich an der Entstehung des modernen Immaterialgüterrechts beispielhaft nachweisen.<sup>43</sup> Zwischen der Initialzündung in Gestalt der Erfindung des Buchdrucks im 15. Jahrhundert und dem ersten britischen Copyright Act 1710 vergingen mehr als 200 Jahre. Während dieses Zeitraums wurde das durch den Buchdruck ausgelöste Regulationsbedürfnis mit einem Instrument bewältigt, das der merkantilistischen

---

<sup>40</sup> Peukert 2009; Peukert 2014a.

<sup>41</sup> Richtlinie 2019/790 zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, Amtsblatt L 130, S. 92 ff.

<sup>42</sup> Forst/Günther 2011, S. 13.

<sup>43</sup> Peukert 2018, S. 87-99.

Feudalordnung zuzurechnen ist: dem Privileg. Herrscher verteilten Privilegien zum Drucken von Büchern und zum Einsatz anderer Technologien (z.B. im Bergbau) an ihnen genehme Untertanen und banden private Initiative dadurch an Zensur und andere merkantilistische Steuerungsziele. Erst im Zuge der neuzeitlichen Revolutionen im Vereinigten Königreich und Frankreich wurde dieses Privilegienwesen durch parlamentsgesetzlich geregelte Eigentumstitel ersetzt. Der Übergang von der feudalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zum Markt bzw. zur bürgerlichen Privatrechtsgesellschaft vollzog sich nicht zuletzt mit diesem juristischen Formwechsel.<sup>44</sup> Autoren mussten nun nicht mehr einem Herrscher, sondern dem anonymen Publikum gefallen. Der rechtliche Hebel, mit dem sie aus einem Publikumserfolg Kapital schlagen konnten, waren eben die Urheberrechte, die einem Verlag entgeltlich eingeräumt wurden. Das geistige Eigentum fügte die Ergebnisse geistiger Arbeit in den kapitalistischen Produktionsprozess ein.

- 17 Nach Karl Polanyi setzte die Große Transformation von der feudalen zur dezentral-marktbasierten Wirtschaftsordnung einen umfassenden und bis heute andauernden Kommodifizierungsprozess in Gang.<sup>45</sup> Da individuelle Einkommen in einer solchen Ordnung grundsätzlich nur noch marktbasiert durch den Verkauf von Arbeitskraft oder Gütern erzielt werden können, muss eben jedes Gut, das (potentiell) nachgefragt wird, käuflich sein. Und die wiederum hierfür erforderliche juristische Form ist das Eigentum bzw. allgemeiner das subjektive Recht an einem Gut oder auf eine Tätigkeit. Folglich gilt: if value then right – wenn Gebrauchswert, dann notwendig auch eigentumsbasierter Tauschwert.<sup>46</sup>
- 18 Diese Eigentumslogik ist auch im Bereich geistig-immateriellen Schaffens wirksam. Damit Autoren, Erfinder, Designer und andere Kreative ein marktkonformes Einkommen erzielen und Hersteller komplexer Informationsprodukte diesen Input marktkonform einkaufen und weiterverarbeiten können, muss es ein Eigentumsrecht geben, das die betreffende Transaktion sowie die Monetarisierung möglichst jeder Nutzung ermöglicht. Genau das ist die ökonomische Funktion der immer weiter expandierenden Rechte des geistigen Eigentums, die hierin auch ihre überzeugendste Rechtfertigung erfahren. Es wäre nämlich ungerecht, Kreative und Produzenten von

---

<sup>44</sup> Böhm 1966.

<sup>45</sup> K. Polanyi 1995.

<sup>46</sup> Dazu kritisch aus rechtsdogmatischer Sicht Peukert 2008.

Informationsprodukten den Gesetzen des Marktes zu unterwerfen, ihnen zugleich aber die Eigentumstitel zu versagen, die sie benötigen, um in dieser Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung von ihren jeweiligen Fähigkeiten leben zu können.<sup>47</sup>

- 19 Selbstverständlich kann auch dieser Stand der Dinge kritisiert werden. Das aber heißt, die Systemfrage zu stellen. Und in der Tat wird beispielsweise diskutiert, ob und inwieweit es legitim ist, Urheber und andere innovativ-kreativ Tätige den Gesetzen des Marktes auszusetzen, wenn diese Gesetze doch nur denjenigen belohnen, der mehr oder weniger zufällig den einfältigen Geschmack der Masse trifft.<sup>48</sup> Im Zuge der Digitalisierung sind ferner Formen der gemeinschaftlichen Produktion etwa von Software (*commons*) entstanden, die sich der Kommodifizierung zumindest teilweise entziehen, indem sie das Urheberrecht auf vertraglichem Wege von einem Instrument der Exklusion in ein Instrument des Zugangs und der Inklusion umpolen.<sup>49</sup> Die einzelnen Gründe für oder wider eine solch nicht-marktliche Produktion lassen sich zwar isolieren und analysieren. Ihre ganze Tragweite lässt sich aber nur ermitteln, wenn auch die Frage nach der *Form* der umstrittenen Rechte/Pflichten und den hiermit *systemisch* verbundenen Herrschaftsverhältnissen gestellt wird.<sup>50</sup>

## 2. Macht und Beherrschung

- 20 Nun lässt sich kein Normbildungsprozess auf eine Ursache zurückführen. Technischer Fortschritt und systemische Kommodifizierung sind wichtige Treiber der Entwicklung des geistigen Eigentums, aber nicht die Einzigen. Zum komplexen Ursachenbündel zählt des Weiteren – per se eine Banalität – die Ausübung von Machtpositionen beteiligter Privatrechtssubjekte (Lobbying) und Staaten.
- 21 So konnte nachgewiesen werden, dass das heute dichte Netz internationaler Verträge zum geistigen Eigentum ein Kind des Kolonialzeitalters ist. Weil sich Verlage und andere Rechtsinhaber mit Sitz in den Metropolen Europas die potentiellen Absatzmärkte in den Kolonien sichern und etwaige Konkurrenz im Keime ersticken wollten, erstreckten sich die ersten multilateralen Verträge zum gewerblichen

---

<sup>47</sup> Peukert 2019.

<sup>48</sup> Bourdieu 1996; Beebe 2010.

<sup>49</sup> König 2015; Rogler 2020, S. 42-63.

<sup>50</sup> Dazu einerseits Menke 2015; andererseits Forst 2018, 307-9 („I have no resources to address the general injustice of systemic domination“).

Rechtsschutz und Urheberrecht aus den Jahren 1883 und 1886 explizit auf die Kolonialterritorien. Da alle großen Kolonialreiche Mitglieder der neu gegründeten IP-Verbände waren, hatte das internationale IP-System bereits Ende des 19. Jahrhunderts faktisch weltweite Geltung erlangt. Allerdings begünstigte dieses System nur Berechtigte aus den Metropolen, also britische oder französische Staatsangehörige. Die Kolonisierten hingegen wurden vom Rechtsschutz teils explizit, teils durch für sie praktisch nicht erfüllbare Bedingungen wie Registrierungsakte in London oder Paris ausgeschlossen.<sup>51</sup>

- 22 Als aus den Kolonialterritorien Entwicklungsländer wurden, stand dieses Beherrschungssystem vor der Implosion. Einer Koalition aus Rechtsinhabern, Regierungen ihrer Sitzländer und IP-Organisationen gelang es jedoch im Laufe der 1960er Jahre, die Entwicklungsländer durch gewisse Zugeständnisse und bis heute nicht eingelöste Versprechungen (Technologietransfer, Rechtsschutz traditionellen Wissens) von einem IP-Exit abzuhalten; zugleich wurden in den Entwicklungsländern postkoloniale Strukturen wie z.B. supranationale Patentämter in West- und Ostafrika nach dem Vorbild der französischer und britischer Behörden geschaffen.<sup>52</sup>
- 23 Ein weiteres Beispiel für die Bedeutung von Machtpositionen bei der Herausbildung des geistigen Eigentums ist das Abkommen zu handelsbezogenen Aspekten dieser Rechte (TRIPS), das 1994 als Bestandteil des Welthandelsrechts der WTO verabschiedet wurde. Zurückgehend auf das heimatliche Lobbying einer kleinen Gruppe US-amerikanischer Unternehmen aus der Pharma-, Software- und Entertainmentbranche gelang es dem Hegemon USA, sekundiert von der EG und Japan, auf dem Höhepunkt der Herrschaft des Washington Consensus einen neuen Goldstandard des globalen IP-Rechtsschutzes durchzusetzen, den heute mehr als 160 WTO-Mitglieder gewährleisten müssen.<sup>53</sup>
- 24 Diese Beobachtungen bestätigen die herausgehobene Bedeutung, die dem Phänomen „Macht“ auch in der Diskurstheorie eingeräumt wird. Machtverhältnisse, Machtungleichgewichte und Machtansprüche zwischen den jeweils beteiligten Gruppen und Gesellschaften gelten demnach sogar als „wichtigste[r] Faktor“ in der

---

<sup>51</sup> Peukert 2016a.

<sup>52</sup> Peukert 2015; Peukert 2016a; Peukert 2017.

<sup>53</sup> Sell 2003, S. 30-59; Peukert 2017.

Statik und Dynamik einer normativen Ordnung.<sup>54</sup> Dabei wird Macht im Einklang mit diskurstheoretischen Ordnungs- und Normativitätsbegriffen definiert als das intersubjektive Vermögen von A, B dazu zu bewegen, etwas zu denken oder zu tun, das B anders nicht gedacht oder getan hätte.<sup>55</sup> Auch Macht wird mithin als noumenales, geistiges Phänomen aufgefasst, das zur Herrschaft stabilisiert und bis zur Beherrschung gesteigert werden kann, wenn ein Teilnehmer den Zugang der Anderen zum logischen Raum der Gründe nach Belieben zu regulieren vermag.<sup>56</sup>

- 25 Zwar ist dieser Machtbegriff sowohl flexibel genug, um ganz unterschiedliche Modi der Einwirkung – vom Oktroi bis zum willig adaptierten, besseren Argument – zu erfassen, als auch in einer Weise ausdifferenziert, die es erlaubt, zwischen diesen faktisch und normativ sehr disparaten Sachverhalten zu unterscheiden. Allerdings bleibt erstens prekär, wie sich dieses rechtfertigungsbezogene Verständnis des Machtbegriffs zu systemischen „Machtkonstellationen“ verhält, die wiederum nicht als geronnene Gründe rekonstruiert, sondern zu den „externen Bedingungen“ der Normbildung gezählt werden.<sup>57</sup> Zweitens weckt das Beispiel „geistiges Eigentum“ Zweifel an der herausgehobenen Rolle, die Rechtfertigungen auch im Zusammenhang mit dem Machtbegriff zugeschrieben werden. Wenn Rechtfertigungsordnungen stets Machtordnungen sind, weil mache Teilnehmer in Anerkennung bestimmter Gründe ihr Verhalten an den Intentionen anderer Teilnehmer ausrichten,<sup>58</sup> so liegt der umgekehrte Schluss nahe, dass Machtordnungen stets als Rechtfertigungsordnungen beschrieben werden können. Wie das Beispiel der ausschließlich exkludierenden Erstreckung des IP-Systems auf Kolonisierte zeigt, gibt es allerdings Machtordnungen, für die sich kein vernünftiger Grund angeben lässt – außer den Willen einer Seite, dass es so sei und bleibe.

### 3. Eigendynamik einer normativen Ordnung

- 26 Man könnte meinen, dass eine solch illegitime Ordnung entweder faktisch gar nicht durchgeführt wird oder allein auf latenter, roher Gewalt beruht. Für die überschießenden Tendenzen des geistigen Eigentums aber gilt das nicht: Zahllose,

---

<sup>54</sup> Forst/Günther 2011, S. 21.

<sup>55</sup> Forst/Günther 2011, S. 21.

<sup>56</sup> Forst/Günther 2011, S. 21; Forst 2013, S. 22; Forst 2015.

<sup>57</sup> Siehe Forst/Günther 2011, S. 13.

<sup>58</sup> Vgl. Forst 2013, S. 22.

noch immer geschützte, aber „verwaiste“ Werke verstauben in den Magazinen von Bibliotheken und Archiven, weil unbekannt ist, von wem die erforderliche Lizenz für ihre Digitalisierung erworben werden kann;<sup>59</sup> Patentämter gibt es auch in den ärmsten Regionen der Welt.<sup>60</sup> Bei der Suche nach einer Erklärung für solch merkwürdige Phänomene stößt man auf eine weitere systemisch-strukturelle Ursache, nämlich eine besondere Eigendynamik des IP-Rechts. Die Möglichkeit, dass bestehende normative Ordnungen ihrerseits eine „normproduzierende“ Dynamik entfalten, wird von diskurstheoretisch geprägten Ansätzen zwar erwähnt.<sup>61</sup> Doch ist damit wiederum nur oder jedenfalls primär die Generierung von Rechtfertigungen gemeint, die sich auf bestehende normative Ordnungen stützen und zugleich neue Regeln legitimieren.<sup>62</sup>

- 27 Mit Legitimitätsdiskursen lässt sich die beeindruckende Stabilität und Expansionsdynamik des geistigen Eigentums indes wie erläutert nicht befriedigend erklären. Hierzu trägt vielmehr ein in den Rechtsgrundlagen selbst angelegter Netzwerkeffekt bei.<sup>63</sup> Was hat es damit auf sich?
- 28 Die Theorie der Netzwerkeffekte wurde in der Wirtschaftswissenschaft seit den 1970er Jahren für Kommunikationsdienstleistungen wie Telefon und Fax entwickelt und ist heute zur Erklärung von Digitalplattformen wie Facebook von großer Bedeutung.<sup>64</sup> Sie beruht auf der Erkenntnis, dass der Wert eines Anschlusses an ein Kommunikationsnetz für alle Teilnehmer steigt, wenn ein neuer Teilnehmer hinzukommt, weil dann weitere Kommunikationsmöglichkeiten eröffnet werden. Deshalb gewinnen die genannten Dienste ab einem bestimmten *tipping point* rasant an Größe und behalten ihre Kunden auch dann noch (*lock in*), wenn es konkurrierende Angebote gibt, die zwar in mancher Hinsicht ein besseres Preis-Leistungs-Verhältnis bieten mögen, aber über weniger Anschlussteilnehmer und damit Kommunikationsmöglichkeiten verfügen.
- 29 Die völkerrechtlichen Verträge zum geistigen Eigentum etablieren ein virtuelles Netzwerk, das im Laufe der letzten 130 Jahre gezielt so angelegt worden ist, dass es

---

<sup>59</sup> Europäische Kommission 2011.

<sup>60</sup> Drahos 2010.

<sup>61</sup> Forst/Günther 2011, S. 20.

<sup>62</sup> Forst/Günther 2011, S. 11.

<sup>63</sup> Peukert 2017; Peukert 2020.

<sup>64</sup> Liebowitz/Margolis 2014.

ebensolche Effekte erzeugt. Die Knoten dieses Netzwerks werden von den IP-Territorien der Einzelstaaten gebildet. Diese sind zwar voneinander unabhängig; beispielsweise kann eine Erfindung in Deutschland patentiert sein, in den USA hingegen zum gemeinfreien Stand der Technik zählen. Die IP-Territorien werden aber durch multilaterale völkerrechtliche Verträge so miteinander verknüpft, dass beispielsweise Deutsche in den USA und umgekehrt US-Amerikaner in Deutschland jeweils denselben Status wie Inländer genießen. Diese automatische Inländerbehandlung ist zugleich auf die Angehörigen von Staaten beschränkt, die Mitglied der internationalen IP-Verbände sind. Tritt ein Staat einem solchen Verband bei, profitieren seine Angehörigen vom Zugang zum Rechtsschutz in allen anderen Verbandsstaaten, wie auch umgekehrt diesen Verbandsangehörigen ein neues IP-Territorium eröffnet wird. Je größer ein solcher Verband ist, desto nützlicher ist es daher, ihm beizutreten. Die Anziehungskraft dieses Systems wurde durch Anbindungen an die Vereinten Nationen (Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO) 1967/1974) und die Welthandelsorganisation (TRIPS 1994) zusätzlich verstärkt. Es ist daher kein Wunder, dass sich heute nicht weniger als 192 Staaten dem Ziel verschrieben haben, den „Schutz des geistigen Eigentums weltweit zu fördern“.<sup>65</sup> Mit konkreten ökonomischen oder sozialen Gründen hat das kaum noch etwas zu tun. Maßgeblich ist vielmehr der Wunsch, überhaupt zur Weltgesellschaft zu gehören.<sup>66</sup>

- 30 Um diesen „Grund“ zu kritisieren, müsste man die Legitimität der Weltgesellschaft hinterfragen. Ob das unter den oben geschilderten technischen und ökonomischen Rahmenbedingungen noch sinnvoll möglich ist, kann hier offen bleiben. Denn soweit ersichtlich wird eine solche Kritik mit Blick auf das IP-System nicht formuliert. Keine Regierung propagiert einen nationalen IP-Exit. Also spielen Rechtfertigungen insoweit auch faktisch keine Rolle.

#### 4. Sprache als Grundlage und Treiber normativer Ordnungen

- 31 Selbiges gilt für eine fest in unserer Sprache und unserem Denken verankerte Vorstellung, ohne die sich keiner der skizzierten Herausbildungsprozesse vollziehen könnte. Diese Vorstellung besagt, dass abstrakt-unkörperliche, eben „geistige“

---

<sup>65</sup> Präambel Übereinkommen zur Errichtung der Weltorganisation für geistiges Eigentum v. 14.7.1967.

<sup>66</sup> Peukert 2020.

Immaterial-Güter wie Kunstwerke, Erfindungen, Designs usw. über eine eigenständige Existenz verfügen, die von ihren Verkörperungen in Büchern, Erzeugnissen usw. strikt zu unterscheiden ist. Die Annahme, dass es von der Person und ihren Handlungen verschiedene Objekte gibt, ist eine *conditio sine qua non* für die Rechtsfigur des Eigentums: ohne Objekt kein Eigentum, ohne Immaterial-Gut kein „geistiges“ Eigentum.<sup>67</sup> In politischen, rechtlichen und selbst in theoretisch ambitionierten Diskursen wird wie selbstverständlich und unhinterfragt davon ausgegangen, dass Kunstwerke usw. als eigentumsfähige Objekte existieren. Nur selten und ohne nähere Erläuterung findet sich die Behauptung, bei solch abstrakten Immaterialgütern handele es sich um eine „Fiktion“.<sup>68</sup> Unterzieht man das herrschende Paradigma vom abstrakten Immaterial-Gut indes einer Überprüfung aus ontologischer, rechtshistorischer und rechtsdogmatischer Warte, so wird deutlich, dass es sich beim Objekt des geistigen Eigentums nicht um eine normexterne Wirklichkeit, sondern um eine sprachbasierte, inhärent normative Konstruktion handelt.<sup>69</sup>

a) Sozialontologie, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik als Instrumente normativer Kritik

- 32 Für dieses konstruktivistische Verständnis spricht, dass die klassisch-metaphysische Objektontologie ihre, das geltende Recht scheinbar bruchlos rekonstruierende These vom Kunstwerk etc. als abstraktem Typus nicht widerspruchlos durchhalten kann. Erstens sind die vermeintlich abstrakten Schutzgegenstände des IP-Rechts Ergebnisse bestimmter menschlicher Handlungen, die wiederum etwas bewirken, also nicht akausal sind. Zweitens sind Werke und andere Immaterialgüter in ihrer zeitlichen Existenz vom Vorhandensein mindestens einer physischen oder mentalen Manifestation abhängig. Dann aber können sie schon aus Gründen der internen Theoriekonsistenz nicht als abstrakte, eigentumsfähige Objekte gelten. Darin besteht denn auch die hier interessierende „Fiktion“: Einerseits sprechen, denken und regeln wir, als ob es ein abstraktes Immaterial-Gut gäbe, andererseits lässt sich die Existenz eines solchen Objekts nicht plausibel machen.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Rognstad 2018, S. 124.

<sup>68</sup> Drahos 1996, S. 111, 151-156, 211.

<sup>69</sup> Dazu Peukert 2018.

<sup>70</sup> Peukert 2018, S. 27-39.

- 33 Dieser scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn man im Gegensatz zur metaphysischen Objektontologie davon ausgeht, dass Menschen qua Sprache eine soziale Realität – wie eben die Realität der Vorstellung vom abstrakten Immaterial-Gut – erschaffen können. Eine elaborierte Theorie für ein solches Verständnis liefert *John Searle*, der in seiner Sozialontologie das Seiende in zwei Klassen einteilt: Eine beobachterunabhängige, „rohe“ Realität naturwissenschaftlich messbarer Tatsachen einerseits und eine beobachterabhängige, sprachbasierte und sozial konstruierte Realität „institutioneller“ Tatsachen andererseits. Wendet man diese Differenzierung auf das geistige Eigentum und seine Objekte an, so ergibt sich, dass Kunstwerke, Erfindungen und andere abstrakte Immaterialgüter zur letztgenannten Kategorie zählen.<sup>71</sup> Sie sind nicht in der rohen, äußeren Wirklichkeit beobachtbar, sondern existieren nur – diese sozialwissenschaftlich feststellbare Realität wird nicht geleugnet (!) –, weil und soweit Menschen so sprechen und denken, als ob es unkörperliche Werke, Erfindungen usw. gäbe. Ausgangspunkt dieser sozialen Konstruktion ist ein deklarativer Sprechakt, eine schlichte Erklärung/Behauptung. Demnach steht ein körperliches/verkörpertes Artefakt wie z.B. ein Buch oder eine Maschine nicht für sich, sondern es verkörpert ein hiervon unabhängiges abstraktes Werk, eine abstrakte Erfindung usw. Wird diese Deklaration von Dritten anerkannt, wird die Vorstellung vom abstrakten Immaterial-Gut sozial wirksam.
- 34 Wenn es richtig ist, dass nicht erst das Immaterialgüterrecht ein sprachbasiertes, soziales Konstrukt darstellt, sondern bereits sein Objekt – das Immaterial-Gut –, dann müsste auch diese institutionelle Tatsache eine Geschichte haben, die sich in ihrer Logik rekonstruieren und ggf. historisch belegen lässt. Und in der Tat bestätigt eine diachrone Betrachtung, dass das Denken in Kategorien abstrakter Immaterialgüter das Ergebnis einer auch in Rechtstexten ablesbaren Entwicklung ist, die im späten Mittelalter begann und sich nach allgemein anerkannter rechtshistorischer Erkenntnis erst im Laufe des 18. Jahrhunderts vollendete.<sup>72</sup>
- 35 In der Gesamtschau fördert die ontologische und historische Bestandsaufnahme zwei konkurrierende Wirklichkeitsverständnisse zutage: das herrschende Paradigma des abstrakten Immaterial-Guts und eine handlungs- und artefaktbasierte

---

<sup>71</sup> Peukert 2018, S. 39-58.

<sup>72</sup> Peukert 2018, S. 70-118.

Betrachtungsweise, wie sie in der frühen Neuzeit vorherrschend war. Anders als es auf den ersten Blick scheinen mag, lässt sich das geltende Recht auf der Grundlage der letztgenannten Ontologie sogar vollständiger und damit besser erklären. Denn es kodifiziert ausschließliche Rechte zur Herstellung und sonstigen Nutzung bestimmter, reproduzierbarer Artefakte – Privilegien im Gewande des Eigentums.<sup>73</sup>

- 36 Spätestens an diesem Punkt wird deutlich, weshalb die Frage nach der vom geistigen Eigentum regulierten Wirklichkeit ein eminent normatives Projekt ist.<sup>74</sup> Der herrschenden Rede- und Denkweise bleibt die normative Dimension des abstrakten Immaterial-Guts von vornherein verschlossen, weil sie dem Trugschluss aufsitzt, lediglich eine normexterne Wirklichkeit zu beschreiben. Ein sozialontologisch-konstruktivistisches Verständnis deckt hingegen auf, dass der einzige Sinn und Zweck der Idee des abstrakten Immaterial-Guts darin besteht, ein Eigentumsobjekt zu fingieren. Dies hat weitreichende, auch normbildende Konsequenzen. Weil so geredet und gedacht wird, als gäbe es unkörperliche Werke usw., wird entsprechend gehandelt. Wir achten die Exklusivität des Rechtsinhabers wie diejenige des Sacheigentümers, obwohl sich die Wirkungen der IP- und Sachenrechte grundlegend unterscheiden. Mit der Objekt- und Eigentumsidee kommen außerdem alle Rechtfertigungen und rhetorischen Figuren zum Tragen, auf denen auch das Sacheigentum basiert. Die Rede vom abstrakten Immaterialgut konstituiert und regelt mithin Machtverhältnisse.
- 37 Als normativ-institutionelle Tatsache kann diese Vorstellung schließlich ihrerseits einer normativen Kritik unterzogen werden. Die diesbezügliche Frage, ob im Recht so gesprochen und gedacht werden sollte, als existierten unkörperliche Objekte, ist zu verneinen.<sup>75</sup> Denn das herrschende Güter- und Eigentumsdenken ermöglicht und begünstigt die oben erläuterte Eigentumslogik, die geeignet ist, negative Auswirkungen der IP-Rechte auf individuelle Freiheiten und das allgemeine Wohl zu überdecken. Eine handlungs- und artefaktbasierte IP-Theorie vermeidet solche Tendenzen und ist daher auch normativ vorzugswürdig. IP-Rechte sollten als demokratisch-rechtsstaatlich verliehene Privilegien zum exklusiven Handeln verstanden und kritisiert werden.

---

<sup>73</sup> Peukert 2018, S. 122-154.

<sup>74</sup> Peukert 2018, S. 154-166.

<sup>75</sup> Peukert 2018, S. 166-186.

## b) Neorealistische Sprachanalyse und Diskurstheorie

- 38 Auch die kritische Diskurstheorie verfügt mit den Begriffen der Rechtfertigungsnarrative und der noumenalen, strukturellen Macht über Termini, die geeignet sind, unbewusste Motive und nicht mehr als solche wahrgenommene, tatsächlich aber diskursiv bestreitbare Gründe zu erfassen.<sup>76</sup> Ihr geht es nämlich nicht (nur) um die Analyse rationaler Gründe und Diskurse, sondern darum, jede Art von Rechtfertigung zu betrachten, auf der Machtausübung ruht und die sie zugleich generiert.<sup>77</sup> Dazu seien insbesondere genealogische Kritiken geeignet, die erhellen, wie bestimmte Denkweisen entstanden, selbstverständlich wurden und auf welchen Gründen sie beruhen.<sup>78</sup> Von diesem denkbar weiten Zugriff ausgeschlossen wird letztlich nur reine Gewalt,<sup>79</sup> der im Hinblick auf die Herausbildung des geistigen Eigentums indes keine relevante Bedeutung zukommt.
- 39 Dennoch bleiben sich sozialontologisch-sprachanalytische Untersuchungen in Oxforder/Cambridger Tradition und der Frankfurter Fokus auf den logischen Raum der Gründe merkwürdig fremd. Dieser Umstand dürfte auf fundamental divergierende Fragestellungen und argumentative a priori zurückzuführen sein. Während sozialontologische Arbeiten nicht nur en passant notieren, dass es eine Wirklichkeit jenseits der Interpretationen, Diskurse und Codes gibt, sondern diese rohe Wirklichkeit zum Gegenstand ontologischer Betrachtungen machen, um sie von sozial konstruierten, „institutionellen“ Tatsachen unterscheiden zu können, nehmen „externe“ Bedingungen der Normbildung in der Diskurstheorie eine allenfalls untergeordnete Bedeutung ein.<sup>80</sup> Während nach *Searle* die Sprache den Menschen auszeichnet und die nicht hintergehbare Voraussetzung für Zivilisation bildet,<sup>81</sup> begreift *Forst* den Menschen zuvorderst als vernunftbegabtes, rechtfertigendes Wesen, das für seine Handlungen Rede und Antwort stehen kann.<sup>82</sup> Folglich richtet sich das Augenmerk auf ganz unterschiedliche Kommunikationen – alle Arten von Sprechakten und sozial-institutionellen Tatsachen hier, Rechtfertigungen normativer Ordnungen dort.

---

<sup>76</sup> Zum Begriff des Rechtfertigungsnarrativs *Forst/Günther* 2011, S. 18; zum Begriff der noumenal strukturellen Macht *Forst* 2018, S. 302.

<sup>77</sup> Zum Machtbegriff oben und *Forst* 2018, S. 302.

<sup>78</sup> *Forst* 2018, S. 302.

<sup>79</sup> *Forst* 2018, S. 303.

<sup>80</sup> Vgl. *Searle* 2011, S. 43-44 mit *Forst/Günther* 2011, S. 13.

<sup>81</sup> *Searle* 2011, S. 68-87.

<sup>82</sup> *Forst* 2013, S. 11; *Forst* 2018, S. 317.

40 Die Forschungen zur Herausbildung des geistigen Eigentums haben ergeben, dass der sozialontologische Zugriff aufgrund seines offeneren Visiers besser geeignet ist, strukturelle Normativität/Macht zu adressieren, die unterhalb expliziter Rechtfertigungen bzw. im „Hintergrund“<sup>83</sup> angesiedelt ist, so wie Sprache generell die logische Voraussetzung für ein rechtfertigendes Rede-und-Antwort-Stehen bildet. Solche Tiefenstrukturen sind aber sowohl deskriptiv als auch normativ besonders interessant, weil sie im alltäglichen Normdiskurs nicht expliziert werden. Sie lassen sich auch keineswegs nur im geistigen Eigentum feststellen. Vielmehr scheinen sprachlich-soziale konstruierte, institutionelle Tatsachen generell eine zentrale Rolle im globalen Kapitalismus einzunehmen – verwiesen sei auf die juristische Person sowie Geld und sonstige Finanzinstrumente.<sup>84</sup> Ob so disparate Rechtsmaterien wie das geistige Eigentum, das Gesellschaftsrecht und das Geld- und Finanzmarktrecht deshalb so viele Ähnlichkeiten aufweisen, dass es gerechtfertigt ist, sie zu einem Recht der institutionell-unkörperlichen Tatsachen zusammenzufassen, bleibt künftigen Forschungen vorbehalten.

### **Literaturverzeichnis**

Becker, Anja Andrea (2015), *Verfahrenskoordination bei transnationalen Immaterialgüterrechtsstreitigkeiten*, Berlin

Beebe, Barton (2010), “Intellectual Property Law and the Sumptuary Code”, in: *Harvard Law Review* 123, 809

Behrend, Katharina (2013), *Nichtigkeitsverfahren im Immaterialgüterrecht. Analyse der strukturellen Gemeinsamkeiten und Unterschiede*, Baden-Baden

Blumenberg, Hans (2007), *Theorie der Unbegrifflichkeit*, Frankfurt/M.

Böhm, Franz (1966), “Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft”, in *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Bd. 17, S. 75-151

Bourdieu, Pierre (1996), *Rules of Art: Genesis and Structure of the Literary Field* (Susan Emanuel trans.), Cambridge

Drahos, Peter (1996), *A philosophy of intellectual property*, Aldershot

---

<sup>83</sup> Searle 2011, S. 139.

<sup>84</sup> Searle 2016, S. 30; Blumenberg 2007, S. 54.

Drahos, Peter (2010), *The Global Governance of Knowledge: Patent Offices and their Clients*, Cambridge

Engel, Christoph/Schön, Wolfgang (2007), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen

Ernst, Wolfgang (2007), „Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers“, in: Christoph Engel/Wolfgang Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Tübingen, S. 3-49

Europäische Kommission, Commission Staff Working Paper, Impact Assessment on the Cross-Border Online Access to Orphan Works, 24.5.2011, SEC (2011) 615 final

European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP) (2013), *Conflict of Laws in Intellectual Property. The CLIP Principles and Commentary*, Oxford

Fisher III, William W./Rigamonti, Cyrill (2005), *The South Africa AIDS Controversy: A Case Study in Patent Law and Policy*, Harvard Law School, <https://boris.unibe.ch/id/eprint/69881>

Forst, Rainer (2013), „Zum Begriff eines Rechtfertigungsnarrativs“, in: Andreas Fahrmeir (Hg.), *Rechtfertigungsnarrative. Zur Begründung normativer Ordnung durch Erzählungen*, Frankfurt/M./New York, S. 11-28

Forst, Rainer (2015), *Normativität und Macht. Zur Analyse sozialer Rechtfertigungsordnungen*, Berlin

Forst, Rainer (2018), „Noumenal power revisited: reply to critics“, *Journal of Political Power* 11(3), S. 294-321

Forst, Rainer/Günther, Klaus (2009), „Innenansichten: Über die Dynamik normativer Konflikte. Jürgen Habermas' Philosophie im Lichte eines aktuellen Forschungsprogramms“, *Forschung Frankfurt* 2/2009, S. 23-27

Forst, Rainer/Günther, Klaus (2011), »Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms«, in: Rainer Forst/Klaus Günther (Hg.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen*, Frankfurt/M., S. 11-30

Habermas, Jürgen (1992), *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M.

Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut (1982), *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München

König, Dominik (2015), *Das einfache, unentgeltliche Nutzungsrecht für jedermann*, Göttingen

Küppers, Monika (2017), *Challenging the Public Domain – Protection of Traditional Cultural Expression in the Light of Retroactive Copyright Protection*, Diss. Frankfurt/M.

Liebowitz, Stan J./Margolis Stephen E. (Hg.) (2014), *Path dependence and lock-in*, Cheltenham

Naseh, Wali Mohammad (2018), *Trademark Protection in the Legal System of Afghanistan*, Diss. Frankfurt a.M.

Nazari-Khanachayi, Arian (2015), *Rechtfertigungsnarrative des Urheberrechts im Praxistest: Empirie zur Rolle des Urheberrechts*, Tübingen

Peukert, Alexander (2008), *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Tübingen

Peukert, Alexander (2009), "Vom Urheberrecht zum ‚rechtmäßigen Inhalt‘: Wie das Internet das Urheberrecht verändert“, in: Christoph Bieber/Martin Eifert/Thomas Groß/Jörn Lamla (Hg.), *Soziale Netzwerke in der digitalen Welt*, Frankfurt/M., S. 225-243

Peukert, Alexander (2011), "Intellectual Property as an End in Itself?", *European Intellectual Property Review (EIPR)*, S. 67-71

Peukert, Alexander (2012a), *Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik*, Tübingen

Peukert, Alexander (2012b), "Das Verhältnis zwischen Urheberrecht und Wissenschaft: Auf die Perspektive kommt es an!", *JIPITEC* 4, S. 142-156

Peukert, Alexander (2012c), "Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law", in: Günther Handl/Joachim Zekoll/Peer Zumbansen (Hg.), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalization*, Leiden, S. 189-228

Peukert, Alexander (2012d), "Why do 'good people' disregard copyright on the internet?", in: Christophe Geiger (Hg.), *Criminal Enforcement of Intellectual Property: A Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham/Northampton, S. 151-167

- Peukert, Alexander (2014a), „Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation“, *GRUR-Beilage*, S. 77-93
- Peukert, Alexander (2014b), „Immaterialgüterrecht und Entwicklung“, in: Philipp Dann/Stefan Kadelbach/Markus Kaltenborn (Hg.), *Entwicklung und Recht. Eine systematische Einführung*, Baden-Baden, S. 189-227
- Peukert, Alexander (2015), „Intellectual property: the global spread of a legal concept“, in: Peter Drahos/Gustavo Ghidini/Hanns Ullrich (Hg.), *Kritika - Essays on Intellectual Property*, Cheltenham, S. 114-133
- Peukert, Alexander (2016a), „The Colonial Legacy of the International Copyright System“, in: Mamadou Diawara/Ute Röschenthaler (Hg.), *Copyright Africa. How intellectual property, media and markets transform immaterial cultural goods*, Canon Pyon, S. 37-68
- Peukert, Alexander (2016b), „The Coexistence of Trade Mark Laws and Rights on the Internet, and the Impact of Geolocation Technologies“, in: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Jg. 47(1), S. 60-87
- Peukert, Alexander (2017), „Vereinheitlichung des Immaterialgüterrechts: Strukturen, Akteure, Zwecke“, *RabelsZ* 81, S. 158-193
- Peukert, Alexander (2018), *Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts*, Tübingen
- Peukert, Alexander (2019), „Fictitious Commodities: A Theory of Intellectual Property Inspired by Karl Polanyi’s ‘Great Transformation’“, *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* Bd. 29, S. 1151-1200
- Peukert, Alexander (2020), „Network Effects of the International Intellectual Property System“, in Vorbereitung.
- Polanyi, Karl (1995), *The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*, Frankfurt/M.
- Pötzlberger, Florian (2018), *Kreatives Remixing. Musik im Spannungsfeld von Urheberrecht und Kunstfreiheit*, Baden-Baden
- Rogler, Anna (2020), *Inklusive Immaterialgüterrechte*, Berlin
- Rognstad, Ole-Andreas (2018), *Property Aspects of Intellectual Property*, Cambridge

Searle, John R. (2011), *Die Konstruktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Zur Ontologie sozialer Tatsachen*, Berlin

Searle, John R. (2016), "The Normative Structure of Human Civilization", in: Werner Gephart/Jan Christoph Suntrup (Hg.), *The Normative Structure of Human Civilization. Readings in John Searle's Social Ontology*, Frankfurt/M., S. 21-32

Sell, Susan K. (2003), *Private Power, Public Law. The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge, UK

Wegener, Theresa (2016), *Patentschutz in den am wenigsten entwickelten Mitgliedstaaten der WTO*, Frankfurt/M.