

DAN WIELSCH

Zugangsregeln

Jus Privatum

133

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 133



Dan Wielsch

Zugangsregeln

Die Rechtsverfassung
der Wissensteilung

Mohr Siebeck

Dan Wielsch, geboren 1970; Studium der Rechtswissenschaft in Frankfurt/M. und Berkeley; 1999 Promotion und Otto-Hahn-Medaille; 2003 LL.M. (Berkeley); 2007 Habilitation, derzeit Lehrstuhlvertretung am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Frankfurt/M.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz-Thyssen-Stiftung für Wissenschaftsförderung.

e-ISBN PDF 978-3-16-151210-0

ISBN 978-3-16-149580-9

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2007 von der Juristischen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main als Habilitationsschrift angenommen.

Sie ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Gunther Teubner entstanden, dem ich herzlich für die gewährten Freiräume und den Rückhalt bei meinen Versuchen zur Verbindung von Dogmatik und Rechtstheorie danke. Die von ihm unternommene Öffnung der Rechtswissenschaft für die Einsichten der Systemtheorie hat mein Denken nachhaltig inspiriert. Dank sagen möchte ich auch Thomas Vesting für sein Interesse am Thema und Fortgang der Arbeit sowie für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Wiederholen und vertiefen möchte ich die Worte des Dankes an Rudolf Wiethölter, der mich früh gefördert und meinen Blick auf die gesellschaftlichen Bezüge des Privatrechts gelenkt hat.

Das Forschungsprojekt, das dieser Arbeit zu Grunde liegt, wurde finanziell von der Fritz Thyssen Stiftung gefördert, die auch den Druckkostenzuschuss übernommen hat. Vorbildlich hat sie mit privater Hand freie und unkonditionierte Wissenschaft möglich gemacht.

Gefreut und ermuntert haben mich Diskussionen über die Arbeit mit Jürgen Fenn, Moritz Lorenz, Bernhard Ludwig und Markus Pöcker.

Von ganzem Herzen danken möchte ich Lena Tro, die der Arbeit in allen Phasen ihre Aufmerksamkeit geschenkt und mich liebevoll unterstützt hat.

Berlin, im März 2008

Dan Wielsch

Inhalt

<i>Vorwort</i>	V
<i>Einleitung</i>	1
I. Die epistemische Form der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Immaterialgüterrechts.	1
II. Zugangsregeln als Garantie dezentraler Wissensteilung.	6
<i>§ 1 Rechtfertigung und Grenzen der Schaffung von Immaterialgüterrechten</i>	12
I. Ökonomische Betrachtung: Marktfunktionale Begründung	13
1. Wissen und Information als öffentliche Güter	13
2. Informationsökonomisches Dilemma	16
3. Rechtfertigung der Zugangsbeschränkung	20
4. Begrenzung der Zugangsbeschränkung aus Sicht der Ökonomie	23
II. Immaterialgüterrecht und soziale Systeme	31
1. Immaterialgüter als Kommunikationen	31
2. Rechtliche Institutionalisierung der Nutzung von Immaterialgütern	42
a. Subjektive Immaterialgüterrechte in der Systemmatrix	42
b. Zugangsregeln im Recht	50
aa. Rechtssysteminterne Reflexion	50
bb. Thematisierung im philosophisch-naturrechtlichen Begründungsdiskurs	52
cc. Perspektivenwechsel: Von Rechten zu Systemen	56
dd. Nutzungsfreiheit durch Zugangsregeln.	60
3. Verfassung als Koordinationsrecht	66
a. Zugangsregeln als Konkretisierung grundrechtlich geschützter Freiheiten	66
b. Artikel 14 Abs. 2 GG als Kompatibilisierungsnorm.	72

§ 2 <i>Institutionen der Wissensteilung</i>	82
I. Kollektive Erzeugung von Wissen.	83
1. Markt	83
a. Die epistemische Funktion des Wettbewerbs.	83
b. Dezentrale Beobachtung und dezentrale Entscheidung.	93
2. Unternehmen	97
3. Deliberative Demokratie	102
II. Rechtliche Verfassung institutioneller Wissensteilung.	107
1. Institutionenschutz	107
2. Zugang zu kollektiv erzeugtem Wissen	108
3. Zugang zu Infrastrukturen der Wissensteilung	110
a. Ökonomische Infrastrukturtheorie.	110
b. Gemeinschaftsgüter institutioneller Wissensteilung.	114
§ 3 <i>Wettbewerbsrechtliche Zugangsregeln</i>	117
I. Das Verhältnis von Immaterialgüter- und Kartellrecht	117
1. Von der Konflikt- zur Komplementaritätsthese.	117
2. Europäisches Wettbewerbsrecht als Maßstab	123
3. Kontrolle nationaler Schutzrechte durch europäisches Wettbewerbsrecht	125
II. Zugangsregeln aus Art. 82 EG	129
1. Überblick	129
2. Marktbeherrschende Stellung und geistiges Eigentum	131
a. Grundlagen	131
b. »Sole Source«-Produkte	132
c. Standardisierung	134
d. Netzwerkeffekte	135
e. Rechtliche Absicherung der Unangreifbarkeit	138
3. Verletzung des Missbrauchsverbots durch Zugangs- verweigerung	138
a. Kontrolle eines verbundenen Marktes	140
b. Geschäftsverweigerung auf verbundenen Märkten	140
c. Zugangssachverhalte und essential facilities doctrine	148
d. Zugang zu Immaterialgütern	156
aa. Anwendung der Machttransfer-Dogmatik auf intern genutzte Schutzgüter	156
bb. Unerlässlichkeit des Schutzgutes für den Zugang zum beherrschten Markt.	160

cc. Des-Integration der Produktion von komplexen Produkten	163
dd. Bestimmung der Grenzen von Schutzrechten durch das Wettbewerbsrecht	166
ee. Rückbezüglichkeit der Eingriffsprüfung.	173
4. Der Funktionsbezug kartellrechtlicher Zugangsregeln.	186

§ 4 *Netzwerk als Institution der Wissensteilung: Open Source
Software-Projekte*. 192

I. Weder Markt noch Organisation.	192
1. Nicht Markt	194
2. Nicht Unternehmen	197
3. OSS-Projekte als »drittes Produktionsmodell«	202
II. Sozialstruktur des Netzwerks	205
III. Rechtliche Verfassung des Netzwerks.	211
1. Die Neuausrichtung von Schutzrechten	211
2. Das normative Modell der GPL.	213
3. Vereinbarkeit des Lizenzmodells mit dem Gesetz	214
a. Öffentliche Selbstbindung	214
b. Inhalt der Selbstbindung und Mechanismus der Fremdbindung	216
c. Die schuldrechtliche Begründung der Fremdbindung.	220
d. Schranken der Fremdbindung	227
4. Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern in Netzwerken	229

§ 5 *Die Konstruktion von Gemeinschaftsgütern der Wissensteilung
durch Zugangsregeln für Computernetzwerke* 234

I. Medienentwicklung und soziale Evolution	234
II. Computer als technisches Medium	236
III. Internet als diskriminierungsfreies Computernetzwerk.	238
1. Technologische Konstruktion eines Gemeinschaftsgutes: Spezifische Netzwerkarchitektur (e2e-Prinzip).	239
2. Regulatorische Konstruktion eines Gemeinschaftsgutes: TK-Netze als physikalische Infrastruktur.	244
IV. Nutzungsfreiheit durch medienspezifische Zugangsregeln	255

1. Hyperlinking als urheberrechtliche Nutzungshandlung nach § 16 UrhG?	257
2. Suche als datenbankrechtliche Nutzungshandlung nach § 87b UrhG?	261
a. Wettbewerbsrechtskonforme Auslegung	262
b. Verfassungskonforme Auslegung	265
 § 6 <i>Elemente einer Rechtsverfassung der Wissensteilung</i>	 267
I. Die Sicherung institutioneller Vielfalt durch das Recht	268
1. Öffnung der Rechtswissenschaft für einen systemfunktionalen Immaterialgüterschutz.	268
2. Die konstitutionelle Dimension der Rechtsverfassung der Wissensteilung.	272
II. Normative Bausteine einer Rechtsverfassung der Wissensteilung	275
1. »Strukturelle Diversifikation«: Offenheit gegenüber unterschiedlichen Ordnungsmodellen und Institutionen	275
2. Koordinationsfunktion der Grundrechte: Gleichrangigkeit von Ausschlussprinzip und Nutzungsfreiheit.	277
3. Der Schutz »vertikaler Differenzierung«: vertikale Funktionsanalyse von Ausschließlichkeitsrechten	279
4. Bindung an den »Gleichheitssatz«	282
III. Schluss: »Politische Ökonomie der Wissensteilung«.	282
 Literaturverzeichnis	 285
Register	301

Einleitung

I. Die epistemische Form der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Immaterialgüterrechts

Die Wirtschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches ist eine Wirtschaft der körperlichen Gegenstände. Die Wirtschaft der Gegenwart ist in wachsendem Maße eine Wirtschaft der immateriellen Güter, deren Gegenstand Vereinbarungen über die Nutzung von Wissen und Informationen bilden. Mit dem Hinweis auf diesen Unterschied ist freilich noch nichts gesagt über die Wissensstruktur und die kognitiven Institutionen einer Gesellschaft und ihrer Wirtschaft. Sie erst entscheiden über den Erfolg und die evolutionären Errungenschaften einer Gesellschaft im Vergleich mit anderen Zeiten und anderen sozialen Formationen.

Der wirtschaftliche Erfolg der bürgerlichen Gesellschaft lässt vermuten, dass sie über Institutionen verfügt, die Produktion und Nutzung von Gütern auf vorteilhafte Weise zu bestimmen vermögen. Als maßgeblich für den effizienten Gebrauch knapper Ressourcen erkannt wurden wettbewerbsförmig organisierte Märkte, über die die Güter in Transaktionen zu den Akteuren mit der größten Nutzenfunktion wandern. Deutlich weniger Überlegungen finden sich allerdings zu der Frage, wie es eigentlich kommt, dass die Akteure genau über jenes Wissen verfügen, das sie Transaktionen durchführen lässt, die als effizient beschrieben werden können. Erst von Hayek hat die Fragestellung zu formulieren gewusst und Pionierarbeit bei ihrer Beantwortung geleistet. Ihm verdankt sich die Einsicht, dass die alloкатive Funktion des Wettbewerbs nur erklärt werden kann, wenn man den Wettbewerb zugleich als einen epistemischen Mechanismus beschreibt. Auf Märkten wechseln nicht nur Güter von der einen in die andere Nutzungssphäre. Auf Märkten wird auch Wissen kollektiv erzeugt. Verwendungsmöglichkeiten werden dezentral ermittelt und anderen Akteuren mit Hilfe des Preissymbols als Knappheitsinformation mitgeteilt.¹ Der Einzelne kann auf diese Weise von einem Wissen Gebrauch machen, das er selbst nicht besitzt. Existenz und Bedeutung individuellen Wissens – insbesondere in der Form impliziten Wissens² – werden dadurch nicht geleg-

¹ Dazu ausführlich in § 2 I 1.

² Grundlegend zum Begriff vgl. *Polanyi*, Implizites Wissen, 13 ff.

net. Dieses implizite Wissen (hier: über Verwendungsmöglichkeiten von Gütern) kann aber nur praktisch handlungsbestimmend werden, wenn der Einzelne zugleich auch über Wissen verfügt, das in transsubjektiven Prozessen sozialer Systeme generiert wird.³

Zusammen mit der Existenz funktionierender Märkte setzt die bürgerliche Gesellschaft solches Systemwissen als gegeben voraus. Das im Mittelpunkt aller ihrer Selbstbeschreibungen stehende Individuum zehrt bei der Orientierung seiner Handlungen von transsubjektiven Voraussetzungen, ohne sich selbst dessen bewusst zu sein. Einer solchen Bewusstwerdung bedarf es auch nicht, solange die Voraussetzungen für die dezentrale Wissensnutzung vorliegen.

Sie werden vom bürgerlichen Recht bereitgestellt, das mit seiner freiheitlichen Verfassung der Institute von Eigentum und Vertrag die Bedingungen der Möglichkeit marktvermittelter Transaktionen herstellt. Für die epistemische Funktion des Wettbewerbs entscheidend ist, dass das lokale, auf die Akteure verteilte Wissen mobilisiert werden kann. Genau das geschieht durch Eigentumsrechte. Diese können begriffen werden als Zuweisung von Entscheidungskompetenz: sie schreiben einem Akteur die Autorität zu, für ein bestimmtes Gut die konkrete Verwendung aus allen möglichen (nicht verbotenen) Verwendungen auszuwählen.⁴ Durch das Zusammenfallen von Wissen und Entscheidungsbefugnis kommt es zu einer optimalen Aktivierung individueller Fähigkeiten (»knowledge, experience, and skills«) bei der Selektion von Verwendungsmöglichkeiten knapper Güter. Weil implizites Wissen schwer zu transferieren ist, bleibt es, wo es ist: Eigentumsrechte ziehen die Entscheidungskompetenz zum impliziten Wissen,⁵ das durch das zirkulierende explizite Systemwissen in Gestalt von Preisen für die Selektion von Verwendungen gewonnen werden kann.⁶

³ Die Bindung dieses Wissens an transsubjektive Strukturen wird deutlich, wenn *Hayek* davon spricht, dass »die spontane Ordnung des Marktes mehr Wissen nutzt, als irgendeine Person oder Organisation haben kann« (Rechtsordnung und Handlungsordnung, in: *Gesammelte Schriften* Abt. A Bd. 4, 35 (43)). Anstelle von *Hayeks* Konzept der »spontanen Ordnungen« wird im Folgenden auf die von *Luhmann* entwickelte Theorie sozialer Systeme zurückgegriffen. Für eine Verortung des Begriffs der spontanen Ordnung im Kontext der Systemtheorie vgl. nur die Selbsteinschätzung von *Hayek*, *Recht, Gesetz und Freiheit*, xvi.

⁴ Diese für die vorliegenden Zwecke außerordentlich fruchtbare Bestimmung von Eigentumsrechten findet sich bei *Alchian*, *Il Politico* 30 (1965), 816 (818): »By a system of property rights I mean a method of assigning to particular individuals the ›authority‹ to select, for specific goods, any use from a non-prohibited class of uses.«

⁵ Man kann auch sagen: Auf Märkten kaufen regelmäßig diejenigen, die das Wissen haben, Entscheidungsrechte. Nicht etwa umgekehrt wenden diejenigen, die über Entscheidungskompetenz verfügen, Zeit und Ressourcen auf, um sich Wissen zu verschaffen. Entscheidend für die Entstehung und Ausgestaltung von Institutionen sind danach die Kosten des Wissenstransfers, vgl. *Jensen/Meckling*, *Journal of Applied Corporate Finance*, 4 (6).

⁶ Wenn im Folgenden von implizitem Wissen die Rede ist, so ist das Wissen eines einzelnen Bewusstseinsystems im Unterschied zum expliziten Wissen eines sozialen Systems ge-

Nachdem das Recht im Laufe der Zeit auch noch erkennt (und zwar in der Diskussion um das Wirtschaftsrecht in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts), dass die Wirkungen des Wettbewerbs nur eintreten, wenn Handlungsfreiheit gewährleistet und das Kartellrecht als eigenes Rechtsgebiet zum Schutz von Wettbewerb ins Leben gerufen wird, sind jene rechtlichen Institutionen gefunden, die lautlos für jene Voraussetzungen sorgen, derer es für eine effiziente Nutzung materieller Güter bedarf.

Die Stärke dieser marktgestützten Ordnung der Güterbewirtschaftung ist ihre Kapazität zur Mobilisierung verteilten Wissens und kognitiver Fähigkeiten (»Wissensteilung«) für die Bewältigung von Knappheit in der Gesellschaft und damit für die Funktion der Wirtschaft.⁷ Damit der gesellschaftlich vorteilhafte koordinierte Gebrauch eintreten kann, ist aus Sicht des Einzelnen nur ein minimaler Beitrag erforderlich, da das im System produzierte Wissen als positive Externalität bei der Ausübung der Eigentumsfreiheit entsteht, nämlich bei der Verfügung über die Sache.

Es liegt nahe, die gesellschaftlichen Vorteile dezentraler Suche auch in anderen sozialen Zusammenhängen in Anspruch zu nehmen, insbesondere für die Förderung der Schaffung neuen expliziten Wissens, das je nach Kontext der Kommunikation als Operation eines bestimmten sozialen Systems betrachtet werden kann. Um individuelles Bewusstsein für die Erzeugung kommunikativer Artefakte, in denen Wissen gleichsam kondensiert und expliziert vorliegt (»Immaterialgüter«), zu mobilisieren, gewährt die Rechtsordnung dem Akteur, dem die Schaffung neuen Wissens zugerechnet wird, Ausschließlichkeitsrechte an der Nutzung dieses Wissens (etwa durch die Vervielfältigung materieller Informationsträger oder durch die Anwendung technischen Wissens in Produktionsprozessen).⁸ Mit dieser Veränderung des sachlichen Bereichs der

meint, das durch Kommunikation reproduziert wird. Der vorgeschlagene Sprachgebrauch dient also vor allem der Abgrenzung gegenüber transindividuellem Systemwissen. Individuelles Wissen in diesem Sinne umfasst das von *Polanyi* gemeinte implizite Wissen.

⁷ Der Begriff der »Wissensteilung« wird ausführlicher in § 1 II 1 und § 2 I 1 behandelt. Er geht auf *Hayek* zurück und kennzeichnet bei ihm das Problem, wie der beste Gebrauch aller Mittel gesichert werden kann, die irgendeinem Mitglied der Gesellschaft bekannt sind. In der vorliegend unternommenen systemtheoretischen Reformulierung geht es allgemeiner um Formen, durch die das auf psychische Systeme verteilte Wissen für die Funktionserfüllung sozialer Systeme genutzt werden kann. Wissensteilung betrifft das *Verhältnis* von Bewusstsein und Kommunikation. Der Begriff erscheint als tauglich zur partiellen Theorievermittlung zwischen Systemtheorie und Ökonomie, öffnet er doch letztere für die konstitutive Bedeutung transindividueller Prozesse. Jedenfalls führt *Hayeks* kognitivistischer Ansatz über einen methodologischen Individualismus hinaus. Gegen eine Engführung *Hayeks* auf diesen argumentieren etwa *Cortés/Rizzello*, in: *Advances in Austrian Economics* 9 (2007), 87 (93).

⁸ Die Rede von Rechten an (unkörperlichen) »Gegenständen« ist unpräzise. Durch Immaterialgüterrechte werden einzelne *Handlungsmöglichkeiten* in Bezug auf das Schutzobjekt dem Rechtsinhaber vorbehalten. Bei körperlichen Gegenständen wird der Unterschied wegen der umfassend geschützten Handlungsbefugnisse (vgl. § 903 BGB) selten relevant, bei

Selektionsautorität gewinnt die Eigentumsform Relevanz für die Wissensteilung in anderen sozialen Systemen (Kunst, Wissenschaft). Einerseits wird deren Ausdifferenzierung gefördert, weil die für autonome ästhetische Kommunikation notwendigen Umweltbedingungen gewährleistet werden,⁹ andererseits werden die Möglichkeiten Dritter zur Aktualisierung des Wissens eingeschränkt.

Werden Immaterialgüter zum Gegenstand von Eigentumsrechten, kommt es (anders als beim Handel mit materiellen Gütern) zu einer eigentümlichen »Verschleifung« der kognitiven Umweltbedingungen von *zwei* Funktionssystemen: Um den Markt als Such- und Koordinationsverfahren zu aktivieren, werden gleichsam »auf Geheiß« des Wirtschaftssystems die Möglichkeiten der strukturellen Kopplung zwischen psychischen Systemen zu *anderen* sozialen Systemen der Kontrolle des Rechtsinhabers unterworfen.¹⁰ Die an sich aufgrund der nicht-rivalisierenden Nutzung von Immaterialgütern denkbaren Inklusionsmöglichkeiten werden auf weniger strukturelle Kopplungen als möglich beschränkt. Dadurch sinken die Chancen produktiver Rekombination von Wissen und man vertraut sich vielmehr der zukünftigen Kreativität des Rechtsinhabers selbst an, der bei seinen Aktivitäten freilich seinerseits wieder auf eine »funktionierende« Wissensteilung in den anderen Systemen angewiesen ist. Dazu muss etwa die geschützte Kommunikation hinreichend speziell sein, damit nicht durch den Schutz zu elementarer Sinneinheiten (wie bei bloßen Informationen) zu viele Anschlussmöglichkeiten besetzt werden. Es bedarf eines Bestandes an eigentumsrechtlich unverfügbaren kognitiven Gemeinschaftsgütern.

Durch den Ausschluss freier Nutzung von Immaterialgütern zum Zwecke des wirtschaftlichen Wettbewerbs wächst dem Markt Bedeutung für die Wissensteilung in anderen Systemen zu und umgekehrt ist sein eigenes Funktionieren jetzt abhängig vom Erhalt der epistemischen Funktionsbedingungen der anderen Systeme. Wenn das Recht die Wissensteilung eines Systems dem Markt »zum Lehen« gibt,¹¹ führt es auch die Funktionsvoraussetzungen des Marktes in neue Abhängigkeiten. Durch die Übertragung der Eigentumsform auch auf die Regelung der Nutzung von (Kommunikationsfunktion besitzenden) Immaterialgütern wachsen dem Recht neue Aufgaben zu. Es wird in eine

unkörperlichen Gegenständen sollte er jedoch stets bedacht werden. Vgl. auch § 1 I 1 und II 2 a.

⁹ Es wird möglich, die Kosten für die Hervorbringung von geistigen Schöpfungen (und seien es nur die der eigenen Arbeitskraft) zu kompensieren. Voraussetzung für die Abstützung systemischer Autonomie ist freilich die Anknüpfung des Schutzrechts an einen Tatbestand, der Variation (Originalität, Neuheit) honoriert. Dazu unter § 1 II 1.

¹⁰ Anders ausgedrückt: Schutzrechte besitzen Relevanz für die Wissensteilung in der Wirtschaft *und* in anderen Funktionssystemen (Kunst, Wissenschaft usw.).

¹¹ In Anspielung auf den Titel des Beitrags von *Mestmäcker*, in: FS Böhm, 3ff. (»Den Markt zum Lehen«).

anspruchsvolle *Matrix* systemischer Bezüge eingestellt und muss seine eigenen Institutionen so einstellen, dass die Institutionen der Wissensteilung in der Wirtschaft *und* in der Kunst/Wissenschaft abgestützt werden. Genau diese Konsequenzen für rechtliche Institutionenbildung sollen Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

Die Eigentümlichkeit der sich dem Immaterialgüterrecht stellenden Aufgabe lässt sich dabei erst dann hinreichend erfassen, wenn man die Interdependenzen zwischen der kommunikativen Aktivität des Einzelnen und den entsprechenden kulturellen Betätigungsfeldern berücksichtigt. Systemtheoretisch gesprochen geht es um die Leistungen, die personale und soziale Systeme füreinander erbringen. Nun hält zwar die Systemtheorie in ihrem Apparat den Begriff der »Interpenetration« vor, um den Umstand zu beschreiben, dass unterschiedliche Systeme sich wechselseitig ihre Komplexität für den Aufbau eigener Strukturen zur Verfügung stellen. Tatsächlich finden sich jedoch kaum konkrete Aussagen darüber, wie die hierbei vorausgesetzten »strukturellen Kopplungen« zwischen Bewusstsein und Kommunikation verfasst sein müssen, damit die sozialen Systeme von der Aktivität der Einzelbewusstseine bei der Erfüllung ihrer gesellschaftlichen Funktion profitieren können; die Faktoren für die Variation von thematischer Kommunikation und damit die Fähigkeit zur Innovation des Systems werden überwiegend in den Sozialsystemen selbst verortet (etwa in spezifischen Methoden oder der Sozialisierung des Wissenschaftlers). Umgekehrt rechnen die Rechtstheorie im Allgemeinen und Untersuchungen zum Immaterialgüterrecht im Besonderen Innovativität wie selbstverständlich auf die Kreativität eines Individuums zu, das jedoch außerhalb des Rechts durch Sprachphilosophie, Diskurstheorie, Dekonstruktivismus und eben auch Systemtheorie als vermittelt beschrieben wird und längst in mehrfacher Hinsicht dezentriert ist. An diese Einsichten und Theorieentwicklungen hat auch das Recht anzuschließen, will es ein der Gesellschaft gerechtes Recht sein.¹²

Um die geschilderten Defizite asymmetrisch ansetzender Theoriekonzepte zu vermeiden, soll vorliegend Immaterialgüterrecht zweigliedrig auf der Basis der Relation von Kommunikation *und* Bewusstsein rekonstruiert werden. Ge-

¹² Für die Rechtstheorie ist die Systemtheorie von besonderem Interesse, weil deren Grundkategorien methodisch ganz bewusst nicht mehr von der Subjektphilosophie her gearbeitet sind, sie zugleich aber aufgezeigt, wie auch angesichts von Begründungsaporien produktive Anschlüsse möglich sind. Mit Hilfe der Systemtheorie lässt sich sichtbar zu machen, dass traditionelle Begründungsfiguren aposteriori-Effekte als apriori-Ursachen ausgeben (vgl. etwa *Jabraus*, in: *Jabraus/Ort* (Hrsg.), *Bewußstein – Kommunikation – Zeichen*, 23 (40)). Das bedeutet nicht, jede Erbschaft der Subjektphilosophie ausschlagen zu müssen. Wenn das Recht lernt, dass und wie Identität auf Differenz zurückzuführen ist, wenn es sich also soziologisch aufklären lässt, dann kann es die eigenen bisher identitätsphilosophisch imprägnierten Figuren neu einstellen und sich zu einem gerechteren, weil gesellschaftsadäquaten Recht machen.

nauer sind Kommunikation und Bewusstsein als füreinander notwendige Umwelten zu begreifen. Die Entwicklung und Innovationsfähigkeit von Systemen lässt sich nur verstehen, wenn diese *als Systeme innerhalb der Umwelt* betrachtet werden, die ihrerseits aus Zentren fremdsystemisch strukturierter Komplexität besteht – einer Umwelt, deren Komplexität mit den Formen des Rechts für ein System gewonnen werden kann. In einem weiteren Gedankenzug schließlich gilt es zu berücksichtigen, dass sich jene für das Verhältnis von Bewusstsein und Kommunikation beschreibbare Abhängigkeit des Systems von seiner Umwelt übersetzt in Abhängigkeitsrelationen zwischen sozialen Systemen untereinander. Am Beispiel des Immaterialgüterrechts wird besonders deutlich, dass das Recht nach den Umweltbedingungen für die Funktionsfähigkeit von Systemen fragen muss.¹³

II. Zugangsregeln als Garantie dezentraler Wissensteilung

Vorschriften über die Nutzung immaterieller Güter bilden eine Art Fremdkörper im bürgerlichen Recht, das entsprechend der wirtschaftlich dominierenden Interaktionsform des Tauschs materieller Güter seinem Kern nach »Zirkulationssphärenrecht« ist. Zum einen treffen Urheber- und Patentrecht Bestimmungen mit Wirkung für die »Produktionssphäre«, indem sie die Voraussetzungen angeben, unter denen die Rechtsordnung überhaupt erst Rechte an geistigen Schöpfungen konstituiert.¹⁴ Ablesbar ist das aber auch an Vorschriften, die sicherstellen sollen, dass nachfolgenden Generationen kreativer Akteure hinreichende Handlungsfreiheiten bei der eigenen Produktion verbleiben. Zum anderen bereitet die Einpassung des Immaterialgüterrechts in das Zirkulationssphärenrecht von Beginn an Schwierigkeiten. Insbesondere die Ermöglichung der ausschließlichen Verwertung von Immaterialgütern durch ihren Schöpfer wird als Grund für ein latentes Spannungsverhältnis zum Wettbewerbsrecht gesehen (Stichwort: geistiges Eigentum als Monopol).

Die vielleicht wichtigste Ergänzung, die ein System subjektiver Rechte erfahren muss, wenn es die Funktion der Anreicherung kollektiver Wissensbestände akkommodieren soll, ist die Gewährleistung von Nutzerfreiheiten in einem Umfang, der die Möglichkeiten der dezentralen Erzeugung von Wissen durch eine Vielzahl von Akteuren erhält. Anderenfalls würde der spezifische Reproduktionszusammenhang vernachlässigt, in dem kreative Werke und

¹³ Das Recht folgt dabei einer ökologischen Rationalität. Näher dazu *meine* Antrittsvorlesung »Die epistemische Analyse des Rechts – Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft«.

¹⁴ Sehr deutlich wird das im angelsächsischen Rechtskreis mit seiner utilitaristischen Begründung von Immaterialgüterrechten, die primär eine Anreizfunktion für die Schaffung von geistigen Objekten besitzen sollen.

neues Wissen entstehen. Prinzipiell in Rechnung zu stellen sind die Kumulativität des Wissens (durch bestimmte Freiheiten zur Verknüpfung von Schutzgütern) und die Notwendigkeit eines für alle beteiligten Akteure frei nutzbaren Bestandes an grundlegenden Wissensressourcen¹⁵ (durch die rechtliche Konstruktion von Gemeinschaftsgütern der Wissensteilung). Beide Faktoren können variieren je nach dem sozialen System, in dessen Referenz das Wissen steht, oder den Funktionsbedingungen der konkreten Institution der Wissensteilung, in deren Rahmen sich die kollektive Wissenserzeugung vollzieht.

Auf diese Zusammenhänge wird vor allem das Wettbewerbsrecht in seiner Sorge um die Institution des Wettbewerbs aufmerksam. Die Gewährleistung von Dezentralität im Wettbewerb um die Hervorbringung neuen Wissens resultiert nicht allein aus der Gewährleistung von Eigentum und unvermachten Märkten. Genau so wichtig für einen funktionierenden Wettbewerb in diesem Bereich ist die nachhaltige Bereitstellung eines Bestandes an öffentlich nutzbarem Wissen und Informationen. Denn nicht allein, aber insbesondere auch für den Wettbewerb und seine rechtliche Verfassung gilt: Güterschutz und Entfaltungsfreiheit müssen *den gleichen Rang* haben.¹⁶

Indessen führt die tatsächliche Entwicklung der heute ausgerufenen »Wissens- und Informationsgesellschaft« zu einer immer weiter gehenden Einschränkung dieser Sphäre. Das wird sicherlich durch die Tendenz zur Monopolbildung auf Märkten für Informationsprodukte, die durch das Auftreten von ökonomischen Netzwerkeffekten gekennzeichnet sind, sowie durch Konzentrationsprozesse in der Informations- und Medienindustrie begünstigt, hat seine eigentliche Ursache jedoch in einer zunehmenden Proprietisierung von Informationen, die letztlich auf einer unzulässigen Übertragung von Annahmen aus dem Bereich materieller Güter auf den immaterieller beruht. Fast schon tragische Folge ist ein Rückbau von frei zugänglichen Wissensressour-

¹⁵ Der Begriff Ressource wird im Zusammenhang mit dem Vorgang der Produktion verwendet. Etwas ist Ressource, wenn es als Input für die Herstellung von etwas Anderem (Output) gebraucht wird. Für die Produktion speziell von Informations- und Wissensgütern werden nach *Benkler*, *Yale Law Journal* 112 (2002), 369 (377) hauptsächlich drei Arten von Ressourcen benötigt: (1) bereits existierende Immaterialgüter, (2) Kreativität menschlichen Bewusstseins und (3) Medien zur Speicherung und Verbreitung von Kommunikationen. Zum Zwecke der Illustration mag eine solche Vorstellung an dieser Stelle ausreichen. Problematisch ist jedoch, dass sie Kommunikation auf Vorgänge der Speicherung und Verbreitung reduziert. Begreift man hingegen Immaterialgüter selbst als Kommunikationsstrukturen (dazu § 1 II 1), wird Kommunikation nicht nur ins Zentrum kreativer Prozesse gesetzt, sondern es wird zugleich hervorgehoben, dass die Herstellung innovativer Informationsgüter maßgeblich von einer Steigerung der Möglichkeiten zur Variation in sozialen Kommunikationssystemen abhängt.

¹⁶ Dies heraus gestellt zu haben ist das bleibende Verdienst der Arbeit von *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz.

cen, der dem Produktionsprozess immaterieller Güter insgesamt die Funktionsbedingungen zu entziehen droht.

Es ist deshalb gerade auch aus Sicht der Wirtschaft selbst genau zu prüfen, ob an einem bestimmten immateriellen Gut überhaupt ein exklusives Recht geschaffen werden oder ob es frei nutzbar sein soll. Vor dieser Prüfung steht nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Rechtsanwendung. War man früher der Frage, ob es einen *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte gibt, eher ausgewichen, gab es hierzu jüngst ein klares Nein.¹⁷ Einverstanden. Bei der Einführung von absoluten Rechten an immateriellen Gütern steht nicht wie im Sachenrecht die Gewährleistung von Rechtssicherheit des Verkehrs im Vordergrund. Die entscheidende Aufgabe besteht darin, die Grenze zwischen exklusiven und freien Handlungsmöglichkeiten in einer Gesellschaft überhaupt erst zu bestimmen und nicht bloß um die Kenntlichmachung gegebener Kompetenzsphären. Es geht nicht um Publizität als Hinweis auf das Bestehen eines privaten Ausschließlichkeitsrechts, sondern um notwendige »Publizierungen« von Handlungsmöglichkeiten als Realisierung des Lehens privater Rechte an öffentlichen Gütern. Wenn man also – mit durchaus zu vertretenden Gründen – das System exklusiver Nutzungsrechte für unabgeschlossen hält und sich daran macht, neu entstehende Handlungsmöglichkeiten eigentumsrechtlich zuzuweisen, ist gleichzeitig darauf zu achten, dass die Handlungsmöglichkeiten anderer Beobachter nicht unangemessen eingeschränkt und für die Zukunft freigehalten werden.¹⁸ So ist etwa offen, ob Handlungsmöglichkeiten, die an den »Gegenstand« einer bestehenden Zuordnung anknüpfen, ebenfalls dem Schutzrechtsinhaber zuzuweisen sind – zur Disposition steht also insbesondere die Reichweite der von einem Schutzrecht vermittelten Kontrolle. Die Entscheidungen über die Zuweisung von Ausschlussrechten und über die Nutzungsfreiheit von Dritten hängen normativ unmittelbar zusammen.

Dass dem Gedanken der Nutzungsfreiheit der gleiche Rang zukommt wie dem Ausschlussprinzip des Eigentums, findet seine normative Rechtfertigung in den Grundrechten. Die Verfassung zwingt zur Koordination der Freiheit des Eigentümers mit den grundrechtlich geschützten Freiheiten von Nichteigentümern immer dann, wenn diese zur effektiven Wahrnehmung ihrer Freiheit auf die Nutzung des Eigentums »angewiesen« sind im Sinne der Gemeinwohlverpflichtung des Art. 14 Abs. 2 GG, die als Kompatibilisierungsnorm zu begreifen ist. Dieser Auftrag zur Koordination unterschiedlicher Freiheitsrechte im Privatrechtsverkehr – zugleich Ausdruck für unterschiedliche gesellschaftliche Teilrationalitäten – ist der Schutzfunktion der Grundrechte zu ent-

¹⁷ Von *Obly*, in: FS Schrickler, 105 (121).

¹⁸ Statt von einem Freihaltebedürfnis kann man auch von einer »Offenhaltungsfunktion« sprechen, die mit *Hösch*, Eigentum und Freiheit, 182 f. der Sozialbindungsklausel des Art. 14 Abs. 2 GG zu entnehmen ist.

nehmen und bindet nicht nur den Gesetzgeber, sondern auch die Rechtsanwendung.

§ 1 zieht diese Überlegungen zusammen und identifiziert »Zugangsregeln« als jene geforderte Ergänzung des Immaterialgüterschutzes im Recht, durch die es zur Abstimmung von Ausschließlichkeitsrechten und Nutzungsfreiheit kommt. Der als Gegenbegriff zum normativen (Schutzrechte) und tatsächlichen (technische Schutzmaßnahmen) Ausschluss von der Nutzung eines Immaterialgutes eingeführte Begriff der Zugangsregel abstrahiert von dem der gesetzlichen Schrankenvorschrift und wechselt zugleich von der Unterscheidung Individual-/Allgemeininteresse auf soziale Systeme als Referenz. Grundlage für diesen Referenzwechsel ist die Vorstellung, dass selbstbestimmtes Handeln zu autonomen sozialen Systemen führt, die ihrerseits über die effektiv zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten entscheiden. Zugangsregeln eröffnen Dritten nicht irgendwelche Mitnutzungsmöglichkeiten im Namen eines stets diffus bleibenden Allgemeininteresses, sondern realisieren die *systemische Konnexität des Schutzrechts*. Sie sind gerichtet auf den Erhalt der Bedingungen der Wissensteilung genau jenes sozialen Systems, als dessen operatives Ereignis sich der immaterialgüterrechtliche Schutzgegenstand darstellt. Zugangsregeln sind daher grundsätzlich systemspezifisch zu formulieren. Zugangsregeln konkretisieren grundrechtlich geschützte Freiheiten im einfachen Recht. Die aus ihnen abzuleitenden Nutzungsfreiheiten sind freilich nicht die durch subjektive Rechte durchsetzungsfähig gemachten »natürlichen Freiheiten« des Liberalismus (»Freiheit 1«). Es handelt sich vielmehr um Freiheiten zur Nutzung von anderen Rechtspersonen eigentumsrechtlich zugewiesenen Ressourcen. Diese Nutzungsfreiheiten sind Positionen abhängiger Unabhängigkeit (»Freiheit 2«).

§ 2 fügt dem einen wichtigen Aspekt hinzu, indem auf die Rolle von Institutionen als epistemisches Rückgrat für die systemische Wissensteilung hingewiesen wird. In den Institutionen (Markt, Unternehmen, Netzwerk usw.) wird vorentschieden, in welchen sozialen Einheiten Wissen erzeugt wird. Subjektive Rechte können nur anknüpfen an kommunikative Artefakte, in denen Wissen gleichsam kondensiert und expliziert vorliegt. Sie verfügen nicht über das Arrangement, in dem beobachtende Systeme zusammengeschlossen sind und Wissen kollektiv erzeugen. Hierfür ist von grundlegender Bedeutung, wie Beobachtung organisiert ist und in welchem Verhältnis Beobachtungskapazität und Selektionsautorität stehen. Während sich auf den ersten Blick damit die Aufgabe der Rechtsverfassung der Wissensteilung weiter zu verkomplizieren scheint, ist tatsächlich in vielen Fällen eine konkretere Bestimmung von Zugangsregeln möglich, weil nicht nach Angewiesenheitsverhältnissen auf der (recht abstrakten) Ebene der Systeme direkt gesucht zu werden braucht, sondern sich die Aufgabe verschiebt von der Autonomiegarantie für Funktionssysteme auf die dem Recht geläufigere des Institutionenschutzes. Im Ergebnis

wird der Schutz der Autonomie des Einzelnen also umgelenkt auf den Schutz von den für die Autonomie von Systemen grundlegenden Institutionen der Wissensteilung.¹⁹

In ihren anwendungsorientierten Abschnitten konzentriert sich die Arbeit zunächst in § 3 auf die Bedeutung von Nutzungsfreiheiten für den Wettbewerb. Im Mittelpunkt steht die Untersuchung der Voraussetzungen, unter denen Dritten aus wettbewerbsrechtlichen Gründen die Freiheit zur Mitnutzung von Schutzgegenständen gewährt wird (»wettbewerbsrechtliches Zugangsrecht«). Wie zu zeigen sein wird, wirft die exklusive Kontrolle von Immaterialgütern immer dann besondere Probleme auf, wenn sie gleichbedeutend mit der Kontrolle über einen Markt ist, weil Konkurrenten für den Marktzutritt auf die Nutzung angewiesen sind. Das Schutzrecht wird also durch Zugangsregeln so eingestellt, dass die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs als Institution der Wissensteilung gewährleistet bleiben.

Besondere Beachtung verdient der in § 4 untersuchte Fall, in dem Eigentümer privatautonom Zugangsregeln schaffen, die unmittelbar den Prozess der Wissensteilung in anderen sozialen Systemen zu fördern suchen. Hier macht der Eigentümer die Systemdifferenzierung zum eigenen Interesse. Als Beispiel für eine solche Konvergenz von Privat- und Fremdnützigkeit wird die Praxis der öffentlichen Lizenzierung von Nutzungsrechten betrachtet, die sich bei Entwicklung und Vertrieb von Open Source Software herausgebildet hat. In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass die Ausübung von Eigentumsbefugnissen nicht zwangsläufig zu einer Einschränkung der Nutzungsfreiheit von Nichteigentümern führen muss. Immaterialgüterrechte können nicht nur gemäß der Funktionslogik der Wirtschaft in Anspruch genommen werden, sondern auch gemäß den Anforderungen anderer diskursiver Prozesse. Der Schlüssel hierfür liegt jedoch in einer Dezentralisierung der Eigentümerbefugnisse.

In § 5 richtet sich die Aufmerksamkeit auf den Umstand, dass die Prozesse der Wissensteilung durch die vorausgesetzte Bindung an Kommunikation auch von der Entwicklung der (Verbreitungs-)Medien der Kommunikation beeinflusst werden. Die Freiheiten zur Nutzung von Medien sind entsprechend relevant für die Autonomie mehrerer Funktionssysteme zugleich. Am Beispiel des neuen Mediums »Internet« wird näher dargestellt, dass zur Gewährleistung von dessen Funktion als Medium dezentraler Wissensteilung sowohl die Rechte der Netzeigentümer wie die der Inhalteanbieter durch Zugangsregeln in einer bestimmten Weise zu (re-)konfigurieren sind. Erkennbar wird dem Internet der Status eines Gemeinschaftsguts gegeben. Als solches wird es auch ge-

¹⁹ Mit Blick auf die Funktion von Zugangsregeln ist an *Luhmanns* instruktive Betrachtung von Grundrechten als Institution der Erhaltung sozialer Differenzierung zu erinnern, vgl. *Luhmann*, Grundrechte als Institution, 23.

schützt vor Beeinträchtigung durch Eigentümer von Ressourcen, durch deren Nutzung das Medium erst konstituiert wird.

Abschließend zieht § 6 die im Verlaufe der Untersuchung gefundenen Ergebnisse noch einmal zusammen und benennt auf ihrer Grundlage die normativen Bausteine einer Rechtsverfassung der Wissensteilung.

§ 1 Rechtfertigung und Grenzen der Schaffung von Immaterialgüterrechten

Mit der Schaffung von Ausschließlichkeitsrechten an Immaterialgütern können mehrere Zwecke zugleich verfolgt werden.¹ So begreift etwa die vom deutschen Urheberrecht rezipierte monistische Theorie das subjektive Recht des Urhebers als einheitliches Recht mit der doppelten Funktion, sowohl die materiellen wie ideell-persönlichkeitsbezogenen Interessen des Urhebers zu schützen.² Unter den möglichen Zwecken kommt der Ermöglichung einer wirtschaftlichen Verwertung durch den Rechtsinhaber freilich besondere Bedeutung zu. Vielfach wird argumentiert, ohne die Möglichkeit zur Kompensation der eingesetzten Kosten wäre das betreffende Immaterialgut gar nicht hervor gebracht worden.³ Dem entspricht es, dass die meisten Vorschriften des gesetzlichen Immaterialgüterrechts dem Schutz der Verwertungsinteressen des Eigentümers dienen. Damit stellen sich Schaffung und Ausübung von Immaterialgüterrechten immer *auch* als für das Wirtschaftssystem relevante Vorgänge dar⁴ – unabhängig davon, welchem gesellschaftlichen Diskurs das Werk oder die Erfindung sonst noch zugehören. Mit Rücksicht auf diese omnipräsente Dimension soll die Begründbarkeit von Immaterialgüterrechten zunächst aus Sicht der Wirtschaft betrachtet werden. Das hat zugleich den Vorteil, dass von

¹ Im Folgenden wird mit dem (von *Josef Kohler* geprägten) Begriff der »Immaterialgüterrechte« auf Urheberrechte und gewerbliche Schutzrechte Bezug genommen. Die Terminologie rechtfertigt sich aus dem gemeinsamen Bezug der Rechte auf immaterielle Güter. Vgl. auch *Troller*, Immaterialgüterrecht, Band 1, 104. Sofern erforderlich, wird entsprechend differenziert.

² Zur monistischen Theorie im deutschen Recht und zu der sie stützenden wirkungsmächtigen »Baum«-Metapher von *Eugen Ulmer* vgl. etwa *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 28.

³ Stellvertretend vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 28 Rn. 10.

⁴ Immaterialgüterrechtliche Vorschriften sind deshalb wettbewerbsrelevante Regelungen. Das gilt insbesondere auch für Schrankenregelungen, wird aber gerade hier zu selten thematisiert. Darauf wird zurückzukommen sein. Trotz dieser grundsätzlichen Bedeutung für die Wirtschaft hat die ökonomische Analyse der Immaterialgüterrechte – so sie denn stattfindet (vgl. jedoch *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* und *Bessen/Raskind*, *Journal of Economic Perspectives* 5 (1991), 3) – nur geringen Einfluss auf Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Zu diesem Ergebnis kommt *Samuelson*, in: *Takeyama et al.* (eds.), *Developments in the Economics of Copyright*, 1 (14). Es gilt gleichermaßen für Europa.

vornherein der Bezug individueller Rechte zu gesellschaftlichen Funktionssystemen mit in den Blick kommt.⁵

I. Ökonomische Betrachtung: Marktfunktionale Begründung

1. Wissen und Information als öffentliche Güter

Das Wirtschaftssystem nimmt Wissen und Informationen als »Güter« wahr.⁶ Betrachtet man die Modalitäten der Nutzbarkeit von immateriellen Gütern genauer, so fallen im Vergleich mit materiellen Gütern zwei Besonderheiten auf. Zum einen schließt die Nutzung durch eine Person die Nutzung ein und desselben Immaterialgutes durch eine andere Person nicht aus; das Gut kann von beliebig vielen Personen konsumiert werden, ohne dass diese sich gegenseitig im Konsum einschränken (»Nicht-Rivalität«).⁷ Zum anderen ist es unmöglich oder zumindest erheblich schwieriger, dritte Personen faktisch vom Konsum des Immaterialgutes auszuschließen (»Nicht-Ausschließbarkeit«). Güter mit diesen Merkmalen bezeichnet man als »öffentliche Güter«.

⁵ Gerade wegen ihrer Konsequenzen für die Wissensteilung in unterschiedlichen sozialen Systemen steht die mit den Verwertungsrechten verknüpfte Ausschließungsbefugnis der Immaterialgüterrechte hier im Vordergrund. Die sich aus dem Persönlichkeitsrecht ergebenden Kompetenzen des Rechtsinhabers (vgl. etwa für das Urheberpersönlichkeitsrecht §§ 12–14 UrhG) sind in dieser Hinsicht weniger relevant. Vgl. aber § 4 III zu Bearbeitungsrechten bei Computerprogrammen.

⁶ In der Ökonomie bezeichnen »Güter« Mittel zur Bedürfnisbefriedigung. Damit verweist der Begriff auf eine Relation und keine Substanz. Es kommt auf den Nutzen einer Sache oder von Wissen für die Zwecke eines wirtschaftlichen Akteurs an. Vor einem ontologischen Missverständnis warnt *Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Erster Teil II § 2: »Gut im Sinn von Nutzleistung im strengen Sprachgebrauch ist nicht das »Pferd« oder ein »Eisenstab«, sondern deren einzelne als begehrenswert geschätzte und geglaubte *Verwendungsmöglichkeiten*«. Von hier aus ist es nicht mehr weit zur Einsicht des Property-Rights-Paradigmas, dass der Wert eines Gutes durch die originäre Ausstattung mit Handlungsrechten mitbestimmt wird. Erst die Kombination von technischen Möglichkeiten einer Ressource und ihrer Ausstattung mit Handlungsrechten gibt die effektiven Verwendungsmöglichkeiten eines Gutes an (»effective commodity«), vgl. *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 98 f. Gegenstand der Ökonomie sind danach nicht physische Einheiten (oder Informationsprodukte), sondern menschliche Handlungsmöglichkeiten, die das Recht normativ beschreibt (umgekehrt lassen sich dann die Inhalte von Rechten als Definition von Gütern und deren Zuweisung an Personen begreifen), vgl. *Behrens*, *Grundlagen*, 32 (im Anschluss an *Coase*). So interpretiert, kann der Güterbegriff als *Oberbegriff für Nutzungszuweisungen* an körperlichen wie auch an unkörperlichen Gegenständen dienen.

⁷ Unübertroffen *Thomas Jefferson*s Formulierung zur Nutzung einer »Idee«: »Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.« (Brief an *Isaac McPherson*, Monticello, den 13. 8. 1813)

Aus Sicht des Wirtschaftssystems werfen öffentliche Güter Probleme auf, weil es bei ihrem Gebrauch zu einer Divergenz zwischen individuellem und sozialem Nutzen kommt. Die Analyse richtet sich dabei ganz auf den Umstand, dass es durch die mangelnde Ausschließbarkeit Dritter zu einem Marktversagen auf der Angebotsseite kommt. Dritte, die nicht an den Kosten der Produktion des Immaterialgutes beteiligt waren, sind gleichwohl in der Lage, es nutzen zu können. Wo sich aber die Vorteile einer Nutzung von Gütern nicht internalisieren lassen, können die für ihre Erstellung aufgewendeten Investitionen nicht kompensiert werden.⁸ Die Möglichkeit des Trittbrettfahrens (»free-riding«) würde zu einem fehlenden Anreiz zu Investitionen in die Produktion immaterieller Güter führen. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht käme es entsprechend zu einer Unterproduktion der betreffenden Güter.

Für dieses Problem stehen verschiedene Lösungswege zur Verfügung.⁹ Zum einen kann die Entscheidung über die Produktion von Informationsgütern dem Staat überantwortet werden. Die Kosten für die Produktion von öffentlichen Gütern, die allen zu Gute kommen können, werden dann auch von allen gemeinsam getragen. Prominentes Beispiel ist etwa die Finanzierung von Grundlagenforschung durch die öffentliche Hand. Im Gegenzug ist dafür Sorge zu tragen, dass die mit öffentlichen Geldern finanzierten Entwicklungen auch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.¹⁰ In diesem und ähnlichen

⁸ Vgl. *Ullrich*, GRUR Int. 1996, 555 (565). Die Gefahr dieser Argumentation besteht freilich darin, das Immaterialgüterrecht insgesamt zu einem reinen Investitionsschutzrecht zu machen und nicht mehr nach den konkreten Gründen zu fragen, unter denen sich die Schaffung eines Ausschließlichkeitsrechts insbesondere im Hinblick auf die – grundrechtlich fundierten – Nutzungsinteressen Dritter rechtfertigen lässt. Ohne Reflexion auf den Schutzgrund ist vor allem die Frage nach einer angemessenen Schrankenziehung kaum plausibel zu beantworten. Kur, in: *Schricker/Dreier/Kur* (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 23 (33) etwa spricht mit Blick auf die zunehmende Konvergenz der Schutzrechte unter dem Gedanken des Leistungs- bzw. Investitionsschutzes von einer »Erosion der Schutzrechtsgrenzen«. Kritisch zur Entwicklung des Immaterialgüterrechts zu einem Investitionsschutzrecht bereits *Dietz*, RIDA 1988, 26. Zur unzureichenden Trennung von Kreativitäts- und Investitionsschutz etwa *Drexler* und *Hilty* im Diskussionsbericht von *Geiger* et al., GRUR Int 2006, 475 (477, 495). *Geiger*, IIC 2006, 371 (402f.) schlägt deshalb ein graduelles System der Schutzrechte vor, in dem Werke geringerer Kreativität nur durch ein (einheitliches) sui generis-Recht mit einem – im Vergleich zu den klassischen Immaterialgüterrechten – deutlich eingeschränkten Schutzzumfang geschützt würde.

⁹ In seiner grundlegenden Arbeit nennt *Pigou*, *The Economics of Welfare*, drei institutionelle Mechanismen zur Bereitstellung öffentlicher Güter: Beihilfen, Staatsproduktion, Markt. Insofern wird auch von den drei P gesprochen: »patronage«, »procurement«, »property«. Vgl. *Foray*, *Economics of Knowledge*, 119.

¹⁰ Grundsätzlich lassen sich zwei Dimensionen bei der Produktion von Immaterialgütern unterscheiden, die gegeneinander variiert werden können: Finanzierung der Aktivität und der Zugang zu den Ergebnissen. Bei öffentlich finanzierten Aktivitäten erwartet man in der Regel, dass die Ergebnisse frei zugänglich gemacht werden, vgl. *Foray*, *Economics of Knowledge*, 123.

Fällen leistet sich die Gesellschaft also bewusst die freie (wenn auch nicht notwendig kostenlose) Nutzung der Güter durch die Allgemeinheit.

Der andere Lösungsweg setzt bei der als problematisch identifizierten Nicht-Ausschließbarkeit selbst an und beschränkt den Zugang zum Immaterialgut und damit die Möglichkeit zu dessen Nutzung durch jeden. Das wichtigste Mittel hierzu ist die normative Beschränkung des Zugangs, indem die Rechtsordnung dem Produzenten subjektive Eigentumsrechte zuerkennt. Der Inhaber eines solchen Rechts kann allen anderen die Nutzung des Informationsgutes verbieten. Die Nutzungsvorteile werden einem Rechtssubjekt allein zugeordnet und damit exklusiv appropriierbar. Das öffentliche Gut ist in ein privates Gut überführt. Die Entscheidung über die Produktion eines Informationsgutes kann so in die Hände des Einzelnen gelegt und seiner Initiative überlassen werden. Denn durch die Zuerkennung eines Eigentumsrechts erhält er die Chance, die bei der Entwicklung aufgewendeten Kosten zu kompensieren. Es hängt jetzt allein von seinem Willen ab, ob andere das entwickelte Informationsgut (mit-)nutzen dürfen. Die Berechtigung hierzu kann er auf dem Markt anderen anbieten.

Neben dieser Gewährung von Verbotsrechten durch die staatliche Rechtsordnung besteht freilich auch die Möglichkeit, dass private Akteure eigene Zugangsschranken schaffen. Dies kann entweder wieder auf normativem Wege geschehen, indem die Beteiligten von ihrer Vertragsfreiheit Gebrauch machen und etwa Vereinbarungen treffen, die zum Geheimnisschutz verpflichten. Die Akteure können aber auch mit Hilfe von technologischen Schutzmaßnahmen faktische Zugangsschranken errichten.¹¹ Bemerkenswert ist in beiden Fällen, dass die Privaten selbst über die Exklusivität der Nutzungsmöglichkeit entscheiden können. Die Mechanismen zur Privatisierung selbst liegen in privater Hand.

Deutlich wird, dass die Öffentlichkeit eines Gutes nichts ist, was diesem gleichsam stofflich anhaftet, sondern vielmehr durch soziale Institutionen bestimmt wird, die das Nutzungsverhalten der Einzelnen steuern. Die Geltung oder Nichtgeltung des Ausschlussprinzips unterliegt dem konkreten institutionellen Arrangement, dessen Einrichtung selbst eine soziale Gestaltungsaufgabe ist.¹² Öffentlichkeit und Privatheit sind das Ergebnis einer sozialen Konstruktion.

Dann aber kommt es entscheidend auf die Instrumente jener sozialen Konstruktion an. Ein hinreichender Formenreichtum der institutionellen Arrangements (governance mechanisms) ermöglicht differenzierte soziale Konstruktionen. Der Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Gütern braucht

¹¹ Diese technologischen Schutzmaßnahmen können von der Rechtsordnung freilich in einem zweiten Schritt wiederum normativ – vor Umgehung – geschützt sein. So etwa in den §§ 95a ff. UrhG.

¹² Zutreffend *Behrens*, Grundlagen, 91.

dann nicht mehr kategorial gedacht zu werden, sondern kann fließend gestaltet werden. Zur Disposition steht der »Öffentlichkeitsgrad« von Gütern.¹³

Die gesellschaftliche Präferenz liegt freilich ganz auf der Schaffung von privaten Informationsgütern. Als maßgeblich erscheinen dabei zwei Annahmen. Zum einen wird vorausgesetzt, dass der Markt das am besten geeignete Instrument zur Generierung von Informationen über die tatsächliche Nachfrage nach Immaterialgütern ist.¹⁴ Zum anderen wird implizit davon ausgegangen, dass die Korrektur des Problems der Nicht-Ausschließbarkeit nicht auf Kosten von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen erfolgt, die mit der Möglichkeit des nicht-rivalisierenden und damit geteilten Gebrauchs zusammenhängen. Dieser Aspekt ist im Folgenden näher zu betrachten.

2. Informationsökonomisches Dilemma

Den genannten Mechanismen zur Privatisierung ist gemeinsam, dass sie die Nutzungsmöglichkeiten aller anderen außer den Berechtigten in Bezug auf die Informationsgüter einschränken. Obwohl diese vom Prinzip her einer gleichzeitigen dezentralen Nutzung durch verschiedene Akteure zugänglich wären (Nicht-Rivalität), werden sie tatsächlich exklusiven Herrschaftssphären zugewiesen. Die Entscheidung über ihre konkrete Nutzung wird in den Willen allein des Rechtsinhabers gelegt, der Dritten die Nutzung nur gegen Entgelt gestatten wird, um seine Produktionskosten zu kompensieren.

Berücksichtigt man, dass die marginalen Kosten für Informationsgüter gegen Null laufen, so ergibt sich nach dem Kalkül der Allokationstheorie, dass ein nicht-rivalisierend nutzbares Gut dann am effizientesten genutzt wird, wenn es keine Beschränkung des Zugangs zur Nutzung gibt und der Preis der Nutzung Null ist. Aus Effizienzgründen erscheint es gerade sinnvoll, den Zugang zu existierenden Informationsgütern zu maximieren, damit diese von möglichst vielen verschiedenen Nutzern auf die unterschiedlichsten Arten genutzt werden können.

Anders verhält es sich aber mit der Effizienz bei der Produktion. Gerade die Entwicklung von Immaterialgütern kann sehr kostenintensiv sein, was insbesondere an den sehr hohen fixen Kosten liegt. Sollen bestehende Ressourcen

¹³ Der Begriff des »Öffentlichkeitsgrades« von Gütern findet sich bei *Bonus*, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik NF 98 (1977), 51 (57). Freilich wird das Phänomen dort rein negativ als »Defekt« betrachtet: der Öffentlichkeitsgrad gebe an, wie ausgeprägt das Kernproblem öffentlicher Güter (d.h. die Divergenz zwischen individuellem und gesamtwirtschaftlichem Interesse aufgrund verkehrter Anreizwirkungen und der Möglichkeit strategischen Verhaltens) bei dem betreffenden Gut auftritt. Die Empfehlung lautet entsprechend, durch geeignete Wirtschaftspolitik den Öffentlichkeitsgrad auf ein niedriges Niveau zurückzuführen (aaO., 52). Im Fortgang wird sich zeigen, dass für Immaterialgüter eine differenziertere Einschätzung von Nutzungsexternalitäten zu erfolgen hat.

¹⁴ Vgl. *Frischmann*, Minnesota Law Review 89 (2005), 917 (940). Darauf wird zurückzukommen sein.

möglichst effizient für die Produktion von neuen Immaterialgütern eingesetzt werden, müssen diese folglich einen positiven Preis besitzen, der jedenfalls die Kosten der benötigten Ressourcen deckt.

Damit stellt sich ein grundsätzliches *Dilemma der Informationsökonomie*: »Only the anticipation of a positive price on use will guarantee the allocation of resources for creation, but only a price that is nil will guarantee efficient use of knowledge, once it has been produced.«¹⁵

Die Privatisierung von Informationsgütern durch die Schaffung von Eigentumsrechten löst dieses Dilemma in asymmetrischer Weise auf. Die Möglichkeit der dezentralen Nutzung von Informationsgütern in der Gesellschaft wird eingeschränkt, damit die Produktion gefördert wird.¹⁶ Das erscheint unmittelbar plausibel, wenn man annimmt, dass ohne die Möglichkeit zur Kompensation der eingesetzten Kosten das betreffende Immaterialgut überhaupt nicht hervorgebracht worden wäre, so dass sich die Frage der Regulierung seiner Nutzung erst gar nicht stellen würde.¹⁷ Der Produzent hätte keinen Anreiz gehabt, Investitionen in die Entwicklung des Immaterialgutes, die vor allem in einem Vorschuss in die Entlohnung menschlicher Arbeitskraft bestehen, zu tätigen.

Indessen macht aber das informationsökonomische Dilemma darauf aufmerksam, dass eine optimierte gesellschaftliche Nutzung von Wissen und Information eben nur dann erzielt werden kann, wenn die Beschränkung des Zugangs nicht über das für die Produktionskostendeckung erforderliche Maß hinausgeht. Als Folge der Schaffung exklusiver Nutzungssphären ergibt sich aus ökonomischer Sicht für das Immaterialgüterrecht damit *gleichzeitig* die Aufgabe, für eine möglichst weitgehende Freiheit der Nutzung zu sorgen.

Der in dem informationsökonomischen Dilemma aufscheinende Zusammenhang zwischen Produktionsanreiz und Nutzungseffizienz führt so zu einem vertieften Verständnis der Implikationen einer Korrektur des Marktversagens bei Informationsgütern. Weil die Korrektur der Nicht-Ausschließbarkeit zu Lasten der Möglichkeit des nicht-rivalisierenden Gebrauchs geht, ist die Lösung der Probleme, die eine Verfassung von Immaterialgütern als öffentliche Güter für das Wirtschaftssystem aufwerfen würde, mit einer dauerhaften Hypothek belastet.¹⁸ Dem Problem einer Unterproduktion bei fehlender Zu-

¹⁵ Foray, *Economics of Knowledge*, 116.

¹⁶ Zur Rechtfertigung im Rahmen eines Stufen- bzw. Schichtenmodells wirtschaftlicher Aktivität sogleich näher im folgenden Abschnitt.

¹⁷ Für *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, § 28 Rn. 10 besteht deshalb »die wichtigste Legitimation von Immaterialgüterrechten« darin, dass ihr Gegenstand ohne Verrechtlichung mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht geschaffen oder wirtschaftlich nicht genutzt werden könnte.

¹⁸ Im umgekehrten Fall – also bei der Ausgestaltung von Informationsgütern als öffentliche Güter – steht zwar grundsätzlich einer weiten Verbreitung nichts im Wege; zur Daueraufgabe wird aber die Förderung der Produktion.

gangsbeschränkung steht das Problem der Unternutzung bei vorhandener Zugangsbeschränkung gegenüber.

Die sozialen Kosten der Schaffung von Zugangsbeschränkungen werden deutlicher, wenn man genauer betrachtet, welcher Art jene Abweichung des individuellen vom sozialen Interesse ist, die durch die Zuerkennung von exklusiven Verfügungsrechten unterbunden werden soll. Dritte wären bei fehlender Zugangsbeschränkung in der Lage, das geschützte Werk zu reproduzieren, um es ebenfalls zu konsumieren und zum Bestandteil der eigenen Auseinandersetzung mit der kulturellen Sphäre zu machen oder sogar als Frucht dieser Auseinandersetzung einen eigenen, auf dem Werk aufbauenden kulturellen Beitrag zu leisten. Ähnlich könnte das patentrechtlich geschützte technische Anwendungswissen in beliebigen anderen Verwendungszusammenhängen rekontextualisiert und für die Erreichung der jeweiligen individuellen Zwecke eingesetzt werden, wiederum bis hin zur Möglichkeit, den Verwender zu einem produktiven eigenen Entwicklungsbeitrag zu veranlassen. Die gleichzeitig mögliche Verwendung des Immaterialgutes würde bei Dritten also Prozesse des Lernens in einem weiten Sinne ermöglichen und damit einen positiven Nutzen verursachen.¹⁹ Aus Sicht des Produzenten ist dieser Nutzen, den die Verwendung seines Immaterialgutes bei Dritten erzeugt, die an den Herstellungskosten nicht beteiligt waren, als *positive Externalität* seiner (Produktions-)Tätigkeit anzusehen.²⁰ Der soziale Nutzen weicht – positiv – von dem privaten ab. Insofern besteht eine Analogie zwischen öffentlichen Gütern und externen Effekten (»spillovers«).²¹

Gäbe es keine exklusiven Verfügungsrechte an Immaterialgütern, so würden diese positiven Nutzungsexternalitäten nicht inhibiert. Das in den Werken und Erfindungen kondensierte Wissen könnte in den verschiedenen sozialen Systemen ohne Beschränkung der Anschlussfähigkeit und der medialen Verfügbarkeit kommuniziert werden. Eine größere Anzahl von Nutzern würde

¹⁹ Vgl. *Heinemann*, Immaterialgüterrecht, 22. Auf die positive Funktion des Lernens durch Nachahmung hatten sich bereits die Verfechter der Gewerbefreiheit in ihrem Widerstand gegen die Einführung des gewerblichen Rechtsschutzes berufen. Danach sei es gerade die Nachahmung, die der Industrie die entscheidenden Impulse verleihe. Vgl. die Nachweise bei *Fikentscher*, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 142.

²⁰ Von »Externalitäten« spricht man, wenn die wirtschaftliche Situation einer Person durch Konsum- und Produktionstätigkeit anderer Personen berührt wird. Die entsprechenden Effekte können positiv sein, sofern sie bei Dritten einen Nutzen bringen, oder negativ sein, sofern sie bei Dritten Kosten verursachen. Vgl. etwa *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 101. Die Ökonomie kennt freilich keine kanonische Definition von Externalitäten. Die Diskussion ist durchaus ungeschlossen, vgl. *Frischmann*, *Minnesota Law Review* 89 (2005), 917 (926), Fn. 31, m. w. N. *Frischmann* selbst verwendet folgende Bestimmung: »positive (negative) externalities are benefits (costs) realized by one person as a result of another person's activity without payment (compensation)«.

²¹ *Behrens*, Grundlagen, 90 (»Öffentliche Güter lassen sich dadurch kennzeichnen, dass sie Drittwirkungen erzeugen, die eine prinzipiell unbegrenzte Vielzahl von Wirtschaftssubjekten treffen«).

vorhandenes Wissen auf mehr Weisen nutzen können. Die Möglichkeiten zur Rekombination von bestehenden Wissensfragmenten würden vervielfacht. Eine infolge der Nicht-Rivalität mögliche Mitnutzung der Immaterialgüter schmälert also nicht etwa deren Gebrauchswert, sondern vergrößert ihn vielmehr.²² Durch zusätzliche Nutzer findet eine Art »Aufnutzung« des Werkes oder der Erfindung statt. Je mehr Nutzer zugelassen werden, desto größer sind die sich ergebenden sozialen Vorteile.²³ Dieser Zusammenhang unterscheidet Immaterialgüter von physischen Gütern, die von jedermann frei genutzt werden dürfen (»commons«²⁴). Dort kommt es zu einer klassischen »Tragödie der Gemeinschaftsgüter«²⁵, weil mit steigender Anzahl der Nutzer einer erschöpfbaren Ressource die Erträge abnehmen und die Ressource schließlich ganz verbraucht ist. Bei den immateriellen Gemeinschaftsgütern führt die Zulassung weiterer Nutzer dagegen zu einer kombinatorischen Explosion, in deren Zuge der Wissensbestand weiter angereichert wird.

Wenn angesichts dessen private Verfügungsrechte an Immaterialgütern geschaffen werden, so machen sie eine Internalisierung von *positiven* Externalitäten möglich. Damit handelt es sich um eine grundlegend andere Konstellation als bei dem typischen Fall des durch das Auftreten von externen Effekten hervorgerufenen Marktversagens, nämlich dem Auftreten *negativer* Externalitäten einer Aktivität (etwa durch Umweltverschmutzung), durch die unbeteiligte (außerhalb eines Transaktionsverhältnisses mit dem Akteur stehende) Dritte geschädigt werden. Trotz dieses Unterschieds wird die strukturell gleiche Reaktion gewählt: auch positive Externalitäten sollen durch die Zuerkennung von Verfügungsrechten internalisiert werden.²⁶ Die Anwendung des strukturell gleichen Korrekturmechanismus auf unterschiedliche Sachverhalte ist offensichtlich allein damit zu rechtfertigen, dass nur so die Funktion eines Mechanismus von außergewöhnlichem gesellschaftlichem Nutzen gewährleistet werden kann.

²² Gleichzeitig – und das ist nach diesem Ansatz das Entscheidende – verringert sich aber mit jeder Zulassung weiterer Nutzer der Marktwert des Informationsgutes, vgl. *Ullrich*, Kartellrechtliche Aspekte des Informationszugangs, 177 (200).

²³ Das betonen zu recht *Ramello*, in: Takeyama et al. (eds.), *Developments in the Economics of Copyright*, 120 (123) und *Foray*, *Economics of Knowledge*, 16.

²⁴ Näher zum Begriff der Gemeinschaftsgüter vgl. unten § 2 II 3 a.

²⁵ Grundlegend zur »Tragedy of the Commons« vgl. *Hardin*, *Science* 162 (1968), 1243 ff.

²⁶ Für *Gordon*, *Intellectual Property*, in: *Can/Tushnet* (eds.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, 617 (622), heißt das: »IP can be visualized as *tort law turned upside down*: ... IP law encourages persons to become more productive by allowing them to capture some of the benefits their useful behavior gives to others. Thus, just as ordinary accident law internalizes negative externalities to discourage carelessness, IP law internalizes positive externalities to encourage productivity«. (Hervorhebung hinzugefügt)