

**Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung**

Herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Rehbinder
und Prof. Dr. Andreas Voßkuhle

Band 95

Verhaltensökonomik im Recht des Arbeitnehmerurhebers in Deutschland und der Schweiz

Von

Antina John



Duncker & Humblot · Berlin

ANTINA JOHN

Verhaltensökonomik im Recht des Arbeitnehmerurhebers
in Deutschland und der Schweiz

Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung

Begründet von Prof. Dr. Dr. h. c. Ernst E. Hirsch
Herausgegeben von Prof. Dr. Manfred Rehbinder und Prof. Dr. Andreas Voßkuhle

Band 95

Verhaltensökonomik im Recht des Arbeitnehmerurhebers in Deutschland und der Schweiz

Von

Antina John



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich
hat diese Arbeit im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7514

ISBN 978-3-428-14358-0 (Print)

ISBN 978-3-428-54358-8 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84358-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

| | |
|--|----|
| Einleitung | 19 |
| A. Einführung | 19 |
| I. Recht und Verhalten | 19 |
| II. Recht und Verhaltensmodelle | 21 |
| 1. Verhaltensmodell des homo oeconomicus | 21 |
| 2. Verhaltensökonomik | 21 |
| 3. Recht und Verhaltensökonomik | 22 |
| B. Gegenstand der Arbeit | 23 |
| I. Ökonomische Bedeutung des Arbeitnehmerurheberrechts | 24 |
| 1. Deutschland | 24 |
| 2. Schweiz | 24 |
| 3. Europa | 25 |
| II. Anteil abhängig beschäftigter Arbeitnehmerurheber | 26 |
| III. Rechtslage | 26 |
| 1. Deutschland | 26 |
| 2. Schweiz | 28 |
| IV. Verhaltensökonomik im Arbeitnehmerurheberrecht | 29 |
| C. Gang der Arbeit | 29 |

2. Kapitel

| | |
|--|----|
| Ökonomik als Methode zur Untersuchung menschlichen Verhaltens | 31 |
| A. Ökonomik und Ökonomie | 34 |
| I. Die Wurzeln der Ökonomik im Utilitarismus | 35 |
| II. Positive und normative Ökonomik | 36 |
| B. Der homo oeconomicus als Verhaltensmodell der Ökonomik | 37 |
| I. Methodologischer Individualismus | 38 |
| II. Annahme stabiler Präferenzen und variabler Restriktionen | 39 |
| III. Die REM-Hypothese | 41 |
| 1. Rationales Handeln | 41 |
| 2. Eigennütziges Handeln | 43 |

| | |
|--|----|
| IV. Methodologische Bedeutung des homo oeconomicus | 44 |
| 1. Erklärung von Gesamtzusammenhängen | 44 |
| 2. Leistungsfähige Prognosen | 45 |
| C. Ökonomik in der Rechtswissenschaft | 46 |
| I. Historische Entwicklung der ökonomischen Analyse des Rechts | 47 |
| 1. Im angloamerikanischen Rechtsraum | 47 |
| 2. Im deutschsprachigen Rechtsraum | 47 |
| II. Programm der ökonomischen Analyse des Rechts | 48 |
| 1. Folgenprognose als positiver Ansatz | 49 |
| 2. Folgenbewertung als normativer Ansatz | 50 |
| a) Kriterium der Effizienz | 50 |
| b) Folgenbewertung im Bereich der Rechtsetzung | 51 |
| c) Folgenbewertung im Bereich der Rechtsanwendung | 52 |
| III. Die ökonomische Analyse des Rechts in der Kritik | 52 |
| IV. Perspektiven | 54 |

3. Kapitel

| | |
|---|-----------|
| Verhaltensökonomik in der Rechtswissenschaft | 56 |
| A. Historische Einbindung | 57 |
| B. Methoden der Verhaltensökonomik | 61 |
| C. Abweichung von der Annahme vollständiger Rationalität | 63 |
| I. Informationsaufnahme und Informationsverarbeitung | 64 |
| 1. Heuristiken und kognitive Verzerrungen | 65 |
| 2. Selbsttäuschung durch positive Illusionen | 67 |
| II. Entscheidungsverhalten | 68 |
| III. Begrenzte Willensstärke | 70 |
| D. Abweichung von der Eigennutzannahme | 71 |
| I. Fairness | 72 |
| II. Reziprozität | 76 |
| 1. Im spieltheoretischen Kontext | 76 |
| 2. Im soziologischen Kontext | 79 |
| 3. Formen der Reziprozität | 80 |
| E. Bedeutung der Abweichungen für das Verhaltensmodell des homo oeconomicus | 82 |
| I. Festhalten am Verhaltensmodell des homo oeconomicus | 82 |
| 1. Leistungsfähigkeit des ökonomischen Modells | 82 |
| 2. Fehlendes einheitliches Modell der Verhaltensökonomik | 83 |
| 3. Vereinbarkeit von Verhaltensabweichungen und Rationalitätsannahme .. | 83 |

| | |
|---|-----|
| 4. Evolutionsbiologischer Erklärungsansatz | 84 |
| 5. Eingeschränkte Aussagekraft der Verhaltensanomalien | 84 |
| II. Entwicklung eines veränderten Verhaltensmodells | 85 |
| 1. Zur Leistungsfähigkeit des ökonomischen Verhaltensmodells | 85 |
| 2. Zum fehlenden einheitlichen Verhaltensmodell | 86 |
| 3. Zur Vereinbarkeit von Verhaltensabweichungen und Rationalitäts- annahme | 86 |
| 4. Zum evolutionsbiologischen Erklärungsansatz | 87 |
| 5. Zur eingeschränkten Aussagekraft der Verhaltensanomalien | 87 |
| III. Stellungnahme | 88 |
| F. Paternalismusdebatte | 89 |
| I. Starker Paternalismus | 91 |
| II. Liberaler Paternalismus | 92 |
| III. Asymmetrischer Paternalismus | 94 |
| IV. Stellungnahme | 95 |
| G. Rezeption verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse im Recht | 96 |
| H. Beispiele für die Anwendung der Verhaltensökonomik im Recht | 100 |
| I. Im Wirtschaftsrecht | 100 |
| II. Im Urhebervertragsrecht | 103 |
| 1. Zweckübertragungstheorie und Informationsmodell | 104 |
| 2. Bestsellerparagraph und Handel mit Nutzungsrechten | 105 |

4. Kapitel

Arbeitnehmerurheberrecht

| | |
|---|-----|
| A. Interessenlage im deutschen Arbeitnehmerurheberrecht | 107 |
| I. Zuordnungsprinzip im Sachenrecht | 107 |
| II. Zuordnungsprinzip im Urheberrecht | 109 |
| 1. Schöpferprinzip | 109 |
| 2. Droit d’auteur-System | 110 |
| 3. Copyright-System | 110 |
| B. § 43 D-UrhG als Generalklausel des deutschen Arbeitnehmerurheberrechts ... | 111 |
| I. Einführung | 111 |
| II. Tatbestandsvoraussetzungen gemäß § 43 D-UrhG | 112 |
| 1. Werk gemäß § 2 D-UrhG | 113 |
| 2. Urheber gemäß § 7 D-UrhG | 113 |
| 3. Arbeits- oder Dienstverhältnis | 113 |
| a) Abgrenzung von Arbeitsverhältnis und Dienstverhältnis | 113 |

| | |
|---|-----|
| b) Arbeitsverhältnis | 114 |
| aa) Entstehung des Arbeitsverhältnisses | 114 |
| bb) Verhältnis der Begrifflichkeiten Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis | 115 |
| cc) Urheber als Arbeitnehmer | 115 |
| (1) Merkmal der persönlichen Abhängigkeit | 115 |
| (2) Indizien zur Ermittlung der persönlichen Abhängigkeit | 116 |
| 4. In Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis | 117 |
| a) Pflichtwerke | 117 |
| aa) Inhalt des Arbeitsvertrags | 118 |
| (1) Konkrete Festlegung der Pflichten im Arbeitsvertrag | 118 |
| (2) Allgemeine Tätigkeitsbeschreibung | 118 |
| bb) Kriterien zur Auslegung des Arbeitsvertrages | 119 |
| (1) Arbeitszeit und Arbeitsort | 119 |
| (2) Wille des Arbeitnehmers beim Werkschaffen | 120 |
| b) Freie Werke | 120 |
| III. Rechtsfolgen gemäß § 43 D-UrhG | 121 |
| 1. Anwendbarkeit der §§ 31 ff. D-UrhG | 121 |
| 2. Inhalt und Wesen des Arbeitsverhältnisses | 121 |
| a) Inhalt des Arbeitsverhältnisses | 121 |
| b) Wesen des Arbeitsverhältnisses | 122 |
| 3. Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Einräumung von Nutzungsrechten | 122 |
| a) Monistische Konzeption des Urheberrechts | 122 |
| b) Pflichtwerk | 123 |
| aa) Arbeitsvertrag | 124 |
| (1) Differenzierung zwischen Verpflichtung und deren Vollzug | 124 |
| (2) Ausdrückliche Nutzungsrechtseinräumung | 125 |
| (a) Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien | 125 |
| (b) Zeitpunkt der Nutzungsrechtseinräumung | 125 |
| (c) Vorausverfügung und Schriftformerfordernis | 126 |
| (d) Inhalt und Umfang der Nutzungsrechtseinräumung | 127 |
| (3) Nutzungsrechtseinräumung bei fehlender ausdrücklicher Regelung | 128 |
| (a) Annahme stillschweigender Nutzungsrechtseinräumung | 128 |
| (b) Zeitpunkt der Nutzungsrechtseinräumung | 129 |
| (c) Vorausverfügung und Schriftformerfordernis | 129 |
| (d) Inhalt und Umfang der Nutzungsrechtseinräumung | 130 |
| (4) Zweckübertragungstheorie | 130 |
| (a) Sinn und Zweck von § 31 Abs. 5 D-UrhG | 130 |

| | | |
|------|---|-----|
| (b) | Reichweite von § 31 Abs. 5 D-UrhG | 131 |
| (c) | Betriebszweck | 131 |
| (aa) | Betriebszweck und Unternehmenszweck | 132 |
| (bb) | Ausdrückliche Regelung des Betriebszwecks | 133 |
| (cc) | Keine ausdrückliche Regelung des Betriebszwecks | 133 |
| (d) | Nachträgliche Änderung des Betriebszwecks | 133 |
| (e) | Ausschließliches oder einfaches Nutzungsrecht | 135 |
| (f) | Zeitliche und räumliche Beschränkungen | 135 |
| bb) | Tarifvertrag | 136 |
| (1) | Verpflichtung zur Nutzungsrechtseinräumung im Tarif- vertrag | 136 |
| (2) | Zeitpunkt der Nutzungsrechtseinräumung | 137 |
| (a) | Nutzungsrechtseinräumung mit Abschluss des Arbeits- vertrags | 137 |
| (b) | Nutzungsrechtseinräumung durch Tarifvertrag | 138 |
| (3) | Inhalt und Umfang der Nutzungsrechtseinräumung | 138 |
| c) | Freie Werke | 138 |
| aa) | Treuepflicht des Arbeitnehmers | 139 |
| bb) | Verstoß gegen arbeitsrechtliches Wettbewerbsverbot | 140 |
| cc) | Analogie zu § 19 ArbNErfG | 140 |
| dd) | Stellungnahme | 141 |
| 4. | Verpflichtung des Arbeitgebers zur Vergütung | 141 |
| a) | Pflichtwerke | 141 |
| aa) | Vergütungsanspruch gemäß §§ 611 Abs. 1, 612 BGB | 141 |
| bb) | Vergütungsanspruch für die Nutzungsrechtseinräumung | 142 |
| (1) | Abgeltungstheorie | 142 |
| (2) | Trennungstheorie | 142 |
| (3) | Stellungnahme | 143 |
| cc) | Vergütungsanspruch analog Arbeitnehmererfindungen-Gesetz . | 143 |
| dd) | Vergütungsanspruch gemäß § 32 D-UrhG | 145 |
| ee) | Vergütungsanspruch gemäß § 32a D-UrhG | 146 |
| ff) | Anspruch auf Sondervergütung | 146 |
| (1) | Verwertung des Werkes über den Betriebszwecks hinaus .. | 146 |
| (2) | Urheberrechtliche Sonderleistungen | 147 |
| b) | Freie Werke | 147 |
| C. | Rolle der Verwertungsgesellschaften im deutschen Recht | 147 |
| I. | Bedeutung der Verwertungsgesellschaften | 148 |
| II. | Voraussetzungen des Arbeitnehmers an eine Verwertungsgesellschaft .. | 149 |
| D. | Rechtslage im schweizerischen Arbeitnehmerurheberrecht | 150 |
| I. | Interessenlage im Recht des Arbeitnehmerurhebers | 150 |

| | |
|---|-----|
| II. Werkbegriff | 151 |
| III. Dualismus | 151 |
| IV. Zuordnungsprinzip im Arbeitsrecht gemäß Art. 726 Abs. 1 ZGB | 151 |
| V. Schöpferprinzip als Zuordnungsprinzip im Urheberrecht | 152 |
| VI. Rechtserwerb des Arbeitgebers | 153 |
| 1. Möglichkeiten des Nutzungsrechtserwerbs | 154 |
| a) Übertragung des Urheberrechts | 155 |
| b) Lizenzierung | 155 |
| 2. Pflichtwerke und freie Werke | 155 |
| a) Pflichtwerke | 156 |
| aa) Konkrete Festlegung der Pflichten im Arbeitsvertrag | 156 |
| bb) Auslegung des Arbeitsvertrages | 156 |
| (1) Arbeitszeit und Arbeitsort | 156 |
| (2) Wille des Arbeitnehmers beim Werkschaffen | 157 |
| b) Freie Werke | 157 |
| 3. Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Nutzungsrechtseinräumung | 157 |
| a) Differenzierung zwischen Verpflichtung und Vollzug | 157 |
| b) Zeitpunkt der Nutzungsrechtseinräumung | 158 |
| c) Schriftformerfordernis | 158 |
| d) Vorausverfügung | 158 |
| e) Inhalt und Umfang der Nutzungsrechtseinräumung | 158 |
| f) Gesamtarbeitsvertrag | 160 |
| g) Freie Werke | 160 |
| 4. Verpflichtung des Arbeitgebers zur Vergütung | 160 |
| a) Pflichtwerke | 161 |
| aa) Kein gesonderter Vergütungsanspruch | 161 |
| bb) Vergütungsanspruch bei außerordentlichem Gewinn | 161 |
| cc) Anspruch auf Sondervergütung | 161 |
| b) Freie Werke | 161 |
| E. Rolle der Verwertungsgesellschaften | 162 |
| I. Bedeutung der Verwertungsgesellschaften | 162 |
| II. Voraussetzungen des Arbeitnehmers an eine Verwertungsgesellschaft ... | 163 |

5. Kapitel

| | |
|--|-----|
| Verhaltensökonomische Analyse im Recht des Arbeitnehmerurhebers | 164 |
| A. Ansatzpunkte der Verhaltensökonomik im Recht des Arbeitnehmerurhebers ... | 164 |
| B. Verhaltensökonomische Begründung einer bestehenden gesetzlichen Regelung | 165 |

| | | |
|------|--|-----|
| I. | Deutschland | 165 |
| 1. | Situation vor dem Erlass von § 43 D-UrhG | 165 |
| 2. | Entwürfe auf dem Weg zum Erlass von § 43 D-UrhG | 166 |
| a) | Referentenentwurf von 1954 | 166 |
| b) | Ministerialentwurf von 1959 | 167 |
| c) | Regierungsentwurf von 1961 | 169 |
| d) | Reformbestrebungen im Recht des Arbeitnehmerurhebers | 170 |
| 3. | Stellungnahme | 172 |
| II. | Schweiz | 173 |
| 1. | Art. 15 E-URG | 173 |
| 2. | Stellungnahme | 174 |
| C. | Steuerungswirkung von Rechtsnormen bei Rechtsübergang an Pflichtwerken | 174 |
| I. | Unvollständige Rechtseinräumung aufgrund der Zweckübertragungstheorie | 175 |
| II. | Bedeutung der anfänglichen Rechtszuordnung nach dem Coase-Theorem | 176 |
| III. | Bedeutung von Besitzeffekten | 177 |
| 1. | Besitzeffekte | 177 |
| 2. | Verlustaversion als Erklärungsansatz für das Bestehen von Besitzeffekten | 181 |
| 3. | Verhaltensbiologie als Erklärungsansatz | 184 |
| 4. | Stellungnahme | 187 |
| IV. | Besitzeffekte im Arbeitnehmerurheberrecht | 187 |
| 1. | Vorfragen | 188 |
| a) | Besitzeffekte an Rechten | 188 |
| b) | Besitzeffekte an zum Austausch bestimmten Werken | 189 |
| c) | Ausschluss von Besitzeffekten durch Machtgefälle | 190 |
| 2. | Auswirkung der unvollständigen Rechtseinräumung an Pflichtwerken | 191 |
| a) | Hypothese zu Auswirkungen von Besitzeffekten bei Pflichtwerken | 191 |
| b) | Begründung der Hypothese | 191 |
| aa) | Intendierte Steuerungswirkung des deutschen Gesetzgebers | 191 |
| bb) | Intendierte Steuerungswirkung des schweizerischen Gesetzgebers | 192 |
| cc) | Abweichung aufgrund zugrundegelegten Verhaltensmodells | 193 |
| 3. | Stellungnahme | 193 |
| D. | Das Produzentenerheberrecht als Alternativmodell de lege ferenda | 194 |
| I. | Produzentenerheberrecht im internationalen Vergleich | 194 |
| II. | Produzentenerheberrecht in Deutschland de lege ferenda | 196 |
| III. | Produzentenerheberrecht in der Schweiz de lege ferenda | 197 |
| 1. | Urheberrechtsrevision im Jahr 1992 | 197 |
| a) | Botschaft vom 29. August 1984 | 197 |

| | |
|---|-----|
| b) Botschaft vom 19. Juni 1989 | 198 |
| 2. Urheberrechtsteilrevision im Jahr 2007 | 199 |
| 3. Stimmen in der Literatur | 200 |
| IV. Zuweisung des Rechts am Arbeitsergebnis als Wertungsfrage | 202 |
| 1. Wertungsfrage und Wertungsgesichtspunkte | 202 |
| 2. Verhaltensökonomik und Produzentenerheberrecht | 202 |
| 3. Rechtserwerb des Arbeitgebers unter dem Gesichtspunkt der Effizienz | 203 |
| a) Derivativer und originärer Rechtserwerb des Arbeitgebers | 204 |
| b) Stellungnahme | 204 |
| 4. Bedeutung des Schöpferprinzips vor dem Hintergrund sozialer Realität | 205 |
| a) Urheberrecht als Urheberschutzrecht | 205 |
| b) Anknüpfungspunkt vor dem Hintergrund gewandelter sozialer Realität | 205 |
| c) Urheberrecht als Investitionsschutzrecht | 206 |
| aa) § 69b D-UrhG | 206 |
| bb) Art. 17 CH-URG | 207 |
| d) Stellungnahme | 208 |
| 5. Zuordnung des Arbeitsergebnisses in anderen Rechtsgebieten | 208 |
| a) Im deutschen Recht | 209 |
| aa) Sachenrecht | 209 |
| bb) Erfinderrecht | 209 |
| cc) Gebrauchsmusterrecht | 210 |
| dd) Geschmacksmusterrecht | 210 |
| ee) Stellungnahme | 210 |
| b) Im schweizerischen Recht | 210 |
| aa) Sachenrecht | 210 |
| bb) Erfinderrecht | 211 |
| cc) Designrecht | 212 |
| dd) Stellungnahme | 212 |
| 6. Alternative Regelungsansätze zu einem Produzentenerheberrecht | 212 |
| a) Im deutschen Recht | 213 |
| aa) Produzentenerheberrecht im Wege der gesetzlichen Fiktion | 213 |
| bb) Übergang der Nutzungsrechte im Wege der Legalzession | 213 |
| (1) Historischer Hintergrund | 214 |
| (2) Denktheoretische Voraussetzungen | 215 |
| (3) Stellungnahme | 215 |
| cc) Gesetzliche Lizenzierung | 216 |
| dd) Stellungnahme | 216 |
| b) Im schweizerischen Recht | 216 |
| aa) Produzentenerheberrecht im Wege der gesetzlichen Fiktion | 216 |

| | |
|--|-----|
| Inhaltsverzeichnis | 13 |
| bb) Gesetzliche Übertragung der Nutzungsrechte | 217 |
| cc) Stellungnahme | 217 |
| V. Abschließende Betrachtung zum Produzentenerheberrecht | 217 |
| E. Fazit | 218 |

6. Kapitel

| | |
|--------------------------------------|-----|
| Schlussbetrachtung und Thesen | 219 |
| Literaturverzeichnis | 222 |
| Sachwortverzeichnis | 248 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------------------|---|
| a. A. | andere Ansicht |
| Abs. | Absatz |
| Acta Psych. | Acta Psychologica |
| a. F. | alte Fassung |
| AktG | Aktiengesetz |
| Am. Econ. Rev. | American Economic Review |
| Am. Psych. | American Psychologist |
| Ani. Behav. | Animal Behaviour |
| ArbNERfG | Arbeitnehmererfindungen-Gesetz |
| ArbR | Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BBl | Bundesblatt |
| Behav. Ecol. Sociobio. | Behavioral Ecology and Sociobiology |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| Bio. Cell Bio. | Biochemistry and Cell Biology |
| Bio. Forum | Bioethica Forum |
| BMJ | British Medical Journal |
| BYU L. Rev | Brigham Young University Law Review |
| ca. | circa |
| Cal. L. Rev. | California Law Review |
| Can. J. Phil. | Canadian Journal of Philosophy |
| Can. Meta. Rev. | Cancer and Metastasis Reviews |
| CDPA | Copyright, Designs and Patents Act 1988 |
| CH-URG | Schweizerisches Urheberrechtsgesetz |
| Cog. Psych. | Cognitive Psychology |
| Col. L. Rev. | Columbia Law Review |
| Com. Mar. L. Rev. | Common Market Law Review |
| Cor. L. Rev. | Cornell Law Review |
| CR | Computer und Recht |
| Cur. Bio. | Current Biology |
| Cur. Opi. Neuro. | Current Opinion in Neurobiology |
| DB | Deutscher Bundestag |
| DesG | Designgesetz |
| D-UrhG | Deutsches Urheberrechtsgesetz |

| | |
|-----------------------|--|
| Econ. Inq. | Economic Inquiry |
| Econ. J. | Economic Journal |
| Econ. Let. | Economic Letters |
| Einl. | Einleitung |
| et al. | et alii |
| etc. | et cetera |
| EU | Europäische Union |
| Eur. Econ. Rev. | European Economic Review |
| Eur. Rev. Soc. Psych. | European Review of Social Psychology |
| E-URG | Entwurf Urheberrechtsgesetz |
| Evo. Hum. Behav. | Evolution and Human Behavior |
| f. | folgende |
| FS | Festschrift |
| FuR | Film und Recht |
| Gam. Econ. Behav. | Games and Economic Behavior |
| GebraMG | Gebrauchsmustergesetz |
| GEMA | Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte |
| GeschmMG | Geschmacksmustergesetz |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRUR Int. | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil |
| GRUR-RR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtsprechungs-Report |
| G. St. Uni. L. Rev. | Georgia State University Law Review |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| h.L. | herrschende Lehre |
| h.M. | herrschende Meinung |
| H. Pol. Econ. | History of Political Economy |
| Hrsg. | Herausgeber |
| i. S. d. | im Sinne des |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| Int. Prop. Mag. | Intellectual Property Magazine |
| J. Beh. Med | Journal of Behavioral Medicine |
| J. Behav. Dec. Making | Journal of Behavioral Decision Making |
| J. Bus. | Journal of Business |
| J. Con. Psych. | Journal of Consumer Psychology |
| J. Con. Res. | Journal of Consumer Research |
| J. Econ. Behav. Org. | Journal of Economic Behavior and Organization |
| J. Econ. Lit. | Journal of Economic Literature |
| J. Econ. Persp. | Journal of Economic Perspectives |
| J. Econ. Psych. | Journal of Economic Psychology |

| | |
|---------------------------|---|
| J. Env. Eco. Man. | Journal of Environmental Economics and Management |
| J. Exp. Anal. Behav. | Journal of the Experimental Analysis of Behavior |
| J. Exp. Psych. | Journal of Experimental Psychology: General |
| J. Exp. Psych. H. Per. P. | Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance |
| J. Exp. Soc. Psych. | Journal of Experimental Social Psychology |
| J. Law and Econ. | Journal of Law and Economics |
| J. Leg. Stud. | Journal of Legal Studies |
| J. Markt. Res. | Journal of Marketing Research |
| J. Neurophy. | Journal of Neurophysiology |
| J. Per. Soc. Psych. | Journal of Personality and Social Psychology |
| J. Pol. Econ. | Journal of Political Economy |
| J. Risk Unc. | Journal of Risk and Uncertainty |
| JR | Juristische Rundschau |
| J. Soc. Econ. | Journal of Socio-Economics |
| Jud. Dec. Making | Judgment and Decision Making |
| JZ | Juristen Zeitung |
| L. & Soc. Inq. | Law & Social Inquiry |
| LG | Landgericht |
| Min. L. Rev. | Minnesota Law Review |
| MMR | Multimedia und Recht – Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| No. | Number |
| Nw. Uni. L. Rev. | Northwestern University Law Review |
| NYU L. Rev. | New York University Law Review |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| OG | Obergericht |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OR | Obligationenrecht |
| Org. Behav. H. Dec. Pro. | Organizational Behavior and Human Decision Processes |
| OTPG | Organtransplantationsgesetz |
| PatG | Patentgesetz |
| Per. Soc. Psych. Rev. | Personality and Social Psychology Review |
| Phil. Pub. Aff. | Philosophy & Public Affairs |
| Phil. Trans. R. S. B. | Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences |
| Psych. Bull. | Psychological Bulletin |
| Psych. Health | Psychology and Health |
| Psych. Rev. | Psychological Review |
| Psych. Scien. | Psychological Science |

| | |
|-------------------|--|
| Quart. J. Econ. | Quarterly Journal of Economics |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RdA | Recht der Arbeit |
| RefE | Referentenentwurf von 1954 |
| RegE | Regierungsentwurf von 1961 |
| Rev. Econ. Dyn. | Review of Economic Dynamics |
| Rev. Econ. Stud. | Review of Economic Studies |
| Rev. Gen. Psych. | Review of General Psychology |
| Rn. | Randnummer |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| S. | Seite |
| Scand. J. Econ. | Scandinavian Journal of Economics |
| Schweiz. Ärztez. | Schweizerische Ärztezeitung |
| Science N.S. | Science New Series |
| Sec. | Section |
| S. Eco. Jour. | Southern Economic Journal |
| sic! | sic! – Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht |
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung |
| sog. | sogenannt |
| Stan. L. Rev. | Stanford Law Review |
| SZVS | Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik |
| T. Cog. Scien. | Trends in Cognitive Sciences |
| TPG | Transplantationsgesetz |
| TVG | Tarifvertragsgesetz |
| u. a. | unter anderem |
| Uni. Chi. L. Rev. | University of Chicago Law Review |
| Uni. Pen. L. Rev. | University of Pennsylvania Law Review |
| U.S.C. | United States Code |
| Van. L. Rev. | Vanderbilt Law Review |
| VG | Verwertungsgesellschaft |
| Vir. L. Rev. | Virginia Law Review |
| Vol. | Volume |
| Vorb. | Vorbemerkung |
| WahrnG | Urheberrechtswahrnehmungsgesetz |
| WiB | Wirtschaftsrechtliche Beratung |
| W. M. L. Rev. | William and Mary Law Review |
| Y. L. Jour. | Yale Law Journal |
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZfS | Zeitschrift für Soziologie |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch |

| | |
|--------|---|
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZgS | Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht |
| zit. | zitiert |
| ZUM | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht |
| ZUM-RD | Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungs- dienst |

1. Kapitel

Einleitung

A. Einführung

I. Recht und Verhalten

Recht steuert Verhalten.¹ Sehr eindrucksvoll zeigt sich dies am Beispiel der rechtlichen Regelung der Organspende.² So hängt die Bereitschaft zur Organspende entscheidend davon ab, welche Regelungsvariante der Gesetzgeber wählt. Im europäischen Rechtsraum finden sich diesbezüglich sowohl die sog. Opt-in Variante als auch die sog. Opt-out Variante. Im Rahmen der Opt-in Variante muss der potentielle Spender aktiv in die Organspende einwilligen.³ Diese Variante hat der Gesetzgeber beispielsweise in Deutschland (§ 3 TPG)⁴, in der Schweiz (Art. 8 TPG)⁵, im Vereinigten Königreich⁶, in Dänemark oder auch in

¹ Eidenmüller, S. 490; Eidenmüller, JZ 1999, S. 53 (54); Fleischer, ZGR 2007, S. 500 (502); Engel/Englerth/Lüdemann/Döhmman, Vorwort, S. V; Bechtold, S. 3; Jones, Nw. Uni. L. Rev. Vol. 95 (2001), S. 1141 (1204); Jones/Goldsmith, Col. L. Rev. Vol. 105 (2005), S. 405 (412); Köck, in: Menschenbilder und Verhaltensmodelle, S. 207 (208); Grzeszick, in: Was weiß Dogmatik?, S. 97 (106): „[...] die zentrale Funktion von Recht liegt letztlich in der steuernden Regelung von Verhalten.“ Schuppert, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 65 ff.; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 72.

² Ausführlich hierzu Johnson/Goldstein, Science Vol. 302 (2003), S. 1338 ff. Kritisch hierzu Rithalia/McDaid/Suekarran/Myers/Sowden, BMJ Vol. 338 (2009), S. 284 ff.

³ Insofern wird auch von der Zustimmungslösung gesprochen. Sofern nach dem Tod des potentiellen Spenders auch noch dessen Angehörige darüber entscheiden können, ob eine Spende erfolgen soll oder nicht, wird von der erweiterten Zustimmungslösung gesprochen. Siehe hierzu Spickhoff/Walter, Medizinrecht, Vorb. § 3 Rn. 1.

⁴ § 3 Abs. 1 S. 1 TPG: „Die Entnahme von Organen oder Geweben ist, soweit in § 4 oder § 4a nichts Abweichendes bestimmt ist, nur zulässig, wenn 1. der Organ- oder Gewebespenders in die Entnahme eingewilligt hatte, 2. der Tod des Organ- oder Gewebespenders nach Regeln, die dem Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft entsprechen, festgestellt ist und 3. der Eingriff durch einen Arzt vorgenommen wird. Abweichend von Satz 1 Nr. 3 darf die Entnahme von Geweben auch durch andere dafür qualifizierte Personen unter der Verantwortung und nach fachlicher Weisung eines Arztes vorgenommen werden.“

⁵ In der Schweiz gilt gemäß Art. 8 des Transplantationsgesetzes die erweiterte Zustimmungslösung. Diese lautet: „Organe, Gewebe oder Zellen dürfen einer verstorbenen Person entnommen werden, wenn: a) sie vor ihrem Tod einer Entnahme zugestimmt hat; b) der Tod festgestellt worden ist. Liegt keine dokumentierte Zustimmung oder Ablehnung der verstorbenen Person vor, so sind ihre nächsten Angehörigen anzufragen, ob

den Niederlanden gewählt.⁷ Im Rahmen der Opt-out Variante ist der potentielle Spender zunächst Organspender, kann diesem Status aber jederzeit widersprechen.⁸ Diese Variante findet sich beispielsweise in Österreich (§ 5 OTPG)⁹, Frankreich, Belgien, Italien, Spanien, Polen, Portugal und Schweden.¹⁰ In beiden Regelungsvarianten kann der potentielle Spender frei wählen, ob er spenden möchte oder nicht. Dennoch hat die Wahl der Regelungsvariante einen dramatischen Unterschied in den Spenderquoten zur Folge. Dies haben *Eric J. Johnson* und *Daniel Goldstein* in verschiedenen Studien untersucht.¹¹ Danach stimmten in Ländern, die sich für die Opt-in Variante entschieden haben, effektiv maximal 27,5% einer Organspende zu.¹² In Deutschland liegt der Wert sogar nur bei 12%.¹³ In Ländern, die die Opt-out Lösung gewählt haben, liegt die Zustimmungsrate zur Organspende hingegen effektiv bei mindestens 85,9% (Schweden) und zum großen Teil sogar bei über 90%.¹⁴

ihnen eine Erklärung zur Spende bekannt ist.“ Das Transplantationsgesetz ist im Jahr 2007 in Kraft getreten und hat erstmals das Transplantationsrecht auf nationaler Ebene geregelt. Zu den Auswirkungen des Schweizerischen Transplantationsgesetzes auf die Spenderquoten und Diskussionen rund um die Einführung einer Widerspruchsregelung siehe, Salathé, *Bio. Forum* Vol. 3 (2010), 72 ff. und ebenfalls Weiss/Haberthür, *Schweiz. Ärztezt.* 2010, S. 1460 ff.

⁶ Im Vereinigten Königreich existieren aktuell zwei Gesetze zur Regelung der Organspende: The Human Tissue Act 2006 (Scotland) und The Human Tissue Act 2004 (England, Wales and Northern Ireland).

⁷ Ausführlich hierzu Johnson/Goldstein, *Science* Vol. 302 (2003), S. 1338 (1338).

⁸ Insofern wird auch von der Widerspruchslösung gesprochen. Siehe hierzu Gutmann, in: TPG-Kommentar, § 12 Rn. 18.

⁹ Um einen Widerspruch potentieller Spender gegen ihren Status zu dokumentieren, hat Österreich ein entsprechendes Widerspruchsregister. Siehe hierzu ausführlich § 6 Organtransplantationsgesetz.

¹⁰ Johnson/Goldstein, *Science* Vol. 302 (2003), S. 1338 (1338).

¹¹ Johnson/Goldstein, *Science* Vol. 302 (2003), S. 1338 ff.

¹² So Johnson/Goldstein, *Science* Vol. 302 (2003), S. 1338 (1338). Hierzu auch Bechtold, S. 225 ff.; Sunstein/Thaler, S. 175 ff.

¹³ In Deutschland warten derzeit ca. 12.000 Menschen auf ein Spenderorgan. Viele von ihnen sterben, weil ihnen aus Mangel an Spenderorganen nicht rechtzeitig ein passendes Organ übertragen werden kann. So Bundestagsdrucksache 17/9030, S. 3. Um diesen Missstand zu beheben, hat sich der Gesetzgeber für eine Änderung des Transplantationsgesetzes entschieden und zum 01.11.2012 die sog. Entscheidungslösung eingeführt. So lautet nun § 1 Abs. 1 TPG: „Ziel des Gesetzes ist es, die Bereitschaft zur Organspende in Deutschland zu fördern. Hierzu soll jede Bürgerin und jeder Bürger regelmäßig im Leben in die Lage versetzt werden, sich mit der Frage seiner eigenen Spendebereitschaft ernsthaft zu befassen und aufgefordert werden, die jeweilige Erklärung auch zu dokumentieren. Um eine informierte und unabhängige Entscheidung jedes Einzelnen zu ermöglichen, sieht dieses Gesetz eine breite Aufklärung der Bevölkerung zu den Möglichkeiten der Organ- und Gewebespende vor.“ Ob diese Gesetzesänderung letztlich tatsächlich zu einer Erhöhung der Organspenderquote führen wird, bleibt abzuwarten.

¹⁴ Johnson/Goldstein, *Science* Vol. 302 (2003), S. 1338 (1338).

II. Recht und Verhaltensmodelle

Wie das Beispiel der Organspende zeigt, können rechtliche Regelungen, selbst wenn sie nicht bindend sind, Verhalten steuern. Um diese verhaltenssteuernde Wirkung gezielt untersuchen zu können, bedarf es einer Idee davon, wie Menschen auf rechtliche Regelungen reagieren. Erforderlich ist also ein Modell menschlichen Verhaltens.¹⁵ Nur mit diesem können die Auswirkungen rechtlicher Regelungen prognostiziert und nachfolgend bewertet werden.¹⁶

1. Verhaltensmodell des homo oeconomicus

Allerdings fehlt der Rechtswissenschaft ein solches eigenständiges Modell.¹⁷ Um dennoch eine Analyse vornehmen zu können, bedient sie sich des Verhaltensmodells einer anderen Wissenschaft. Hierbei handelt es sich um die Ökonomik und das Verhaltensmodell des homo oeconomicus.¹⁸ Dieses wurde ursprünglich zur Prognose menschlichen Verhaltens in ökonomischen Zusammenhängen entwickelt und beschreibt den Menschen vereinfacht als stets rational und eigennützig handelnd.¹⁹ Beim Beispiel der Organspende würde dieses Verhaltensmodell zu der Prognose führen, dass die unterschiedliche Ausgestaltung der gesetzlichen Spenderregelungen als Opt-in oder Opt-out Variante keinen Einfluss auf die Spenderquote hat, da der Spender in beiden Fällen frei in seiner Entscheidung ist.²⁰

2. Verhaltensökonomik

Dieses Ergebnis korrespondiert hingegen nicht mit den dargestellten Daten, denen zufolge die Wahl der Opt-in oder Opt-out Variante tatsächlich zu erheblichen Unterschieden in den Organspenderquoten führt. Die Vorhersage des ökonomischen Verhaltensmodells passt nicht. Dabei ist das vorliegende Beispiel nur

¹⁵ Jones/Goldsmith, Col. L. Rev. Vol. 105 (2005), S. 405 (413). Nach Köck, in: Menschenbilder und Verhaltensmodelle, S. 207 (211) bildet „[e]in Verhaltensmodell [...] das zu erwartende Verhalten von Menschen in bestimmten Handlungskontexten ab. Es wird gespeist aus der Empirie des Verhaltens und soll helfen, künftiges Verhalten wirklichkeitsgerechter zu prognostizieren.“

¹⁶ Magen, in: Recht und Verhalten, S. 261 (263).

¹⁷ Magen, in: Recht und Verhalten, S. 261 (263). Köck weist zu Recht darauf hin, dass auch der Gesetzgeber seinen Regelungen Vorstellungen über das Verhalten der Menschen zugrunde legt, dabei aber zumeist weder über eine Theorie noch über ein Modell, das über Alltagstheorien hinausgeht, verfügen würde. Siehe hierzu Köck, in: Menschenbilder und Verhaltensmodelle, S. 207 (211).

¹⁸ Bechtold, S. 22; Eidenmüller, JZ 2005, S. 216 (217); Schäfer/Ott, S. 58; Kirchgässner, S. 12 ff.

¹⁹ Eidenmüller, S. 33; Schäfer/Ott, S. 58; Schäfer/Ott, S. 58; Englerth, in: Recht und Verhalten, S. 60 (63). Siehe hierzu ausführlich nachfolgendes Kapitel 2.

²⁰ Bechtold, S. 226.