

**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	107
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. Vorausverfügungen 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 Produzentenurheberrecht als Alternativmodell de lege ferenda	194
I.	Produzentenurheberrecht im internationalen Vergleich	194
II.	Produzentenurheberrecht in Deutschland de lege ferenda	196
III.	Produzentenurheberrecht 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 Produzentenurheberrecht	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 Produzentenurheberrecht	212
a) Im deutschen Recht	213
aa) Produzentenurheberrecht 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) Produzentenurheberrecht im Wege der gesetzlichen Fiktion	216

Inhaltsverzeichnis	13
bb) Gesetzliche Übertragung der Nutzungsrechte	217
cc) Stellungnahme	217
V. Abschließende Betrachtung zum Produzentenurheberrecht	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
GebrMG	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 Gewebespende 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.