

Kreativität vs Urheberrecht im digitalen Bereich:

Chancen und Grenzen vorhandener Selbstregulierungsansätze

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät

der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Dominik Angstwurm

2017

Referent: Prof. Dr. Reto Hilty

Koreferent: Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge)

Tag der mündlichen Prüfung: 20.11.2018

Dieses Werk ist unter der Lizenz Creative Commons CC-BY-NC-ND 4.0 veröffentlicht. Informationen über Ihre Rechte und Pflichten unter dieser Lizenz finden Sie unter <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Das Werk ist als gedruckte Ausgabe erhältlich im utzverlag München unter der ISBN 978-3-8316-4808-5. Seitenzahlen dieser elektronischen Version entsprechen der Druckversion.

Vorwort

Diese Arbeit lag im Wintersemester 2017/2018 der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität als Dissertation vor. Die Arbeit an der Dissertation wurde im Sommer 2017 abgeschlossen. Ausgewählte Literatur und Rechtsprechung, die nach Fertigstellung der Arbeit bis zum März 2019 noch veröffentlicht wurde, wurde noch berücksichtigt. Ebenso wurde die Diskussion und Änderungen an den verschiedenen Entwürfen für eine neue Urheberrechtsrichtlinie bis Ende März 2019 noch mit berücksichtigt.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Reto Hilty, der mit die Möglichkeit gab, meine Ideen bei der Konzeption der Arbeit frei zu verfolgen und mich im Laufe der Entstehung der Arbeit mit sinnvollen und hilfreichen Denkanstößen versorgte. Er gab mir darüber hinaus die Möglichkeit, für die Erstellung dieser Arbeit die Räumlichkeiten der Bibliothek des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb zu nutzen, ohne deren hervorragende Ausstattung und angenehme Arbeitsatmosphäre diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre. Insoweit gebührt mein Dank auch dem stets hilfsbereiten Bibliotheksteam. Großer Dank gebührt ebenfalls Herrn Prof. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge) für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem möchte ich an dieser Stelle meiner gesamten Familie meinen Dank aussprechen. Ohne ihren beständigen Rückhalt und die durchgehende Unterstützung in jeglicher Hinsicht während des Studiums und der Promotionszeit wäre es wohl nicht möglich gewesen, diese Arbeit in dieser Form zu erstellen.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	IX
Einleitung.....	1
Kapitel 1: Legitimationsprobleme des Urheberrechts im digitalen Bereich.....	6
A. Gegensätze zwischen Schutzrechtsrechtfertigung und Realität.....	6
I. Regelungsziele des Urheberrechts.....	7
II. Tatsächliche Feststellungen.....	8
1. Behinderung von Kreativität.....	8
a) Entwicklung der Fanfiction-Kultur.....	9
b) Remix, Mashup und Sampling.....	10
c) Bearbeitung und Verbreitung von Bildern.....	12
2. Marktversagen bei der Nutzung technischer Potentiale.....	14
3. Verlust der Anerkennung als fairer Interessenausgleich.....	15
a) Verhältnis zwischen Verwertern und Urhebern.....	15
b) Verhältnis zwischen Verwertern und Nutzern.....	17
B. Erklärungsansätze.....	19
I. Andere Wirkung des Urheberrechts im digitalen Kontext.....	19
1. Unterschiede zwischen digitalem und analogem Urheberrecht.....	19
a) Anknüpfung am Vervielfältigungsakt.....	19
b) Recht auf öffentliche Zugänglichmachung.....	21
2. Gesteigerte Komplexität und Interessenvielfalt.....	24
a) Pluralismus der Interessen.....	24
b) Erwartungshaltung aufgrund technischer Möglichkeiten.....	26
II. Seit jeher bestehende Probleme.....	27
1. Einheitliche Regelungen für unterschiedlichste Situationen.....	27
2. Rechtsphilosophische Rechtfertigung.....	28
3. Fehlende Rückkopplung an andere wissenschaftliche Disziplinen.....	29
4. Verkennung der Bedeutung des User Generated Content und der Laien-Kultur.....	30
C. Zwischenergebnis.....	33

Kapitel 2: Unterschiedliche Ansätze der Selbstregulierung im Urheberrecht.....	35
A. Selbstregulierung durch freie Lizenzen und geduldete Nutzung.....	35
I. „Freie Lizenzen“ – Open Content und Open Source Software.....	36
1. Abgrenzung „Freier Lizenzen“.....	36
a) Grundsätzliche Diskriminierungsfreiheit.....	37
b) Standardisierung weitreichender Nutzungsrechtseinräumung.....	38
c) Pflichten des Lizenznehmers – bedingte Einräumung von Nutzungsrechten.....	39
d) Unterschiedliche Varianten freier Lizenzen.....	40
(i) Beschränkung des Nutzerkreises.....	40
(ii) Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte.....	41
(iii) Pflicht zur Offenlegung des Quellcodes.....	42
2. Verbreitung „freier Lizenzen“.....	43
a) Open Source Software.....	43
b) Open Content.....	44
II. Faktisch geduldete Nutzung – „Tolerated Use“.....	45
1. Rechtsdurchsetzung und geduldete Nutzung im Internet.....	46
2. Voraussetzungen geduldeter Nutzung.....	50
3. Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern....	53
III. Rechtliche Bewertung geduldeter Nutzung und freiwilliger Vereinbarungen.....	56
1. Konkludente Einräumung von Nutzungsrechten durch Duldung und Billigung.....	57
2. Nutzungsrechtseinräumung durch Second Level Agreements.....	58
a) Rechtliche Qualifikation der Vereinbarung.....	59
b) Konstruktion einer Nutzungsrechtseinräumung.....	61
c) Argumente für und gegen eine Nutzungsrechtseinräumung.....	62
3. Schuldrechtliche Gestattung.....	64
4. Einwilligung.....	65
5. Verwirkung von Abwehransprüchen.....	67
a) Verwirkung im Urheberrecht.....	68
b) Berechtigtes Vertrauen des Verletzers.....	69
c) Interessenabwägung.....	72
d) Rechtsfolge der Verwirkung.....	75
6. Zwischenergebnis.....	77
IV. Sonstige Formen der freiwilligen Rechtsbeschränkung.....	78

B. Gemeinsamkeiten und Bedeutung.....	80
I. Gemeinsamkeiten der Selbstregulierungsansätze.....	80
II. Selbstregulierung im Urheberrecht.....	82
Kapitel 3: Selbstregulierung aus ökonomischer und psychologischer Perspektive.....	87
A. Ökonomische Hintergründe der Selbstregulierung.....	88
I. Ökonomische Analyse des Urheberrechts.....	88
1. Anreizparadigma.....	89
2. Neoklassischer Property-Rights-Ansatz.....	90
3. Neuere Ansätze und Theorien.....	91
4. Zwischenergebnis und kritische Bewertung.....	92
II. Selbstregulierung für geringere Transaktionskosten.....	94
1. Bedeutung der Transaktionskosten.....	94
2. Transaktionskosten aus Sicht des Rechtsinhabers.....	95
3. Transaktionskosten aus Sicht (potentieller) Urheber.....	98
4. Verhinderung der „Tragedy of Anti-Commons“.....	99
III. Ökonomische Vorteile kollaborativen Werkschaffens – Peer Production	101
1. Lizenzen und Netzwerke.....	101
2. Ökonomische Vorteile.....	103
IV. Strategischer Nutzen durch Erzeugung oder Förderung von Sekundärmärkten.....	104
1. Erzeugung von Sekundärmärkten.....	105
2. Werterhöhung durch Komplementierung.....	106
V. Alternative soziale Regelungssysteme für öffentliche Güter.....	107
1. Kollektive Verwaltung von Gemeinschaftsressourcen.....	108
2. Funktionale Äquivalente zum Urheberrechtssystem auf der Grundlage sozialer Normen.....	110
3. Freie Lizenzen als Beispiel für ein alternatives Verwaltungssystem.....	111
4. Geduldete Nutzung und soziale Normen als Regelungssysteme.....	113
VI. Zwischenergebnis.....	114
B. Verhaltensökonomie, Psychologie und Kreativitätsforschung.....	115
I. Zusammenhang zwischen Verhaltensökonomie, Psychologie, Kreativitätsforschung und Urheberrecht.....	115
1. Grundlegende Erkenntnisse anderer Disziplinen.....	116
a) Verhaltensökonomie: Grenzen des homo oeconomicus.....	116

b) Psychologie: Feststellung kognitiver Verzerrungen.....	116
c) Kreativitätsforschung: Variablen für die Entstehung von Kreativität	118
2. Bedeutung der Erkenntnisse für das Urheberrecht.....	121
a) Divergenzen zwischen Modell und Realität.....	121
b) Urheberpersönlichkeitsrecht und Anerkennung der Urheberschaft	123
II. Anreize für kreative Tätigkeiten.....	126
1. Kritik am Anreizparadigma.....	126
a) Unzureichende Differenzierung.....	127
b) Schaden durch externe Anreize.....	129
c) Zwischenergebnis.....	132
2. Gründe für kreative Tätigkeiten.....	132
a) Bedeutung intrinsischer Motivation.....	132
b) Relevante Umweltbedingungen.....	134
c) Zwischenergebnis.....	136
III. Gründe für eine freiwillige Beschränkung bestehender Rechte.....	137
1. Sozial-kommunikativer Austausch.....	137
a) Kooperation und Gruppenzugehörigkeit.....	137
b) Teilen als sozial-kommunikativer Akt.....	138
2. Positiver Einfluss auf die Selbstwahrnehmung.....	139
3. Reziprozitäts- und Kooperationserwartung.....	141
4. Soziale oder moralische Verpflichtung.....	142
IV. Zwischenergebnis.....	144
Kapitel 4: Grenzen selbstregulierender Prozesse.....	145
A. Tatsächliche Grenzen freier Lizenzen.....	145
I. Freiwillige Einschränkung von Rechten und die urheberrechtliche Vergütung.....	145
1. Gesetzliche Vergütungsansprüche und freie Lizenzen.....	145
2. Problem: Verwertungsgesellschaften.....	146
II. Psychologie und das Urheberpersönlichkeitsrecht als Hürden und Grenzen.....	149
1. Psychologische Verzerrungen als Hindernis.....	149
a) Entscheidungsfindung in Risikosituationen.....	149
b) Risiko von Fehleinschätzungen – Unwiderruflichkeit.....	151
c) Abweichung vom gesetzlichen Regelfall.....	152

2. Urheberpersönlichkeitsrechte als Grenze der Selbstregulierung.....	153
a) Recht auf Urheberbenennung, § 13 UrhG.....	153
b) Entstellungsschutz, § 14 UrhG.....	154
3. Zwischenergebnis.....	155
III. Stärkung der Bedeutung von Ausschließlichkeitsrechten durch freie Lizenzen.....	156
IV. Probleme und Grenzen eines privatrechtlichen Ansatzes.....	158
1. Vertragsrechtliche Probleme.....	158
a) Vertragliche Verhältnisse nach herrschender Meinung.....	158
b) Anwendbares Recht.....	160
c) Probleme des Vertragsschlusses.....	163
2. Lizenzen als AGB.....	166
a) Einbeziehungsproblematik.....	166
b) Unwirksame Regelungen.....	167
(i) § 31 Abs. 5 UrhG oder § 305c Abs. 2 BGB.....	168
(ii) Haftungs- und Gewährleistungsausschluss.....	169
(iii) Änderungsvorbehalte.....	170
(iv) Rechterückfall bei Lizenzverstoß.....	171
(v) Unklar und unbestimmt.....	173
c) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB.....	174
d) Zwischenergebnis.....	175
V. Inhaltliche Probleme und Unklarheiten.....	176
1. Haftungsrisiken und Rechtssicherheit.....	176
2. Fehlender Feedback-Mechanismus.....	179
3. Copyleft- bzw. Share-Alike Klauseln.....	179
4. Non-Commercial-Klausel.....	182
B. Nachteile geduldeter Nutzung.....	184
I. Verhältnis zum urheberrechtlichen Interessenausgleich.....	184
1. Stärkung der Stellung von Rechtsinhabern und Plattformanbietern.	184
a) Ungleich verteilte Rechtssetzungsmacht.....	185
b) Auswirkungen freiwilliger Vereinbarungen.....	186
2. Unzureichende Beteiligungsmöglichkeiten, Intransparenz und demokratische Prozesse.....	189
II. Abhängigkeit von Filtertechnologie.....	190
III. Rechtssicherheit.....	192
IV. Erosion des Urheberrechts.....	193
V. Einfluss auf transformative Kreativität.....	194

Kapitel 5: Selbstregulierung als förderungswürdiger Ansatz zur Regulierung kreativer Leistungen?.....	196
A. Bewertung der Selbstregulierungsprozesse.....	196
I. Anforderungen an das Urheberrecht.....	196
II. Wirkung der Selbstregulierungsprozesse.....	198
1. Stärkere Differenzierung.....	198
2. Effizienzvorteile.....	202
3. Anpassung des Interessenausgleichs.....	204
4. Förderung neuartiger Produktions- und Verbreitungsarten.....	207
5. Rechtssicherheit.....	209
6. Zwischenergebnis: Potentiale und Schwächen.....	211
III. Folgerungen für Gegenwart und Zukunft des Urheberrechts.....	213
1. Reichweite des digitalen Urheberrechts.....	213
a) Keine Rechtfertigung der Reichweite des digitalen Urheberrechts	213
b) Freihaltung alltäglicher digitaler Handlungen von Verbotsrechten Dritter.....	214
c) Angemessene Lösungen für transformative Kreativität.....	215
2. Verhältnis von wirtschaftlichen und persönlichen Interessen.....	217
3. Differenzierung als Ausweg.....	219
B. Selbstregulierung als Weg für ein faires Urheberrecht?.....	221
I. Erfordernis staatlicher Regelungen.....	221
II. Raum für geordnete Selbstregulierung.....	223
1. Art. 17 des Entwurfs einer neuen Urheberrechtsrichtlinie.....	223
2. Standardisierte freiwillige Rechtsbeschränkung.....	227
III. Freie Lizenzen als Grundlage einer weiteren gesetzlichen Ausgestaltung	228
Fazit.....	231
Literaturverzeichnis.....	234

Abkürzungsverzeichnis

AER	American Economic Review
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Akron L. Rev.	Akron Law Review
Alb. L. J. Sci. & Tech.	Albany Law Journal of Science & Technology
Am. Psychol.	American Psychologist
Appl. Cogn. Psychol.	Applied Cognitive Psychology
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review
Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BRJ	Bonner Rechtsjournal
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BY	Attribution (Namensnennung)
bzw.	beziehungsweise
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo Art & Ent. L. Rev.	Cardozo Arts & Entertainment Law Review
CC	Creative Commons
Colum. J. L. & Arts.	Columbia Journal of Law & the Arts
Comput. Human. Behav.	Computers in Human Behavior
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CR	Computer und Recht
Creat. Res. J.	Creativity Research Journal
d.h.	das heißt
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
EIPR	European Intellectual Property Review

EJIM	European Journal of International Management
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Fed. Comm. L. J.	Federal Communications Law Journal
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
Geo. Mason. L. Rev.	George Mason Law Review
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenfalls
GPL	General Public Licence
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR Int.	Gewerberlicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GRUR Prax.	Gewerberlicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-Beil.	Gewerberlicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Beilage
h.M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
IFG	Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
IJEC	International Journal of Electronic Commerce
InfoSoc-Richtlinie	Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft
Int. J. Hum.-Comput. St.	International Journal of Human-Computer Studies
ITRB	IT-Rechtsberater
J. Bus. Ethics	Journal of Business Ethics

J. Cult. Econ.	Journal of Cultural Economics
J. Empirical Legal Stud.	Journal of Empirical Legal Studies
J. Ind. Econ.	Journal of Industrial Economics
J. L. Econ.	Journal of Law and Economics
J. Media Commun. Stud.	Journal of Media and Communication
J. Occup. Organ. Psych	Journal of Occupational and Organizational Psychology
JASIST	Journal of the Association for Information Science and Technology
JEP	Journal of Economic Perspectives
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
JMIS	Journal of Management Information Systems
JPE	Journal of Political Economy
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation und Recht
Kent. L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
Loy. U. Ch. L. J.	Loyola University Chicago Law Journal
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.	Michigan Telecommunications and Technology Law Review
MLR	Modern Law Review
MMR	Multimedia und Recht
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NC	Non Commercial
ND	No Derivates (Verbot von Bearbeitungen)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-Beil.	Neue Juristische Wochenschrift – Beilage

Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
Ohio N.U.L. Rev	Ohio Northern University Law Review
OLG	Oberlandesgericht
Organ. Sci.	Organization Science
OSLJ	Ohio State Law Journal
OSS	Open Source Software
Pace L. Rev.	Pace Law Review
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft
Regent U. L. Rev.	Regent University Law Review
RG	Reichsgericht
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SA	Share Alike (Weiteröffentlichung nur unter identischer Lizenz)
SaaS	Software as a Service
Soc. Behav. Pers.	Social Behavior and Personality
Stanford L. Rev.	Stanford Law Review
TIPLJ	Texas Intellectual Property Law Journal
TMG	Telemediengesetz
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnliches
U.C. Davis L. Rev.	U.C. Davis Law Review
UCLA Ent. L. Rev.	University of California Law Review
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
UGC	User Generated Content
UrhG	Gesetz von 09.09.1965 über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)

USC	United States Code
v.a.	vor allem
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VG	Verwertungsgesellschaft
VGG	Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften
Wm. & Mary. Bus. L. Rev.	William & Mary Business Law Review
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Yale J. L. & Human.	Yale Journal of Law & the Humanities
Yale L. J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZGE/IPJ	Zeitschrift für geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal
Zif.	Ziffer
ZUM	Zeitschrift für Urheber und Medienrecht

Einleitung

Im fortgeschrittenen 21. Jahrhundert hat die Digitalisierung zu einer veränderten Bedeutung von Kultur, Informationen und Kommunikation geführt. Es ist nun jedem Menschen mit Zugang zu einem internetfähigen Gerät möglich, in einem zuvor nie vorstellbaren Ausmaß kreativ tätig zu werden, die eigenen Auffassungen und Werke mit der gesamten Weltöffentlichkeit zu teilen und gleichzeitig eine zuvor unvorstellbare Anzahl fremder Werke und Informationen auf einfachstem Wege zu konsumieren. Dadurch haben mehr Menschen Zugang zu mehr Informationen und Inhalten als an jedem anderen Zeitpunkt der Geschichte. Nahezu sämtliches Wissen der Menschheit und eine unüberschaubare Menge an Filmen, Musik, Bildern und Texten sind vom heimischen Sofa aus erreichbar – ob legal oder illegal scheint dabei oftmals keine Rolle zu spielen.

Die Gesetzgeber – vor allem in der EU und in den USA – haben bereits in einem sehr frühen Stadium der Digitalisierung versucht, diese Entwicklungen vorherzusehen und das Urheberrecht auf diese künftigen Entwicklungen vorzubereiten.¹ Auf welcher geringer Faktenbasis damals bis heute fortwirkende Entscheidungen über die digitale Kultur getroffen worden sind, zeigt etwa das Grünbuch „Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“ der EU-Kommission² eindrucksvoll.³ Dort wurde zu einem Zeitpunkt, als das Internet von einem Massenphänomen noch weit entfernt war und *Hoeren* den deutschen Juristen in der NJW noch erklären musste, welche Vorteile das Internet für Juristen bieten könnte,⁴ bereits in Grundzügen der Rechtsrahmen des Urheberrechts im Internet skizziert, wie er später u.a. durch die InfoSoc-Richtlinie⁵ festgelegt worden ist. Zwar wurde damals klargestellt, dass sämtliche Leitlinien nur vorläufig und hypothetisch sein können, weil die Erkenntnisse über die Wirkungsweisen der neuen Technologie noch zu begrenzt seien.⁶ Nichtsdestotrotz wurde die damals eingeschlagene Linie nicht mehr in Frage gestellt.

In den fast 20 Jahre danach hat sich eine vitale Online-Kultur entwickelt, die bewusst und unbewusst die damals vom Gesetzgeber gesetzten Grenzen überschreitet. Es wird von den meisten Menschen als selbstverständlich erachtet, eigene und fremde Werke mit anderen Personen über das Internet teilen zu können und sich aus den digitalen Möglichkeiten zu bedienen, sei es um lediglich zu konsumieren oder selbst kreativ tätig zu werden – Stichwort User Generated Content. Ein möglichst

1 Siehe hierzu *Peukert*, GRUR Beil. 2014, S. 77, 80 f.

2 KOM(95) 382 vom 19.07.1995.

3 Siehe hierzu auch die erhellenden Ausführungen bei *Litman*, Digital Copyright, S. 92 ff., die den Moment und die Hintergründe der Entscheidung über die Erstreckung des Vervielfältigungsrechts auch auf flüchtige Vervielfältigungen in den USA detailliert beschreibt.

4 *Hoeren*, NJW 1995, S. 3295; *Peukert*, GRUR Beil. 2014, S. 77, 81.

5 Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

6 KOM(95) 382 vom 9.07.1995, S. 8, 19, 22.

einfacher Zugang zu möglichst vielen Werken sowie deren Nutzbarkeit für eigene kreative Zwecke wird von vielen Internetnutzern als elementares Recht angesehen. Gleichzeitig werden eigene Werke in bisher unbekanntem Ausmaß mit eigenen Freunden und Fremden geteilt. Diese Welt der kreativen Kommunikation, häufig auch als „Partizipationskultur“⁷ oder „Zugangskultur“⁸ bezeichnet, steht jedoch oft in direktem Konflikt mit dem geltenden Urheberrecht. Dieser Konflikt ist bisher ungelöst. Aus Sicht vieler Protagonisten dieser Online-Kultur dient das digitale Urheberrecht in seiner Reichweite und Formalität nicht mehr den tatsächlichen Erfordernissen kreativer Individuen, sondern nur den wirtschaftlichen Interessen der Verwerter. Gleichzeitig entsteht auf Seiten der Verwerter ein immer stärker wachsendes Durchsetzungsdefizit. An die Stelle der Rechtsdurchsetzung treten flexiblere Mechanismen wie die bewusste Duldung von Rechtsverletzungen oder Vereinbarungen mit Plattformbetreibern. Mit der Zeit konnte sich so eine Parallelwelt entwickeln, für die das Urheberrecht auf den ersten Blick von eher geringer Relevanz ist. Während rein formal betrachtet immer mehr Handlungen dem Urheberrecht unterworfen sind, schwindet die tatsächliche Bedeutung und Anerkennung des Urheberrechts in vielen digitalen Bereichen immer mehr. Informelle, soziale Normen treten an die Stelle des Urheberrechts.

Ausgehend von diesen informellen, sozialen Prozessen haben private Initiativen in Form von Open Source Software („OSS“) und Open Content⁹ erfolgreich eigene Wege entwickelt, um ein aus Sicht ihrer Anhänger für die digitale Wirklichkeit angemesseneres, alternatives Regelungssystem zu etablieren. Mit Hilfe standardisierter Lizenzverträge sollen Urheber¹⁰ dabei selbst entscheiden, ob und welche Urheberrechte sie an ihren Werken tatsächlich benötigen. Auch die Verwerter haben zum Teil erkannt, dass die durch die partizipative Online-Kultur vorgenommenen Rechtsverletzungen, insbesondere im Wege umgestaltender bzw. transformativer Nutzungen, nicht nur schädlich, sondern oftmals sogar förderlich sein können. Sie haben daher ihrerseits verschiedene Wege entwickelt, aus diesen Rechtsverletzungen Vorteile zu ziehen, z. B. indem sie bestimmte Arten rechtsverletzender Nutzungen bewusst dulden oder sogar fördern.

Es handelt sich in beiden Fällen um verschiedene Arten der Selbstregulierung, mit der die Beteiligten versuchen, ein aus ihrer Sicht in Relation zur gesetzlichen Regelung geeigneteres Regime für einen bestimmten regelungsbedürftigen Sachverhalt zu schaffen. Je nach Rechtsgebiet werden regelungsbedürftige Sachverhalte seit jeher nicht nur durch das formelle Recht, sondern in sehr unterschiedlichem Umfang

7 *Sunder*, Ohio N.U.L. Rev. 2014, S. 359.

8 *Peukert*, GRUR Beil. 2014, S. 77.

9 Gemeint sind damit Software und andere urheberrechtlich geschützte Inhalte, die durch ihre Urheber gezielt einem liberaleren Regelungsregime als dem gesetzlichen Urheberrecht unterstellt worden sind. Siehe für eine genauere Definition nachstehend unter Kap. 2 A. I.

10 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Bezeichnungen gelten selbstverständlich für beidelei Geschlecht.

auch durch soziale Normen, Sitten und Gebräuche bestimmt. In Bezug auf das digitale Urheberrecht erscheint jedoch das Ausmaß der Divergenz zwischen weitreichendem, formalisiertem Recht, seiner inhaltlichen und rechtspolitischen Rechtfertigung, Forderungen nach einer Verschärfung und der tatsächlich gelebten Praxis ungewöhnlich groß. Es stellt sich daher die Frage, ob das Ausmaß privater Selbstregulierung im Bereich des digitalen Urheberrechts belegt, wie weit sich die regelungsbedürftige Realität und Urheberrecht voneinander entfernt haben.

Seit jeher tut sich die Urheberrechtswissenschaft schwer damit, die realen Ausübungsbedingungen des Rechts und die der Werkproduktion, Verbreitung und Nutzung zugrundeliegenden ökonomischen, psychologischen und sozialen Motive hinreichend zu berücksichtigen.¹¹ Hier soll daher ein etwas abweichender Ansatzpunkt gewählt werden, indem ausgehend von den in der Realität feststellbaren Auswirkungen des gegenwärtigen Urheberrechts zunächst analysiert wird, welche anderen Regelungsmechanismen sich innerhalb der Zivilgesellschaft zur Regulierung digitaler Kreativität entwickelt haben. Es erscheint durchaus möglich, dass sich aus den von den Beteiligten selbst entwickelten Regelungsmechanismen andere Gestaltungsvorgaben für das digitale Urheberrecht ableiten lassen. Darüber hinaus ist fraglich, in welchem Verhältnis solche privaten Normen zur staatlichen Rechtssetzung stehen sollten.¹² Möglicherweise berücksichtigen diese Selbstregulierungsansätze die Voraussetzungen kreativer Prozesse und die ökonomischen Umstände der digitalen Werkproduktion weitaus besser als das formelle Recht. Die Geschichte ist reich an Beispielen, in denen ein kollektiver Rechtsbruch zu einer im Nachhinein betrachtet legitimen Rechtsänderung geführt hat.¹³ Könnte es daher sein, dass diese Selbstregulierungsansätze nur die Spitze einer Entwicklung sind, die auf eine generelle neue Urheberrechtskultur hinweist, in der weniger Ausschließlichkeitsrechte benötigt werden und kreative Nutzungen einfacher möglich sind?¹⁴

Der Fokus des Urheberrechts scheint häufig zu sehr allein auf die wirtschaftliche Verwertung durch Einräumung von Ausschließlichkeitsrechten fokussiert zu sein – dabei sind im Bereich der Kultur und Kreativität eine Vielzahl weiterer Aspekte oftmals elementarer. Es wäre daher zunächst einmal wichtig zu berücksichtigen, was Kreativität eigentlich ausmacht, wie sie entsteht und gefördert werden kann oder was sie behindert. Hierfür ist es unerlässlich, im Rahmen eines interdisziplinären Ansatzes auch die Erkenntnisse anderer Wissenschaftsbereiche, namentlich der Ökonomie, Psychologie und Soziologie, in die Untersuchung einfließen zu lassen und die vorgenommene Analyse so auf eine breitere wissenschaftliche Erkenntnisgrundlage zu stellen. Ein Wechsel des üblichen Blickwinkels kann dabei zu einer

11 *Peukert*, in: Rehinder (Hrsg.), *Psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 113, 116;

Wielsch, ZGE/IPJ 2013, S. 274, 275; *Leistner*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, S. 211.

12 *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484, 486.

13 *Peñalver/Katyal*, *Property Outlaws*, S. 12.

14 *Schoff Curtin*, IDEA 2013, S. 103, 152.

Reihe neuer Erkenntnisse führen und manchmal Zweifel an althergebrachten Dogmen erwecken. Dies entspricht der in jüngerer Zeit häufiger vorgebrachten Forderung, zur Beurteilung urheberrechtlicher Fragestellungen verstärkt auch die „Umweltbedingungen“ der Werkproduktion und Verbreitung zu berücksichtigen.¹⁵

Eine interdisziplinäre Untersuchung mit dem Ziel einer stärkeren Berücksichtigung der tatsächlichen Hintergründe kreativer Tätigkeiten wurde bereits für einzelne hier relevante Teilbereiche vorgenommen. Zu nennen sind hierbei insbesondere die Beiträge in dem von *Rehbinder* herausgegebenen Sammelwerk „Die Psychologische Dimension des Urheberrechts“¹⁶ sowie die Arbeiten von *Kreutzer*¹⁷, *Leistner*¹⁸, *Zimmermann*¹⁹ und jüngst *Nazari-Khanachayi*²⁰, die sich vor allem mit dem Einfluss kreativitätspsychologischer Erkenntnisse auf das Anreizparadigma und die urheberrechtliche Rechtfertigung beschäftigen. Häufiger finden sich ökonomische Analysen einzelner Aspekte des Urheberrechts²¹ sowie Arbeiten zur rechtlichen und ökonomischen Einordnung von OSS und Open Content.²² Es erscheint jedoch sinnvoll, diese unterschiedlichen Forschungsansätze zusammenzuführen um zu analysieren, ob sich aus Art, Ausmaß und vor allem den Hintergründen der unterschiedlichen Selbstregulierungsansätze Gestaltungsvorgaben für eine neue Ausgestaltung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs ableiten lassen.

Um die Beziehung zwischen Selbstregulierung, digitalem Urheberrecht und daraus möglicherweise ableitbaren Gestaltungsvorgaben zu verstehen, müssen jedoch in einem ersten Schritt die Probleme des digitalen Urheberrechts kurz zusammengefasst werden. Schließlich sind sie möglicherweise der Grund dafür, weshalb es überhaupt in einem solchen Umfang zu stärkerer Selbstregulierung im Urheberrecht kam. In Kapitel 1 soll daher zunächst zusammenfassend dargelegt werden, welche Probleme und Problemursachen den Schluss erlauben, dass sich Recht, Realität und vorgegebener Regelungszweck immer weniger decken. Dies betrifft insbesondere die Behinderung transformativer Nutzungen und möglicherweise zu weitreichende Urheberrechte.

15 Siehe hierzu etwa *Grünberger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1, 1; *Leistner*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 211, 225; *Leistner*, BRJ 2014, S. 120, 126; *Wielsch*, ZGE/IPJ 2013, S. 274; *Nazari-Khanachayi*, Rechtfertigungsnarrative, S. 207.

16 *Rehbinder* (Hrsg.), Die Psychologische Dimension des Urheberrechts.

17 *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts.

18 *Leistner*, BRJ 2014, S. 120.

19 *Zimmerman*, Theoretical Inquiries in Law 2011, S. 29.

20 *Nazari-Khanachayi*, Rechtfertigungsnarrative.

21 Siehe etwa *Reich*, Ökonomische Analyse; *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484; *Hansen*, Warum Urheberrecht?; *Bischoffshausen*, Ökonomische Rechtfertigung.

22 Siehe hierzu beispielhaft zu Open Source Software: *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software; *Koglin*, Opensourcerecht; *Lenhard*, Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen; *Schäfer*, Der virale Effekt; *Meyer*, Miturheberschaft bei freier Software; spezifisch zu Open Content: *Rosenkranz*, Open Contents; aus ökonomischer Sicht: *Benkler*, Wealth of Networks.

Darauf aufbauend werden in Kapitel 2 die verschiedenen Selbstregulierungsansätze, die sich aufgrund der in Kapitel 1 dargelegten Divergenz entwickelt haben, eingehender vorgestellt. Ihnen ist jeweils gemein, dass es sich um verschiedene Formen von Selbstregulierung handelt, in deren Rahmen bestehende Urheberrechte durch die jeweils Berechtigten (zeitweise) eingeschränkt werden. An dieser Stelle wird zugleich zum ersten Mal der Versuch einer genaueren rechtlichen Einordnung der geduldeten Nutzung und freiwilliger Vereinbarungen zwischen Verwertern und Plattformbetreibern in den Gesamtkontext des Urheberrechts unternommen.

Kapitel 3 befasst sich schließlich mit den ökonomischen, verhaltens- und kreativitätspsychologischen Hintergründen der in Kapitel 2 vorgestellten Selbstregulierungsansätze und der Frage, ob die gängige ökonomische Rechtfertigung des Urheberrechts noch tragfähig ist, bzw. welche Faktoren tatsächlich für die Ausübung kreativer Tätigkeiten relevant sind. Dadurch wird erkennbar, wieso Menschen und Unternehmen zum Teil freiwillig auf ihnen zustehende Rechte verzichten und wieso freie Lizenzen und geduldete Nutzung ökonomisch sinnvoll sein können.

Auch wenn aus Kapitel 3 möglicherweise erkennbar wird, dass die untersuchten Selbstregulierungsansätze zum Teil eine ökonomisch und kreativitätspsychologisch sinnvollere Alternative zum geltenden Urheberrecht darstellen können, so ist gleichwohl in Kapitel 4 auf die Nachteile und Grenzen dieser Art von Selbstregulierung tiefer einzugehen. Dieses Kapitel dient somit dazu, die praktischen und rechtlichen Hürden dieser Selbstregulierungsansätze darzulegen.

Im letzten Kapitel soll schließlich Bilanz gezogen werden und die Frage nach möglichen Auswirkungen der Selbstregulierung auf die in Kapitel 1 vorgestellten Problemfelder des digitalen Urheberrechts beantwortet werden. Dies soll auch klären, ob und inwieweit freiwillige rechtsbeschränkende Maßnahmen einzelner Urheber und Rechtsinhaber dazu beitragen können, mögliche Probleme eines zu starken Urheberschutzes zu bekämpfen und in stärkerem Umfang transformative Nutzungen bestehender Werke zu ermöglichen.

Kapitel 1: Legitimationsprobleme des Urheberrechts im digitalen Bereich

Um ein Problem lösen zu können, muss es zunächst einmal identifiziert werden. Um zu verstehen, wieso sich verschiedene Formen von Selbstregulierung im digitalen Urheberrecht entwickelt haben, ist es zunächst erforderlich, den Status quo des digitalen Urheberrechts zu erfassen. Auch zur Beantwortung der Frage nach möglichen Auswirkungen und Rückschlüssen auf das digitale Urheberrecht ist es essentiell, zunächst die diesbezüglich wichtigsten Problemfelder des digitalen Urheberrechts zu skizzieren. Die nachfolgende Übersicht ist daher nicht abschließend, sondern zeigt exemplarisch die für die Untersuchung wesentlichen Problemfelder auf.²³ Im Übrigen erscheint die Zahl an offenen tatsächlichen und vermeintlichen Reformfeldern schier uferlos und angesichts fortwährender gesetzgeberischer Untätigkeit weiterwachsend.²⁴ Insgesamt zeigt sich dabei, dass die Realität zahlreicher kreativ tätiger Individuen und die Begründung für einen Schutz ihrer Leistungen nicht immer zusammenpassen. Entweder profitieren sie nicht in gleichem Maße wie andere Beteiligte von ihren Leistungen, oder sie stehen vor dem Problem, überhaupt in rechtmäßiger Weise kreative Tätigkeiten ausüben zu können. Dies gilt insbesondere für die durch die Digitalisierung eröffneten neuen kreativen Möglichkeiten. Umgekehrt verstoßen viele Nutzer²⁵ tagtäglich bewusst und unbewusst gegen das geltende Urheberrecht, sowohl bei alltäglichen digitalen Handlungen als auch bei Ausübung der durch die Digitalisierung ermöglichten kreativen Tätigkeiten. Dies alles steht im starken Gegensatz zu den Regelungszwecken des Urheberrechts.

A. Gegensätze zwischen Schutzrechtsrechtfertigung und Realität

Zu Recht verstärkt sich daher die allgemeine Kritik an der gegenwärtigen Ausgestaltung des Urheberrechts.²⁶ Die Digitalisierung und das Internet führten zu vorher undenkbaren Möglichkeiten der Vervielfältigung, Verbreitung und Schöpfung neuer

23 Einen Überblick über aktuelle Problemfelder und den Reformbedarf des Urheberrechts bieten auch die aktuellen Zusammenstellungen von *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, S. 13; *Ohly*, NJW-Beil. 2014, S. 47; *Peukert*, GRUR Beil. 2014, S. 77; *Spindler*, NJW 2014, S. 2550; *Leistner*, ZUM 2016, S. 580.

24 Ebenso *Leistner*, ZUM 2016, S. 580, 580.

25 Da sich die Rollen von Urhebern und Nutzern immer mehr überschneiden, kann eigentlich nie allein von der Person des Urhebers oder Nutzers gesprochen werden. Eine solche Person gibt es schlicht nicht. Im Folgenden bezeichnen „Nutzer“ und „Urheber“ damit nicht bestimmte Personengruppen, sondern bestimmte zu einem Zeitpunkt ausgeübte Rollen.

26 Siehe hierzu die vorstehend genannten Zusammenstellungen; ferner den zusammenfassenden Bericht der EU-Kommission zur öffentlichen Konsultation zum Urheberrecht vom Juli 2014, abrufbar unter: https://web.archive.org/web/20170301164758/http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf [letzter Abruf 14.02.2019, dem Verfasser vorliegend].

kreativer Werke und somit auch zu einer neuen Dimension kreativer Tätigkeit und Kommunikation.²⁷ Zugleich ermöglichten Digitalisierung und das Internet ein zuvor unbekanntes Ausmaß an technischer und rechtlicher Kontrolle über Werknutzungen. Als Konsequenz dieser gegenläufigen Entwicklungen sind massenhafte Rechtsverletzungen, Rechtsunsicherheit und Beschränkungen kreativer Tätigkeiten und technischer Möglichkeiten zu beobachten. Dies führt letztlich zur Frage der Legitimation und Existenzberechtigung des geltenden Urheberrechts.²⁸ Ein Abgleich der Regelungsziele des Urheberrechts mit den tatsächlichen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Gegebenheiten zeigt diesen wachsenden Widerspruch sehr deutlich.²⁹

I. Regelungsziele des Urheberrechts

Das Urheberrecht geht – zumindest in Kontinentaleuropa – grundsätzlich zunächst von der Person des Urhebers aus.³⁰ Nach § 11 UrhG schützt das Urheberrecht den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und dient der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werks durch Dritte. Neben diesen eher naturrechtlich-individualistisch ausgerichteten Begründungsansätzen wird das Urheberrecht und die Urheberrechtsdebatte auch in Kontinentaleuropa immer stärker von utilitaristisch-ökonomischen Gedanken geprägt.³¹ Dabei wird der Zweck des Urheberrechts nicht nur im Urheberschutz gesehen, sondern das Urheberrecht als notwendiges Mittel zur Förderung von Kultur und Fortschritt angesehen. Durch die Verleihung eigentumsähnlicher Ausschließlichkeitsrechte soll ein Anreiz zur Produktion kreativer Werke gesetzt werden.³²

Immer stärker wächst zudem die Bedeutung des Urheberrechts als gesetzgeberisches Mittel zur Optimierung der Schaffens- und Verbreitungsprozesse kreativer Werke im Interesse von Urhebern, Verwertern und Nutzern gleichermaßen.³³ Mit Hilfe des Urheberrechts sollen die Interessen der Gesamtgesellschaft an kultureller und wissenschaftlicher Vielfalt und Entwicklung, Zugang und Teilhabe an Kultur

27 Kerber, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 31, 50; Johnson, Fla. St. U. L. Rev. 2012, S. 623, 653 ff.

28 Zu Akzeptanz- und Legitimationsverlust in der Bevölkerung siehe etwa Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 70 ff.; Michalik, Lösungsansätze für das Urheberrecht in der digitalen Musikwelt, S. 117; Bauer, User Generated Content, S. 385; Lessig, Free Culture, S. 161.

29 Einen wesentlich umfangreicheren Vergleich von Schutzrechtsrechtfertigungen und tatsächlichen Gegebenheiten nahm kürzlich Nazari-Khanachayi, Rechtfertigungsnarrative, vor.

30 Schulze in: Dreier/Schulze, § 1 UrhG Rn. 1; Loewenheim in: Loewenheim, § 1 Rn. 4; Ahlberg in: BeckOK UrhG, Einführung zum UrhG Rn. 12; Schrickler/Loewenheim in: Schrickler/Loewenheim, Einleitung Rn. 10, 18.

31 Siehe zur Differenzierung zwischen individualistischen und kollektivistischen Begründungsansätzen Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 46 ff.; Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 83 ff.

32 Loewenheim in: Loewenheim, § 1 Rn. 4; Dreier in: Dreier/Schulze, Einleitung Rn. 14; Schrickler/Loewenheim in: Schrickler/Loewenheim, Einleitung Rn. 10, 18. Siehe zu den ökonomischen Hintergründen des Urheberrechts auch noch ausführlicher nachstehend unter Kap. 3. A. I.

33 Leistner/Hansen, GRUR 2008, S. 479, 485.

und Kulturgütern³⁴ und die Interessen von Verwertern und Urhebern in Ausgleich gebracht werden.³⁵

II. Tatsächliche Feststellungen

Vergleicht man diese Ziele mit den tatsächlichen Gegebenheiten im digitalen Kontext stellt man schnell fest, dass die dem Gesetz zugrundeliegenden Vorstellungen und die wirtschaftliche Realität oftmals divergieren oder sich gar offen widersprechen. Das Urheberrecht ist heutzutage nicht mehr nur ein Mittel zur Förderung kreativer Tätigkeit, sondern kann Kreativität und die Nutzung neuer technischer Potentiale auch be- und verhindern.³⁶

1. Behinderung von Kreativität

Die Eigenschaft des Urheberrechts, die Ausübung von Kreativität nicht nur zu fördern, sondern auch behindern zu können, wird besonders deutlich bei einer Betrachtung der legalen Möglichkeiten zur kreativen Umgestaltung fremder Werke und des Umgangs mit der kreativen Laien-Kultur im Internet.

Am deutlichsten wird die kreativitätshemmende Wirkung des Urheberrechts bei den unterschiedlichen Formen „transformativer“ Werknutzung. Dieser dem US-amerikanischen Rechtskreis entstammende Begriff umfasst alle Arten der Nutzung eines Werks, die eine neue schöpferisch-produktive Zweckrichtung besitzen.³⁷ Er umfasst somit sämtliche Arten von Nutzungshandlungen, bei denen durch Umgestaltungen, Zusammenfügungen oder auch die konkrete Form der Weitergabe oder Präsentation eine eigene, neue und teilweise abweichende inhaltliche Bedeutung geschaffen wird. Darunter fallen nicht nur moderne Ausdrucksformen der kreativen Nutzung wie Remix oder Mashup, sondern auch Hommage, Parodie, Pastiche, Collage, ja sogar Zitat oder Bezugnahme. Letztlich beruhen nahezu alle Formen kreativer Tätigkeit in irgendeiner Form und in unterschiedlichem Maße auf einer Nutzung bereits bestehender Werke.³⁸

Die Digitalisierung hat der transformativen Werknutzung eine nochmals stärkere Bedeutung verliehen. Die unterschiedlichen Methoden und Techniken kreativer Nutzung wurden drastisch verbilligt und vereinfacht, die globale, fast kostenlose Verbreitung der Produkte dieser kreativen Nutzungshandlungen ist nahezu jedermann möglich. Diese durch die Digitaltechnik begünstigten, auf anderen Werken aufbauenden Kulturtechniken sind – wie das Bundesverfassungsgericht nun aus-

34 *Loewenheim* in: *Loewenheim*, § 1 Rn. 8; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht Rn. 79, 432; *Ahlberg* in: *BeckOK UrhG*, Einführung zum UrhG Rn. 17; *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, Einleitung Rn. 19.

35 *Loewenheim* in: *Loewenheim*, § 1 Rn. 7; *Soppe* in: *BeckOK UrhG*, § 31 UrhG Rn. 1, 2.1; *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, Einleitung Rn. 4.

36 *Hilty*, in: *Ohly/Klippel* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 107, 118.

37 *Peifer*, *GRUR Prax.* 2013, S. 529, 530.

38 Siehe hierzu im Zusammenhang mit der Reichweite des § 24 UrhG beispielhaft *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 24 UrhG Rn. 1.

drücklich klargestellt hat – genauso schützenswerte künstlerische Tätigkeiten wie die Erstellung des Originals.³⁹

Wie sehr das Urheberrecht trotzdem die Ausübung kreativer Tätigkeiten und auch die Vornahme alltäglicher digitaler Handlungen, die für den Großteil aller Personen eine Selbstverständlichkeit sein dürften, beeinflusst, und damit die eigene Legitimation untergräbt, zeigen folgende Beispiele:

a) Entwicklung der Fanfiction-Kultur

Vor allem im Literaturbereich hat sich in den letzten Jahren die Erstellung sogenannter Fanfiction immer stärker etabliert.⁴⁰ Hierbei wird die Handlung eines literarischen Werks, Films, Comics oder Computerspiels von Dritten, im Regelfall Anhängern des Originals, weiterentwickelt. Es werden alternative Handlungen mit den Charakteren der Geschichte erzählt oder innerhalb der Erzählwelt des Originals eigene Geschichten entwickelt. Dieses Phänomen ist keineswegs neu. Bereits aus der Zeit der Aufklärung lassen sich vergleichbare Kulturtechniken nachweisen.⁴¹ Neu sind hingegen die Anzahl und weite Verbreitung dieser Werke, die auf die stark vereinfachten Möglichkeiten der Textproduktion und -verbreitung sowie auf die Etablierung entsprechender Fan-Portale im Internet zurückgeführt werden können.⁴² Auf diesen Portalen findet sich zu populären Werken eine unvorstellbare Menge an Geschichten in unterschiedlicher schriftstellerischer Qualität und Länge, die von Anhängern der Originalwerke verfasst wurden. Neben eigenen literarischen Werken finden sich dort auch alle nur denkbaren Formen der Fan-Kunst – Collagen, Bilder, Grafiken, Videos, Animationen und mehr. Die Plattformen dienen nicht nur der Präsentation des eigenen Werks, sondern auch dem Austausch mit Gleichgesinnten. Sie bieten hierdurch schriftstellerischen Laien eine einfache Möglichkeit, selbst schriftstellerisch tätig zu werden, ihre Werke zu verbreiten und kritisieren zu lassen, Techniken zu lernen und zu verfeinern oder sogar ihre Entdeckung zu ermöglichen.⁴³ Viele Verlage suchen inzwischen gezielt auf entsprechenden Plattformen nach neuen Talenten,⁴⁴ ihre Popularität wird längst kommerziell ausgenutzt. So war etwa die Bestseller-Trilogie „Fifty Shades of Grey“ der Autorin E. L. James ursprünglich eine Fanfiction-Reihe zu den „Twilight“-Büchern von

39 BVerfG Urt. v. 31.05.2016, GRUR 2016, 690 - Metall auf Metall; *Podszun*, ZUM, S. 606, 607 ff.

40 Siehe hierzu umfassend *Knopp*, GRUR 2010, S. 28; *Jenkins*, *Convergence Culture*, S. 171 ff.; *Jamison*, *Fic*; *Summerer*, *Illegale Fans*.

41 *Klang/Nolin*, *Skripted* 2012, S. 172, 187.

42 Die Fanfiction-Portale mit der größten Reichweite und Zahl an veröffentlichten Werken sind dabei zurzeit www.fanfiction.net mit über 750.000 Werken in der Welt von Harry Potter, 220.000 Werken auf Grundlage der Twilight-Saga und insgesamt mehreren Millionen Werken. Für den deutschsprachigen Raum ist www.fanfiktio.de mit zurzeit über 365.000 Fanfiction-Werken sowie über 165.000 sonstigen literarischen Werken das wohl erfolgreichste derartige Portal.

43 *Jenkins*, *Convergence Culture*, S. 179.

44 Siehe hierzu etwa den Beitrag von *Edidin*, *Publishers Are Warming to Fan Fiction, But Can It Go Mainstream?*, veröffentlicht auf [wired.com](http://www.wired.com) am 24.02.2014, abrufbar unter <https://www.wired.com/2014/02/fanfic-and-publishers/> [letzter Abruf 14.02.2019].

Stephanie Meyer. Die anhaltende Popularität der Figur Sherlock Holmes und der aktuelle Erfolg der Fernsehserie „Sherlock“ des BBC beruht in weiten Teilen auf Fan-Geschichten, die bereits in den 1930er Jahren erfolgreich waren und nun vor allem im Internet weite Verbreitung finden.⁴⁵

Viele der in der Fan-Kultur verwendeten Techniken und die dahinterstehenden Motive sind ebenfalls nicht neu, sondern aus anderen Bereichen der „Referenz-Kultur“ wie etwa der Appropriation Art bekannt oder zumindest damit verwandt.⁴⁶ Auch kulturgeschichtlich ist die Nachahmung oder Weiterentwicklung der Werke, Techniken und Stile der „Meister“ durch junge Künstler ein alter Hut.⁴⁷

Gleichwohl handelt es sich im absoluten Regelfall (nicht nur) nach deutschem Recht um Urheberrechtsverletzungen. In den seltensten Fällen wird, wie von § 24 UrhG gefordert,⁴⁸ ein hinreichender Abstand zum Original erreicht. Eine Lizenzierung ist in aller Regel nicht möglich.⁴⁹ Der Großteil dieser Kreativen handelt somit außerhalb des Rechts und ist sich dessen in aller Regel auch bewusst.⁵⁰ Obwohl es sich bei Fanfiction bei fehlender Gewinnerzielungsabsicht nur um eine kreative Auseinandersetzung mit bestehenden Werken unter Gleichgesinnten handelt, aus der häufig auch für Urheber und Verwerter wirtschaftliche Vorteile entstehen können, ist es diesen Kreativen nur unter der beständigen Gefahr einer eigenen Haftung möglich, ihre Werke anderen zur Verfügung zu stellen. Dies hat im Wege einer vorweggenommenen Selbstzensur zugleich Auswirkungen auf mögliche kreative Inhalte.

b) Remix, Mashup und Sampling

Weit verbreitet und vielfach diskutiert sind transformative Nutzungen auch im Musikbereich in Form von Remix, Mashup und Sampling.⁵¹ Mit Remix und Mashup vergleichbare digitale Kulturtechniken gibt es jedoch auch bei Werkarten außerhalb des Musikbereichs. Während bei einem Remix i. d. R. lediglich das

45 Jamison, Fic, S. 39 ff.

46 Missomelius, in: Mundhenke/Arenas/Wilke (Hrsg.), Mashups, S. 227, 234; eine genauere Definition und Abgrenzung zwischen Fan-Kunst und verschiedenen kulturellen Referenztechniken bietet Summerer, Illegale Fans, S. 26 ff.

47 Jenkins, Convergence Culture, S. 182; Cohen, in: Guibault/Hugenholtz (Hrsg.), Future of the Public Domain, S. 121, 143; Levine, Cardozo Arts & Ent. L.J. 2013, S. 717, 733.

48 Siehe hierzu m.w.N. Nordemann in: Fromm/Nordemann, §§ 23/24 UrhG Rn. 40 ff.

49 Knopp, GRUR 2010, S. 28, 30.

50 Viele Verfasser derartiger Geschichten versuchen mit Hilfe von vorangestellten Haftungsausschlüssen einer Verfolgung zu entgehen. Ein typischer Haftungsausschluss lautet dabei etwa: „Die Figuren und die Geschichte sind Eigentum von [...]. Bitte nicht verklagen!“

51 Siehe hierzu beispielhaft Lessig, Remix; Klang/Nolin, Skripted 2012, S. 172; Gelke, Mashups im Urheberrecht; Mundhenke/Arenas/Wilke (Hrsg.), Mashups; Peifer, ZUM 2016, S. 805; auch die Rechtsprechung befasste sich bereits ausführlich mit diesen Problemen, siehe etwa BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 670 - Metall auf Metall; BGH, Urt. v. 20.11.2008, GRUR 2009, 403 - Metall auf Metall I, Urt. v. 13.12.2012, GRUR 2013, 614 - Metall auf Metall II.

originale Werkstück umgestaltet wird, indem die vorhandenen Tonspuren desselben Stücks neu gemischt oder umgestaltet werden und somit eher eine Variation des Originals entsteht,⁵² ist ein Mashup eher mit einer Collage zu vergleichen.⁵³ Dabei werden Tonspuren verschiedener Lieder desselben Künstlers oder vollkommen unterschiedlicher Künstler miteinander vermischt. Insbesondere durch die Verbindung unterschiedlicher musikalischer Stile, oft auch aus unterschiedlichsten Epochen, entstehen vollkommen neuartige Kompositionen. Der ästhetische und kulturelle Reiz dieser Werke entsteht dabei oftmals insbesondere durch den Hommage-Charakter der Verwendung eines bekannten Werks in einer vollkommen neuen musikalischen Umgebung – etwa die Verbindung eines Beatles-Songs mit aktuellem Hip-Hop. Die ursprüngliche künstlerische Aussage wird durch die kreative Verbindung mit einem anderen Werk in ihrem Aussagegehalt erweitert. Beim Sampling werden wiederum einzelne kleinere Elemente, etwa Rhythmussequenzen aus einem Lied entnommen und in fortlaufender Wiederholung einem anderen Lied zugrunde gelegt.⁵⁴ Die Grenzen zwischen diesen Formen digitaler Kulturtechnik sind jedoch fließend, eine eindeutige Abgrenzung nicht immer möglich.

Die Schaffung dieser Werke wurde durch die digitale Technik enorm erleichtert, die einzige Hürde ist i. d. R. der Besitz eines Computers.⁵⁵ Entsprechend viele Personen versuchen sich an dieser Form der Kunst und präsentieren ihre neu geschaffenen Werke auf unterschiedlichen Plattformen im Internet der Allgemeinheit.⁵⁶ Auch hier wird mit der Veröffentlichung häufig kein unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil erstrebt. Die künstlerische Betätigung erfolgt häufig vielmehr aus intrinsischen Motiven, getrieben höchstens noch von dem Wunsch, eines Tages „entdeckt“ zu werden oder die eigene Bekanntheit zu steigern.⁵⁷

52 Siehe hierzu *Michalik*, Lösungsansätze für das Urheberrecht in der digitalen Musikwelt, S. 76; *Rosbach* in: Loewenheim, § 69 Rn. 57.

53 Siehe hierzu aus urheberrechtlicher Sicht *Gelke*, Mashups im Urheberrecht; umfassender aus verschiedenen wissenschaftlichen Perspektiven *Mundhenke/Arenas/Wilke (Hrsg.)*, Mashups.

54 Siehe hierzu aktuell BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690, Tz. 2 – Metall auf Metall.

55 Dass auch in der Vergangenheit viele berühmte Werke nach heutigem Verständnis eine unzulässige Bearbeitung darstellen würden, der der Originalurheber niemals zugestimmt hätte, stellt *Boyle*, Public Domain, S. 126 ff. am Beispiel bekannter Songs von Ray Charles dar. Dies zeigt, dass Kultur sich schon immer auch jenseits rechtlicher Grenzen bewegt hat. Es wirft aber auch die Frage auf, ob ein Urheber oder Leistungsschutzberechtigter derartige Bearbeitungen tatsächlich verbieten können sollte.

56 Die wichtigsten Plattformen für den Austausch selbst produzierter (eigener und bearbeiteter) Musikstücke sind nach dem Schwinden der Bedeutung von MySpace seit einigen Jahren www.soundcloud.com und www.bandcamp.com.

57 Das Internetportal netzpolitik.org hat über mehrere Jahre hinweg inzwischen mehr als 50 Interviews mit digitalen Remix oder Adaptionen-Künstlern geführt, die ein sehr gutes Bild der rechtlichen und praktischen Möglichkeiten und dem Umgang der Künstler damit bieten. Alle Interviews sind abrufbar unter <https://netzpolitik.org/tag/remixerin/> [letzter Abruf 14.02.2019].

Ungeachtet dessen verletzt diese kreative Praxis nach deutschem Recht in aller Regel die Urheberrechte der ursprünglichen Komponisten und Textdichter sowie die Leistungsschutzrechte der Tonträgerhersteller. Zwar wäre eine Lizenzierung der verwendeten Lieder theoretisch möglich und wird bei professionellen Remix- und Mashup-Künstlern auch durch deren Verwerter vorgenommen. Für den weitaus größten Teil der Künstler stellt dies jedoch keine realistische Option dar.⁵⁸ Selbst wenn sie die Rechtsinhaber um Erlaubnis bitten würden, würde ihnen diese in den meisten Fällen verwehrt. Allein der Aufwand, die Vielzahl von Anfragen zu prüfen, ist aus Sicht des jeweiligen Verwerter nicht lohnenswert.⁵⁹ Dem zahlenmäßig größten Teil der kreativ Tätigen – den Laien – stehen somit keine legalen Möglichkeiten zur Verfügung.⁶⁰ Das vom Bundesverfassungsgericht kürzlich geöffnete Tor für eine weitergehende Nutzbarkeit fremder Werke im Rahmen des Samplings⁶¹ weist zwar in die richtige Richtung, löst aber nicht das zugrundeliegende Problem für viele kreative Laien-Musiker. Zudem bleibt fraglich, wie sich der EuGH in dem vom BGH⁶² vorgelegten Vorabentscheidungsverfahren zu dieser Frage positionieren wird.⁶³

c) Bearbeitung und Verbreitung von Bildern

Auch bei Bildern und Fotografien treten im digitalen Raum zahlreiche Konflikte zwischen bestehendem Recht und alltäglichem kreativen oder sozialen Nutzungsverhalten auf. Aufgrund des Leistungsschutzrechts für Lichtbilder in § 72 UrhG ist dabei jeder Schnappschuss bereits geschützt⁶⁴ und damit urheberrechtlich relevant.

Im digitalen Alltag kommt es zu unzähligen unbewussten Urheberrechtsverletzungen bei der Verbreitung fremder Bilder und Fotografien, vor allem bei Nutzung sozialer Medien. Viele Social-Media-Dienste bieten die Möglichkeit, Inhalte mit „Freunden“, „Followern“ oder auch der Allgemeinheit zu teilen. Je nach konkreter Gestaltung des Dienstes, Nutzungsbedingungen, persönlichen Einstellungen, Her-

58 Siehe hierzu wiederum die zahlreichen Äußerungen, festgehalten in den unter <https://netzpolitik.org/tag/remixerin/> [letzter Abruf 14.02.2019] abrufbaren Künstler-Interviews.

59 So erhalten etwa Personen, die bei Disney nach der Erlaubnis für die Nutzung von Ausschnitten aus Filmen für private Zwecke fragen, die Standard-Antwort: „[...] *Due to the growing number of requests that we are receiving from individuals, school groups, churches, corporations and other organisations that wish to use clips from our productions as part of their video projects and other similar uses, we have had to establish a general policy of non-cooperation with requests of this nature.*“ zitiert nach Lee, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1488.

60 Lessig, in: Fitzgerald (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 36, 43; Kreuzer, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 107, 123.

61 BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690 – Metall auf Metall.

62 BGH, Beschl. v. 01.06.2017, I ZR 115/16 – Metall auf Metall III.

63 Nach den Schlussanträgen des Generalanwalts Szpunar vom 12.12.2018, abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62017CC0476&langl=de&type=TXT&ancre=> [letzter Abruf 28.02.2019], besteht nach dem europäischen Recht kein Spielraum für Sampling, wie noch vom BVerfG angenommen.

64 Thum in: Wandtke/Bullinger, § 72 UrhG Rn. 5.

kunft des Bildes und konkreter Form des „Teilens“, besteht hier die beständige Gefahr einer, für die meisten Beteiligten unbewussten, Urheberrechtsverletzung.⁶⁵

Dieser Umstand erhält durch die fortschreitende Verlagerung des allgemeinen sozialen Diskurses in soziale Netze und digitale Medienformate noch größere Bedeutung. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass der soziale Diskurs immer häufiger nicht nur auf rein textlicher Ebene erfolgt (wie im Falle eines Briefs, eines Buchs, einer Zeitung oder eines Gesprächs). Bilder und Videos treten immer häufiger neben oder an die Stelle der rein textuellen Kommunikation.⁶⁶ Sofern es sich dabei nicht um einen rein privaten Kommunikationsvorgang handelt, geht damit die alltägliche Kommunikation immer häufiger mit einer Verletzung von Urheber- oder Leistungsschutzrechten einher.⁶⁷

Darüber hinaus findet sich immer häufiger eine neuere Art transformativer Bildnutzung im Internet in Gestalt satirischer oder humoristischer Veränderungen bestehender Bilder und – an der Schnittstelle zwischen Bild und Film – in Form von GIF-Dateien⁶⁸ und sogenannten Memen.⁶⁹ Bei GIF-Dateien kann, wie bei Mashups im Musikbereich, durch die Zusammenfügung verschiedener Bilder eine neue Aussage gewonnen werden, die sowohl unterhaltsam-humoristisch als auch politisch sein kann. Für die Veränderung „gewöhnlicher“ Bilder werden – im einfachsten Fall – kurze Texte oder Sprüche in das Bild eingefügt, die dem Bild einen vollkommen neuen Aussagegehalt vermitteln können. Dieser kann rein unterhaltend sein, ebenso häufig aber auch kritisch oder politisch.⁷⁰ Die technische Hürde für solche Werke und ihre Verbreitung ist sehr niedrig. Auch diese Form der Internet-Kultur ist in den seltensten Fällen mit dem europäischen Urheberrecht vereinbar.⁷¹ Sie

65 *Spindler*, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, S. 131, 133 ff.

66 *Lessig*, Remix, S. 69.

67 Siehe hierzu ausführlicher bei *Spindler*, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), Rechtshandbuch Social Media, S. 131, 133 ff.

68 Eine GIF-Datei ist aus technischer Sicht eigentlich eine Bilddatei, zeigt jedoch eine Abfolge verschiedener Bilder. Siehe hierzu Wikipedia: Graphics Interchange Format, abrufbar unter https://de.wikipedia.org/wiki/Graphics_Interchange_Format [letzter Abruf 14.02.2019]. Diese Datei kann aus einigen wenigen Bildern bestehen, aber auch einer kurzen Filmsequenz nahekommen.

69 Siehe hierzu *Maier*, GRUR Prax. 2016, S. 397.

70 Siehe hierzu etwa das von *Maier*, GRUR Prax. 2016, S. 397, 397 angesprochene Bild von Angela Merkel und Barack Obama anlässlich des G7-Gipfels in Elmau.

71 Siehe für eine Übersicht *Kühl*, Socially Awkward Urheberrecht, veröffentlicht auf ZEIT.de am 04.09.2015, abrufbar unter <http://www.zeit.de/digital/internet/2015-09/getty-images-urheberrecht-meme-socially-awkward-penguin/seite-2> [letzter Abruf 14.02.2019]; für eine Übersicht auch mit Blick auf die rechtlichen Probleme (aus US-amerikanischer Sicht) *Patel*, UCLA Ent. L. Rev. 2013, S. 235; *Dewey*, How copyright is killing your favorite memes, veröffentlicht auf [washingtonpost.com](http://www.washingtonpost.com) am 14.02.2019, abrufbar unter <https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2015/09/08/how-copyright-is-killing-your-favorite-memes/> [letzter Abruf 25.03.2017]; *Maier*, GRUR Prax. 2016, S. 397, 398 hält hingegen eine Privilegierung als Parodie auf Grundlage der Deckmyn-Entscheidung des EuGH v. 3.09.2014, C-201/13 für möglich.

existiert daher nahezu ausschließlich außerhalb des rechtlichen Systems, obwohl ihr durchaus kreatives und demokratisches Potential zugeschrieben werden kann.⁷²

2. Marktversagen bei der Nutzung technischer Potentiale

Das Urheberrecht macht zudem immer wieder neue Geschäftsmodelle faktisch unmöglich, weil eine Rechtklärung nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich wäre oder Verwerter ihre Macht dazu einsetzen, alternative Angebote und konkurrierende Geschäftsmodelle klein zu halten. Die Kluft zwischen den theoretisch bestehenden digitalen Möglichkeiten und ihrer legalen Nutzbarkeit wird daher immer größer.⁷³ Es handelt sich somit um ein Marktversagen, ausgelöst durch das Urheberrecht.

Das Internet und die Digitalisierung bieten Möglichkeiten, von denen die Menschheit in früheren Zeiten niemals hätte träumen können. Nahezu sämtliche Formen klassischer analoger Medien können mit verhältnismäßig geringem Aufwand digitalisiert werden. Überspitzt formuliert kann heutzutage jedes beliebige Werk von jedermann an jedermann ohne größeren eigenen Aufwand weitergegeben werden, ohne dass der Weitergebende dabei auf sein Werkexemplar verzichten muss.⁷⁴ Es ist so einfach wie nie zuvor, Informationen, Medien und Inhalte an beliebig viele Empfänger zu übermitteln oder eine entsprechende Öffentlichkeit herzustellen. Dies bringt immer mehr Menschen Zugang zu Medien, Informationen und Inhalten und führt aus kreativer Sicht letztlich zu einer totalen Transformation der Schaffensrealität.⁷⁵ Das Internet wäre damit eigentlich das ideale Medium, um Wissen, Informationen und kulturelle Produkte kostengünstig zirkulieren zu lassen und Menschen bei der Weiterentwicklung dieses Wissens und der Schaffung kreativer Werke zu unterstützen. Es spricht allerdings einiges dafür, dass diese Potentiale bei Weitem noch nicht ausgeschöpft sind.⁷⁶

Es besteht auch eine starke Nachfrage nach einer Möglichkeit zur Nutzung dieser Potentiale – gleichwohl kommt es dazu nicht, weil Verwerter sich neuartigen Geschäftsmodellen verweigern. Die gravierende Rolle des Urheberrechts bei der Ausbremsung dieser Potentiale⁷⁷ zeigt sich etwa bei einem Vergleich legaler und illegaler Bezugsmöglichkeiten für verschiedene Inhalte. In vielen Bereichen (insbe-

72 Patel, UCLA Ent. L. Rev. 2013, S. 235, 253: „*The meme has become a vehicle for expressing ideas in a way that is unique and that clearly communicates the author’s message.*“ Im Ergebnis geht Patel von der grundsätzlichen Privilegierungsfähigkeit von Internet Memen nach dem Fair Use Prinzip aus (S. 256).

73 Hilty, in: Ohly/Klippel (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107, 110.

74 Sucker, Digitaler Werkgenuss, S. 9; Flechsig, ZGE/IPJ 2011, S. 19, 19 f.; Grassmuck, Freie Software, S. 37.

75 Kreutzer, Copy.Right.Now!, S. 45, 51 f.

76 Die Verwerter und ihnen folgend der Gesetzgeber sehen jedoch oftmals offenbar eher die Gefahren als die Potentiale einer neuen Technologie, konstatieren Grünberger, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1, 4; Sucker, Digitaler Werkgenuss, S. 10; Kreutzer, Modell des Urheberrechts, S. 262.

77 Ohly, in: Eifert (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Innovation, S. 279, 285.

sondere bei Filmen, Musik, E-Books und Software) beschränken Verwerter immer noch künstlich den Zugriff auf Inhalte zum Zweck vermeintlicher Gewinnmaximierung, etwa im Wege des Exklusivvertriebs, zeitlich versetzter Veröffentlichungen oder geographischer Beschränkungen. Es wird weiterhin versucht, auf klassische Vertriebskanäle zurückzugreifen, obwohl die Nutzer längst die Möglichkeit haben, sich abseits dieser Vertriebskanäle einfacher und schneller mit den Inhalten zu versorgen. Nicht ohne Grund wird insoweit häufig behauptet, dass letztlich eine angemessen bepreiste und zu fairen Konditionen zeitnah nach Veröffentlichung zur Verfügung gestellte Kopie eines Werks die wirksamste Methode gegen Piraterie sein dürfte.

3. Verlust der Anerkennung als fairer Interessenausgleich

Das Urheberrecht dient auch⁷⁸ dem Ausgleich der Interessen zwischen Verwertern und Urhebern sowie zwischen Nutzern, der Allgemeinheit, Urhebern und Verwertern.⁷⁹ In den Grundrechten findet der Interessenausgleich seine Verankerung in der Abwägung zwischen der Schutzrechtsausgestaltung und der Sozialbindung sämtlichen Eigentums in Art. 14 Abs. 2 GG bzw. Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRC, wobei die kreative Tätigkeit selbstverständlich oftmals noch eine Vielzahl weiterer Grundrechte berührt.⁸⁰ Es drängt sich jedoch immer mehr der Verdacht auf, dass insbesondere im digitalen Umfeld nicht mehr von einem angemessenen Ausgleich der einzelnen betroffenen Interessen gesprochen werden kann.

a) Verhältnis zwischen Verwertern und Urhebern

Dies betrifft zunächst das Verhältnis von Verwertern und originären Urhebern.⁸¹ In der Dogmatik des Interessenausgleichs werden ihre Interessen regelmäßig gleichgesetzt. Eine Abwägung erfolgt nur zwischen den Interessen von Urhebern/Verwertern und der Allgemeinheit der Nutzer.⁸² Dies ist erstaunlich, wenn man berücksichtigt, dass den Verwertern wirtschaftlich innerhalb des Interessenaus-

78 Siehe zu den Regelungszielen des Urheberrechts ausführlicher vorstehend unter Kap. 1 A. I.

79 Erwägungsgrund 31 RL 2001/29/EG; *Loewenheim* in: *Loewenheim*, § 1 Rn. 7 f. *Schulze* in: *Dreier/Schulze*, § 1 UrhG Rn. 2.

80 *Kreutzer*, *Modell des Urheberrechts*, S. 107; *Loewenheim* in: *Loewenheim*, § 1 Rn. 8.

81 Mit dem Begriff „Verwerter“ sind im Folgenden (jur.) Personen gemeint, welche die beim Urheber originär mit dem Schöpfungsakt entstandenen Rechte auf Grundlage vertraglicher Beziehungen mit dem Urheber wirtschaftlich verwerten. Der Begriff „Urheber“ soll hingegen lediglich die eigentlich schöpferisch tätige Person bezeichnen, bei der gem. § 7 UrhG originär Urheberrechte entstehen. Der Begriff „Rechtsinhaber“ umschreibt hingegen die Inhaberschaft an Urheberrechten unabhängig davon, ob originär (als schöpferisch tätiger Urheber) oder derivativ (als Verwerter).

82 *Kreutzer*, *Modell des Urheberrechts*, S. 109 ff.; gegen die übliche Gleichsetzung der Interessen von Urhebern und Verwertern auch ausdrücklich *Hilty*, in: *Ohly/Klippel* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 107, 114.

gleichs eine beherrschende Stellung zukommt⁸³ und Urheber häufig vollkommen andere Interessen haben als ihre Verwerter.⁸⁴

Die strukturelle Unterlegenheit einzelner Urheber gegenüber Verwertern ist keineswegs neu.⁸⁵ Immer wieder wurde versucht, über das Urhebervertragsrecht zu einem faireren Verhältnis zu gelangen⁸⁶ – jedoch aus Sicht der Urheber bisher bei weitem nicht ausreichend.⁸⁷ Weiterhin sind in vielen kreativen Bereichen Buy-Out-Verträge die absolute Regel.⁸⁸ Dabei werden regelmäßig nicht nur die tatsächlich für die konkrete Form der Verwertung nötigen Rechte eingeräumt, sondern sämtliche Rechte „auf Vorrat“ erworben.⁸⁹ Im Musikbereich haben sich darüber hinausgehende 360-Grad-Verträge etabliert, bei denen dem Verwerter nicht nur alle Nutzungsrechte eingeräumt werden, sondern ihm auch ein Anteil an allen sonstigen Einnahmen des Künstlers (Auftritte, Merchandising usw.) garantiert wird.⁹⁰ Im Literaturbereich ist neben den aktuellen Streitigkeiten über angemessene Übersetzerhonorare⁹¹ der beständige Kampf der Schriftsteller gegen die „Enteignung“ durch die Verlage Beleg für die These von der Gegensätzlichkeit der Interessen von Urhebern und Verwertern.⁹² Weitere Beispiele sind Nutzungsverträge von Bildagenturen,⁹³ die Bedingungen des wissenschaftlichen Zeitschriftenmarkts⁹⁴ oder Arbeitsverträge angestellter Software-Entwickler.⁹⁵

83 *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts, S. 110.

84 Siehe hierzu insbesondere aus kreativitätspsychologischer Sicht nachstehend unter Kap. 3 B.

85 Vergleiche etwa BVerfG Beschl. v. 27.7.2005, 1 BvR 2501/04, NJW 2006, 596, 598 – Xavier Naidoo; Beschl. v. 23.10.2013, 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46, Tz. 74 ff. – Übersetzerhonorare.

86 *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 3 ff. Zuletzt machten in diesem Bereich zwei neue Entwürfe zur Lösung des Problems einer angemessenen Vergütung auf sich aufmerksam, siehe hierzu *Peifer*, ZUM 2015, S. 437; *Pfennig*, ZUM 2015, S. 443.

87 *Berger*, ZUM 2010, S. 90; *Sprang*, ZUM 2010, S. 116; *Hoeren*, in: *Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst* (Hrsg.), Festschrift *Wandtke*, S. 159, 185 f.; *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, § 32 UrhG Rn. 3.

88 *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 92; *Jani* in: *Medienrecht Praxishandbuch*, Teil 2 Kap. 1 Rn. 242.

89 *Jani* in: *Medienrecht Praxishandbuch*, Teil 2 Kap. 1 Rn. 193, der darin aber kein tatsächliches Problem zu sehen scheint.

90 Siehe für eine umfassende Schilderung des Zustands der Musikindustrie diesbezüglich etwa *Steinbau*, Peter Tschmuck: „Streaming können Musiker als Einnahmequelle vergessen“, veröffentlicht auf [irights.info](http://irights.info/artikel/peter-tschmuck-streaming-koennen-musiker-als-einnahmequelle-vergessen/25912) abrufbar unter <http://irights.info/artikel/peter-tschmuck-streaming-koennen-musiker-als-einnahmequelle-vergessen/25912> [letzter Abruf 14.02.2019].

91 Den vorläufigen Abschluss dieser Diskussion bildete die Entscheidung des BVerfG v. 23.10.2013, 1 BvR 1842/11, NJW 2014, 46 – Übersetzerhonorare.

92 Diese Erkenntnis wurde jedoch bereits 1969 öffentlich kundgetan und problematisiert, siehe *Dietz*, GRUR 1972, S. 11.

93 OLG Hamburg, Urt. v. 1.6.2011, GRUR-RR 2011, 293 – Buy-out mit Pauschalabgeltung; *Schulze* in: *Dreier/Schulze*, § 32 UrhG Rn. 56.

94 *Krujatz*, Open Access, S. 40 ff.; *Hilty*, GRUR Int. 2006, S. 179; *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen, S. 165 ff.

95 *Grützmacher* in: *Wandtke/Bullinger*, § 69b UrhG Rn. 27.

Damit konterkarieren die Verwerter aber im Ergebnis die zentralen urheberrechtlichen Rechtfertigungsnarrative, auf denen ihr Geschäftsmodell fußt.⁹⁶ Deutlich wird hierdurch auch, dass es bei Forderungen nach einem besseren Schutz bestenfalls mittelbar um Urheberschutz, primär aber um Schutz der Verwerter geht.⁹⁷ Der Wunsch der Verwerter, durch eine bewusst restriktive Lizenzierungspolitik auch sämtliche nachgeordneten Verwertungsschritte („Downstream Value“) alleine kontrollieren und gewinnbringend verwerten zu können, macht es zudem für andere Urheber schwieriger und damit unwahrscheinlicher, selbst kreativ tätig zu werden.⁹⁸

b) Verhältnis zwischen Verwertern und Nutzern

Noch deutlicher ist die Schieflage des Interessenausgleichs im Verhältnis zwischen Verwertern und Nutzern im digitalen Kontext. Dank Digitalisierung und gesetzgeberischer Unterstützung⁹⁹ sind Verwerter nunmehr in der Lage, die Nutzung ihrer Inhalte in einem zuvor ungekannten Ausmaß zu kontrollieren – faktisch und rechtlich. Statt „Besitz“ an Inhalten erhält der Nutzer immer häufiger nur noch ein Zugangsrecht.¹⁰⁰ Regelmäßig unterliegt sogar der bloße Konsum des Werks in digitaler Form der Verbotsmacht des Urhebers bzw. Verwerter.¹⁰¹ Dies gestattet es den Verwertern, mittels Nutzungsbedingungen die Rechte der Nutzer nahezu beliebig (und oftmals für den Nutzer unerkant) einzuschränken und gleichzeitig weitreichende Einverständniserklärungen zur Nutzung von persönlichen Daten oder bei der Nutzung anfallender Daten einzufordern.¹⁰² Der Nutzer erhält somit oft immer weniger Rechte, muss dafür aber immer mehr von sich preisgeben. Zudem können Verwerter den Zugang nach Belieben auf technischem Wege beschränken.¹⁰³ Die

96 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983, 984 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 63.

97 *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 71; *Hilty*, ZUM 2003, S. 983, 985, 994, 999.

98 *Benkler*, Fed. Comm. L.J 2000, S. 561, 563 siehe hierzu bereits vorstehend unter Kap. 1 A. II. 1.

99 Im Wege der faktischen Ausweitung des Vervielfältigungsrechts, des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung und der Einführung eines Umgehungsschutzes; siehe zu dieser Problematik ausführlicher nachstehend unter Kap. 1 B. I. 1.

100 Kritisch zu dieser Entwicklung bereits zu einem sehr frühen Zeitpunkt *Rifkin*, Access; siehe ferner *Lessig*, Remix, S. 46.

101 Siehe hierzu ausführlich *Peukert*, in: *Hilty* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11; *Sucker*, Digitaler Werkgenuss.

102 *Flehsig*, ZGE/IPJ 2011, S. 19, 23. Sehr weit verbreitet ist etwa die Beschränkung der erteilten Nutzungslizenz auf private Nutzung, siehe etwa Zif. 1 der Kindle-Shop-Nutzungsbedingungen von Amazon, abrufbar unter <https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950> [letzter Abruf 14.02.2019] oder im Abschnitt „Nutzungsregeln“ der iTunes-AGB, abrufbar unter <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/de/terms.html> [letzter Abruf 14.02.2019]. Darüber hinaus wird – ungeachtet der strittigen Frage der Erschöpfungswirkung beim „Kauf“ digitaler Inhalte - in aller Regel schuldrechtlich die Weitergabe von Inhalten untersagt. Andere Regelungen beschränken etwa die Zahl oder Art der Abspielgeräte oder Software oder den geographischen Ort der Nutzung.

103 Wobei sich bisher keine technische Hürde gegen Vervielfältigungen als dauerhaft zuverlässig erwiesen hat. Sämtliche technischen Schutzmaßnahmen können durch kundige Nutzer i. d. R. nach einiger Zeit umgangen werden. Die technische Ein- oder Beschränkung von Zugang ist damit in aller Regel nur eine technische Zugangshürde, kein absolutes Hindernis.

Regelungen zum Umgehungsschutz zementieren diese einseitige Gestaltungsmacht.¹⁰⁴ Ein weiteres Element derselben Entwicklung ist der Trend zur Bündelung von Inhalten sowie die Etablierung von Abo-Modellen, obwohl die digitale Technik (anders als etwa bei Print-Zeitschriften oder CDs) aufgrund geringerer Vertriebs- und Distributionskosten einen „Einzelverkauf“ viel eher unterstützen würde.¹⁰⁵ Durch häufig vorzufindenden exklusiven Vertrieb von Inhalten bleibt dem Nutzer oftmals nichts anderes übrig, als ein Paket von Inhalten zu erwerben. Dadurch erhält der Verwerter oftmals die Möglichkeit, auch für urheberrechtlich nicht geschützte Bestandteile seines Pakets die urheberrechtlichen Umgehungsverbote in Anspruch zu nehmen.¹⁰⁶ Im Ergebnis wird so die Trennung zwischen Form und Inhalt faktisch immer mehr aufgegeben, da der Inhalt technisch nicht mehr ohne die konkrete, vom Verwerter vorgegebene Form wahrnehmbar wird.¹⁰⁷ Im Ergebnis wird der Nutzer somit in mehrfacher Hinsicht immer stärker von einigen wenigen Verwertern abhängig.¹⁰⁸

Der „Missbrauch“ des Urheberrechts durch Rechtsinhaber ist jedoch noch facettenreicher – dementsprechend leidet seine öffentliche Wahrnehmung immer stärker: Immer häufiger dient das Urheberrecht auch als Mittel zur Kontrolle oder „Zensur“ unerwünschter Inhalte. Entweder wird versucht, mittels Urheberrecht eine Verbreitung zu verhindern¹⁰⁹ oder es werden bewusst bestimmte Rechtsverletzungen zunächst geduldet, um sie bei Missfallen jederzeit unterbinden zu können.¹¹⁰ Dies dürfte einer der Gründe dafür sein, dass die Rechtsdurchsetzung aus Sicht vieler Nutzer immer willkürlicher und zufälliger erscheint und damit immer häufiger als unangemessen empfunden wird.

104 *Wiebe*, in: Taeger/Wiebe/Kilian (Hrsg.), Festschrift Kilian, S. 603, 619; *Flechsigt*, ZGE/IPJ 2011, S. 19, 21; *Rifkin*, Access, S. 141.

105 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983, 990.

106 *Guibault*, in: Guibault/Hugenholtz (Hrsg.), Future of the Public Domain, S. 87, 95; *Wiebe*, in: Taeger/Wiebe/Kilian (Hrsg.), Festschrift Kilian, S. 603, 618; zur Frage der Wirksamkeit derartiger Verträge und Bedingungen *Peukert*, Gemeinfreiheit, S. 227 ff.

107 *Hilty*, ZUM 2003, S. 983, 990; *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 13.

108 *Rifkin*, Access, S. 141; *Wiebe*, in: Taeger/Wiebe/Kilian (Hrsg.), Festschrift Kilian, S. 603, 619; *Flechsigt*, ZGE/IPJ 2011, S. 19, 21.

109 So versuchte etwa die Bundesregierung wiederholt, die Verbreitung politisch unliebsamer Inhalte mit Hilfe des Urheberrechts zu unterbinden. Beispiel hierfür sind die Veröffentlichung einer nach IFG herausgegebenen Stellungnahme des Innenministeriums zur Einführung einer 2,5 %-Klausel im Europawahlrecht (siehe hierzu: *Meister*, Zensurheberrecht: FragDenStaat verklagt die Bundesrepublik und gewinnt, ohne es zu wissen, veröffentlicht auf netzpolitik.org am 14.02.2019, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2014/zensurheberrecht-fragdenstaat-verklagt-die-bundesrepublik-und-gewinnt-ohne-es-zu-wissen/> [letzter Abruf 26.03.2017]) oder die Veröffentlichung von Berichten der Bundeswehr an den Bundestag („Afghanistan Papers“) - siehe hierzu OLG Köln, Urt. v. 12.05.2015, 6 U 5/15 - nicht rechtskräftig; auch die Bayerische Staatsregierung versuchte bereits wiederholt, mit Hilfe des Urheberrechts gegen ihr unliebsame NS-Nachdrucke vorzugehen, siehe hierzu etwa *Mühlbauer*, Zeitungszeugen-Beschlagnahmebeschluss war rechtswidrig, veröffentlicht auf Telepolis am 21.04.2009, abrufbar unter <https://www.heise.de/tp/features/Zeitungszeugen-Beschlagnahmebeschluss-war-rechtswidrig-3380914.html> [letzter Abruf 14.02.2019].

110 Siehe zur Problematik der „geduldeten Nutzung“ ausführlich nachstehend unter Kap. 2 A. II.

Die Folge davon ist, dass das Urheberrecht immer weniger als fairer Interessenausgleich, sondern oft nur noch als Mittel der Macht und Kontrolle für „die Verwerterindustrie“ wahrgenommen wird.¹¹¹ Die gravierendste Folge des gescheiterten Ausgleichs ist schließlich der oft beklagte Legitimationsverlust des Urheberrechts.

B. Erklärungsansätze

Die geschilderte Diskrepanz zwischen Regelungszielen und Realität beruht letztlich auf einer Vielzahl verschiedener Gründe. Es lassen sich jedoch einige besonders wichtige Gründe hervorheben. Dabei kann zwischen Folgen der Digitalisierung für das Urheberrecht und einigen im Urheberrecht seit jeher angelegten Ursachen differenziert werden. Die Herausarbeitung dieser Ursachen soll im weiteren Verlauf dazu dienen, die Hintergründe für das Entstehen bestimmter Selbstregulierungsansätze besser zu verstehen und um beurteilen zu können, inwiefern diese Ansätze geeignet sein könnten, einige der hier genannten Problemursachen zu bekämpfen.

I. Andere Wirkung des Urheberrechts im digitalen Kontext

Der wohl wichtigste Faktor für die eingangs skizzierten Probleme dürfte die andere Wirkung des Urheberrechts im digitalen Umfeld aufgrund der technischen Umstände und der geänderten gesetzlichen Bedingungen sein. Dies betrifft vor allem die veränderte Bedeutung des Vervielfältigungsakts und das neugeschaffene Recht auf öffentliche Zugänglichmachung. Zudem führte die Digitalisierung zu einer wesentlich höheren Komplexität in den Beziehungen aller beteiligter Akteure – sowohl in rechtlicher als auch in technischer Hinsicht.

1. Unterschiede zwischen digitalem und analogem Urheberrecht

Das digitale Urheberrecht weist gegenüber dem „klassischen“ analogen Urheberrecht eine Reihe von Besonderheiten auf. Diese könnten eine der Ursachen für die Probleme des digitalen Urheberrechts sein.

a) Anknüpfung am Vervielfältigungsakt

Am deutlichsten ist der Unterschied zwischen digitalem und analogem Urheberrecht bei einem Blick auf das Vervielfältigungsrecht. Das Vervielfältigungsrecht ist historisch betrachtet der elementare Kern des Urheberrechts, das „vornehmste Recht“ oder „Königsrecht“ des Urhebers.¹¹² Auch die historische Entwicklung von

111 *Aigrain/Aigrain*, Sharing, S. 24; belegen lässt sich dies zum Teil auch mit typischen moralischen Rechtfertigungen für die gezielte Verletzung von Urheberrechten. Studien zeigen, dass Piraterie i. d. R. neben mangelnden legalen Alternativen und als zu hoch empfundenen Preisen vor allem mit einer starken Abneigung gegen Verwerter gerechtfertigt wird. Siehe zur moralischen Rechtfertigung von Musikpiraterie etwa *Chiou u. a.*, J. Bus. Ethics 2005, S. 161; *Huang*, IJEC 2005, S. 37; für den Bereich der Software-Piraterie etwa *Bhal/Leekha*, J. Bus. Ethics 2008, S. 635; *Goode/Cruise*, J. Bus. Ethics 2006, S. 173.

112 *Heerma* in: Wandtke/Bullinger, § 16 UrhG Rn. 1; *Schrader/Weber*, UFITA 2011, S. 494, 518; *Flehsig*, ZGE/IPJ 2011, S. 19, 21.

Investitionsschutzrechten für Verlage hin zum „geistigen Eigentum“ des Urhebers nahm ihren Ausgang bekanntermaßen zunächst im Recht bzw. Privileg der Verleger, die Vervielfältigung und Verbreitung ihrer gedruckten Werke kontrollieren zu können, ehe sich die Lehre vom „geistigen Eigentum“ des Urhebers und noch später erst die Lehre vom Urheberpersönlichkeitsrecht entwickeln konnte.¹¹³

Geradezu konträr ist die Bedeutung der Vervielfältigung im digitalen Umfeld. Die Vervielfältigung ist regelmäßig eine vollkommen nebensächliche, oftmals sogar unbewusste Folge gewöhnlicher Nutzungshandlungen. Der bloße Konsum eines geschützten digitalen Werks ist allein wegen der damit einhergehenden Vervielfältigungen regelmäßig urheberrechtlich relevant.¹¹⁴ Die Schranke des Art. 5 Abs. 1 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG bzw. des § 44a UrhG sollte dieses Problem eigentlich lösen,¹¹⁵ erfasst aber bei weitem nicht alle tatsächlich anfallenden vergleichbaren Vervielfältigungen.¹¹⁶ Die Reichweite des digitalen Vervielfältigungsrechts führt daher dazu, dass nahezu jedermann im Rahmen alltäglicher digitaler Handlungen und Kommunikation immer wieder bewusst oder unbewusst gegen geltendes Urheberrecht verstößt.¹¹⁷

Diese massenhafte, unbewusste Vervielfältigung untergräbt dabei einen wesentlichen Bestandteil der urheberrechtlichen Rechtfertigung: die Trennung von Inhalt und Form.¹¹⁸ Das Vervielfältigungsrecht knüpft an einem konkreten Werkexemplar an und basiert somit auf der grundsätzlichen Trennung von Form und Inhalt. Diese Merkmale verlieren im digitalen Umfeld jedoch an Kontur. Die „Einmaligkeit“ eines Werks – welche sich primär aufgrund der konkreten Werkform ergibt und wesentliche Voraussetzung des urheberrechtlichen Schutzes ist – verliert im digita-

113 Allgemein: *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 22; *Loewenheim/Vogel* in: *Loewenheim*, § 2 Rn. 7; eine gute Zusammenfassung der Entwicklung mit Fokus auf dem Verhältnis von Urheberschutz und Verwerterrecht bietet *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 12 ff.

114 *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts, S. 269; *Heerma* in: *Wandtke/Bullinger*, § 16 UrhG Rn. 16; umfassend zur urheberrechtlichen Relevanz von Nutzungshandlungen *Sucker*, Digitaler Werkgenuss, S. 86; frühzeitig bereits *Netanel*, *Vand. L. Rev.* 2000, S. 1879, 1902.

115 Es wäre dogmatisch statt einer Schranke für derartige Vervielfältigungen auch eine inhaltliche Beschränkung des Vervielfältigungsrechts möglich gewesen (siehe hierzu *Flechsigt*, ZUM 2002, S. 1, 5). In jedem Fall aber war eine irgendwie geartete Reaktion des Gesetzgebers auf diese neue Form der Vervielfältigung notwendig; siehe auch *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 44a UrhG Rn. 1.

116 *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts, S. 277.

117 *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts, S. 271; *Netanel*, *Vand. L. Rev.* 2000, S. 1879, 1902; mit Blick auf soziale Kommunikation sehr schön dargestellt von *Boyle*, *Public Domain*, S. 51: „If you are a person who routinely uses computers, the Internet, or digital media, imagine a day when you do not create - intentionally and unintentionally - hundreds of temporary, evanescent copies. (If you doubt this, look in the cache of your browser.) Is there a day when you do not 'distribute' or retransmit fragments of articles you have read, when you do not seek to share with friends some image or tune? Is there a day when you do not rework for your job, for your class work, or simply for pastiche or fun, some of the digital material around you? In a networked society, copying is not only easy, it is a necessary part of transmission, storage, caching, and, some would claim, even reading“.

118 Siehe zur Auflösung der Form/Inhalt-Dichotomie im digitalen Raum *Hilty*, ZUM 2003, S. 983, 990; *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 13.

len Umfeld angesichts unterschiedlicher technischer „Aggregatzustände“, unbewusster Vervielfältigungen und flüchtiger Fixierungen an Gewicht.¹¹⁹

Weitere Beispiele für die fehlende Bedeutung einzelner Vervielfältigungen sind etwa die Verwendung von Cloud Computing oder bewusste und unbewusste Vervielfältigungen für Redundanz oder die Steigerung von Zugriffsgeschwindigkeiten.¹²⁰ Das Werk befindet sich im digitalisierten Zustand daher stets in einer Art nur rudimentär fixiertem Naturzustand und kann von jedermann mehr oder weniger leicht aus seiner „Form“ entnommen werden. Dies führt zu einer im Vergleich mit analogen Sachverhalten wesentlich höheren Anforderung an die Nachvollziehbarkeit der Schutzrechtsrechtfertigung.¹²¹

b) Recht auf öffentliche Zugänglichmachung

Das mit Blick auf die Besonderheiten der digitalen Welt konzipierte Recht auf öffentliche Zugänglichmachung nach Art. 3 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG bzw. seine Umsetzung in § 19a UrhG soll als neues Verwertungsrecht u. a. dazu dienen, Rechtsunsicherheiten bezüglich Art und Umfang des Rechtsschutzes bei einer Werkübertragung auf Abruf zu beseitigen.¹²² Es handelt sich dabei um eine Form der unkörperlichen Werkverwertung, die systematisch beim Recht der öffentlichen Wiedergabe in § 15 Abs. 2 UrhG einzuordnen ist.¹²³ Das Recht erweitert den Öffentlichkeitsbegriff auch auf Konstellationen, in denen die Nutzung eines Werks von Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl erfolgt.¹²⁴ Die früheren Rechte auf öffentliche Wiedergabe setzten demgegenüber voraus, dass die Wiedergabe für mehrere Rezipienten zur gleichen Zeit zugänglich war.¹²⁵ Durch das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung ist nun jedoch auch die Wiedergabe an eine sukzessive Öffentlichkeit als eigenes Verwertungsrecht erfasst.¹²⁶

Zwar war vor Einführung des § 19a UrhG dieses Verwertungsrecht nach h. M. bereits als unbenanntes Recht der öffentlichen Wiedergabe nach § 15 Abs. 2 UrhG geschützt.¹²⁷ Damit stand es jedoch nur Urhebern selbst zu, nicht aber bloßen Leistungsschutzberechtigten – relevant insbesondere für den Lichtbildschutz nach

119 Etwas zu weitgehend bzw. zu pauschal hingegen wohl *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 28: „Im digitalen Zeitalter ist der Begriff der Einmaligkeit nicht mehr von Relevanz.“

120 Siehe zu den technischen Hintergründen *Friedmann*, Trademarks and Social Media, S. 105 f.

121 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479, 479.

122 Siehe Erwägungsgrund 25 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG.

123 *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 19a UrhG Rn. 1; *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 19a UrhG Rn. 2.

124 *Götting* in: *BeckOK UrhG*, § 19a UrhG Rn. 1.

125 *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 19a UrhG Rn. 1; *Götting* in: *BeckOK UrhG*, § 19a UrhG Rn. 1.

126 *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 19a UrhG Rn. 6; *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 19a UrhG Rn. 8; *Dustmann* in: *Fromm/Nordemann*, § 19a UrhG Rn. 11.

127 Siehe etwa BGH, Urt. v. 17.7.2003, GRUR 2003, 958, 961 - Paperboy; Beschl. v. 16.05.2013, GRUR 2013, 818, 819 - Die Realität; *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 19a UrhG Rn. 3.

§ 72 UrhG. Erst nach seiner Einführung stand auch Leistungsschutzberechtigten das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung als eigenes Verwertungsrecht zu.¹²⁸

Viele alltägliche Handlungen im Internet richten sich automatisch an einer Mehrzahl von Personen, mit denen der Handelnde nicht durch persönliche Beziehungen i.S.d. § 15 Abs. 3 UrhG verbunden ist. Sie fallen somit nach der Erweiterung des Öffentlichkeitsbegriffs in den Anwendungsbereich dieses Verwertungsrechts. Das betrifft nicht nur die Veröffentlichung eines Werks auf einer Homepage, sondern i. d. R. bereits das Veröffentlichen eines fremden Werks an die eigenen Freunde oder Follower im Rahmen eines Social-Media-Dienstes. Sobald das Werk durch die Gestaltung des Dienstes oder die konkrete Art der Verbreitung mehr Personen als nur dem eigenen, tatsächlich durch persönliche Beziehungen verbundenen Freundeskreis zugänglich gemacht wird, handelt es sich um eine öffentliche Zugänglichmachung i.S.d. § 19a UrhG.¹²⁹ Damit stellt jeder Post auf Facebook, Twitter, Google+, Instagram oder jedes „pinnen“ eines Werks bei Pinterest einen potentiellen Eingriff in das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung dar – ohne dass sich dieses Verwertungsrecht (mit Ausnahme von Computerprogrammen) je erschöpfen würde.¹³⁰ Dabei ist den Handelnden oftmals nicht einmal bewusst, dass sie mit einem Post auf fremde Werke zurückgreifen – etwa wenn der Social-Media-Dienst Bilder aus einem verlinkten Artikel automatisiert nachlädt.

Die Bedeutung und Auswirkung dieses Rechts wird infolge der jüngeren Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH zum Recht der öffentlichen Wiedergabe im Internet möglicherweise noch weiter wachsen.¹³¹ In diesem Zusammenhang entschied der EuGH in Sachen *GS Media v. Sanoma*,¹³² dass zumindest kommerzielle Anbieter (wofür Einnahmen durch Werbebanner auf der Homepage ausreichen¹³³) bereits mit dem Setzen eines bloßen Links auf fremde Werke eine eigenständige

128 *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 19a UrhG Rn. 3.

129 *Spindler*, in: *Hornung/Müller-Terpitz* (Hrsg.), *Rechtshandbuch Social Media*, S. 131, 134; *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 19a UrhG Rn. 6a.

130 Für Computerprogramme argumentiert der EuGH hierzu auf Grundlage der Computerprogramme-Richtlinie 2009/24/EG, dass der europäische Gesetzgeber körperliche und unkörperliche Werkexemplare gleichstellen wollte. Siehe hierzu EuGH, Urt. v. 03.07.2012, C-128/11, GRUR 2012, 904 - *UsedSoft*; dem folgend BGH, Urt. v. 17.07.2013, GRUR 2014, 264 - *UsedSoft II*; OLG Frankfurt, Urt. v. 18.12.2012, GRUR 2013, 279. Siehe hierzu auch umfassend *Heerma* in: *Wandtke/Bullinger*, § 17 UrhG Rn. 27; bei der Frage, ob dieser Gedanke auch auf andere Werkarten ausgedehnt werden sollte, sind die Ansichten gespalten. Eine Ausweitung ablehnend: OLG Hamm, Urt. v. 15.5.2014, GRUR 2014, 853 - *Hörbuch AGB*; OLG Stuttgart, Urt. v. 3.11.2011, GRUR-RR 2012, 243 - *Seriennummer*; KG, Urt. v. 11.03.2014, GRUR-RR 2014, 490; *Schulze* in: *Dreier/Schulze*, § 17 UrhG Rn. 30; *Stieper*, ZUM 2012, S. 668, 680; *Hansen/Libor*, AfP 2012, S. 447, 450; für eine Anwendung der EuGH-Rechtsprechung auf andere Werkarten hingegen: *Hartmann*, GRUR Int. 2012, S. 980, 984; *Schneider/Spindler*, CR 2012, S. 489, 497; *Peifer*, AfP 2013, S. 89, 89; *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 69c UrhG Rn. 24a.

131 Siehe hierzu umfassend *Dietrich*, NJ 2018, S. 485; *Ohly*, GRUR 2018, S. 996; *Nordemann*, GRUR Int. 2018, S. 526.

132 EuGH, Urt. v. 08.09.2016, C-160/15, GRUR 2016, 1152 – *GS Media v. Sanoma*.

133 EuGH, Urt. v. 14.06.2017, C-610/15, GRUR 2017, 790 – *The Pirate Bay*.

Verbreitungshandlung im Sinne des Rechts zur öffentlichen Wiedergabe vornehmen und daher zu prüfen haben, ob die verlinkten Werke rechtmäßig zugänglich gemacht worden sind oder nicht.¹³⁴ Wird auf ein unrechtmäßig öffentlich zugänglich gemachtes Werk verlinkt, sei (vereinfacht gesprochen) zu vermuten, dass ein kommerziell handelnder Linksetzer hierbei schuldhaft handle und damit das Werk (erneut) öffentlich zugänglich mache.¹³⁵ Hieraus folgerte das LG Hamburg in einem einstweiligen Verfügungsverfahren, dass eine bloße Verlinkung durch eine in kommerziellem Interesse handelnde Person auf ein unzulässigerweise hochgeladenes, fremdes Werk bereits dann einen Eingriff in das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung darstelle, wenn der Handelnde nicht beim Inhaber der verlinkten Seite aktiv nachfragt, ob das Werk rechtmäßig veröffentlicht worden ist.¹³⁶ Der Begriff der öffentlichen Wiedergabe wurde in der Folge in der „Filmspeler“-Entscheidung noch weiter auf mittelbare Verbreitungshandlungen wie das Verkaufen eines Abspielgeräts ausgedehnt.¹³⁷ In der „Cordoba“-Entscheidung wurde klargestellt, dass ein für eine öffentliche Zugänglichmachung erforderliches neues Publikum (durch das Setzen eines Links oder den Neu-Upload auf eine Homepage) bereits dann vorliegt, wenn hierdurch ein anderes oder weiteres Publikum erreicht wird, als vom Rechteinhaber ursprünglich beabsichtigt.¹³⁸ Zwar hat der BGH zwischenzeitlich versucht, diese Entwicklung wieder einzufangen, indem er zumindest für Bildersuchmaschinen die vom EuGH aufgestellte Vermutung des Kennenmüssens der Rechtswidrigkeit eines Uploads und damit eine aktive Prüfpflicht verneinte.¹³⁹ Ob diese Einschränkung nach der „Cordoba“-Entscheidung des EuGH noch aufrechterhalten werden kann, ist jedoch zweifelhaft.¹⁴⁰ Zurecht wird in diesem Kontext daher häufiger attestiert, dass die Reichweite dieses Rechts für Anwender immer weniger vorhersehbar ist und damit nicht unerhebliche negative Auswirkungen auf die Kommunikationsfreiheit im Internet drohen.¹⁴¹

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist die Folge, dass zumindest kommerzielle Anbieter bei nahezu jeder Verlinkung auf fremde Werke – unabhängig von weiteren Problemen wie Framing etc. – stets mit einer eigenen Haftung rechnen müssten. Theoretisch ist hiervon bereits jede Website mit Werbung oder Social-Media-Präsenz zur

134 EuGH, Urt. v. 08.09.2016, C-160/15, GRUR 2016, 1152, Tz. 51 – GS Media v. Sanoma.

135 Siehe hierzu umfassend *Leistner*, ZUM 2016, S. 980; *Grünberger*, ZUM 2016, S. 905, 201; *Jani/Leenen*, NJW 2016, S. 3135.

136 LG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2016, 310 O 402/16.

137 EuGH, Urt. v. 26.04.2017, C-527/17, GRUR 2017, 610 - Stichting Brein/Wullems. Zu einer möglichen neuen Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Eingriffshandlungen siehe *Ohly*, GRUR 2018, S. 996.

138 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, C-161/17, GRUR 2018, 911 - Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff.

139 BGH, Urt. v. 21.09.2017, I ZR 11/16, GRUR 2018, 178 – Vorschaubilder III.

140 *Ohly*, GRUR 2018, S. 996, 1001.

141 *Ohly*, 2016, S. 1152, 1156; *Dietrich*, NJ 2018, S. 485, 488; *Spindler*, MMR 2018, S. 48, 51.

Bewerbung der eigenen Tätigkeiten erfasst.¹⁴² Auch hier zeigt sich somit erneut die gestiegene Bedeutung des Urheberrechts im digitalen Umfeld.

2. Gesteigerte Komplexität und Interessenvielfalt

Ein Grund für die Schwierigkeit, für einen angemessenen Interessenausgleich zu sorgen, dürfte der gestiegene Interessenpluralismus im digitalen Raum sowie die Komplexität der technischen Hintergründe sein.

a) Pluralismus der Interessen

Während das „klassische“ Urheberrecht noch von einem bi- bzw. tripolaren Interessenverhältnis ausgeht, sind bei digitalen Sachverhalten noch wesentlich mehr Interessen zu berücksichtigen. Zudem lassen sich die verschiedenen Interessen nicht mehr ohne Weiteres schematisch einzelnen Gruppen zuordnen, da diese häufig zu heterogen sind. Das Gesetz weist hingegen einzelnen Gruppen relativ pauschal bestimmte Interessen zu und wird damit den komplexen Realitäten nicht einmal im Ansatz gerecht.¹⁴³

Urheber sind demnach stets schutzbedürftig, müssen gemäß dem ökonomisch-utilitaristischen Leitbild¹⁴⁴ erst dazu angeregt werden, Werke zu produzieren und streben stets nach einer finanziellen Verwertung ihrer Urheberrechte unter Zuhilfenahme von Verwertern. Dieses Bild dürfte in seiner Pauschalität auf viele Fälle der Erstellung urheberrechtlich geschützter Werke nicht zutreffen, auf andere Fälle wiederum durchaus.¹⁴⁵ Auf andere Urheberinteressen als die wirtschaftliche Verwertbarkeit nimmt das Gesetz wenig Rücksicht – obwohl die Interessen und Motive der Urheber in den seltensten Fällen allein wirtschaftlich motiviert sind.¹⁴⁶ Insgesamt sind die Interessen von Urhebern dabei jedoch so verschieden, vielfältig und zum Teil gegensätzlich wie die unterschiedlichen Werkarten und Produktionsumgebungen.

Auch die Interessen der Werknutzer sind vielschichtiger als nach der gesetzlichen Konzeption vorausgesetzt.¹⁴⁷ Das Urheberrecht geht von einer primär passiven Rolle des Nutzers aus. Ein Nutzer konsumiert das ihm vom Urheber oder Verwerter zur Verfügung gestellte Werk. Ihm geht es also primär darum, möglichst einfach

142 EuGH, Urt. v. 14.06.2017, C-610/15, GRUR 2017, 790 – The Pirate Bay.

143 So etwa mit Blick auf die unterschiedlichen Produktionsumgebungen *Loewenheim* in: *Loewenheim*, § 1 Rn. 6.

144 Siehe zu den ökonomischen Theorien zum Urheberrecht ausführlich nachstehend unter Kap. 3 A.I.

145 Siehe insbesondere zur Kritik am Anreizparadigma und einer nötigen stärkeren Differenzierung ausführlich nachstehend unter Kap. 3 B. II. 1.

146 Siehe zu Interessen und Motiven von Urhebern ausführlicher nachstehend unter Kap. 3 B. II. 2.

147 Die ausdrückliche Berücksichtigung von Nutzerinteressen stellt dabei eine eher neuere Entwicklung dar, wie *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 12 ff. in einer kurzen Übersicht über die Urheberrechtsgeschichte aus Nutzersicht verdeutlicht. Er fordert jedoch auch zugleich eine weitaus stärkere Berücksichtigung von Nutzerinteressen (siehe hierzu insbesondere S. 349 ff.).

und billig an möglichst viele neue Nutzungsmöglichkeiten zu gelangen. Hinzu kommt, dass das Urheberrecht im analogen, anders als im digitalen Umfeld, den gewöhnlichen Rezipienten in aller Regel nicht persönlich berührte. Dort betrifft ihn das Urheberrecht, wie bereits geschildert, bei einer Vielzahl alltäglicher Aktivitäten bis hin zum bloßen Werkkonsum.¹⁴⁸ Das bedeutet, dass die Interessen der Nutzer vor der Digitalisierung auch keine vergleichbar wichtige Rolle spielen mussten – sie waren lediglich Teil der „Allgemeinheit“. Erst mit der Digitalisierung wurden die Interessen der Nutzer zu einem wichtigen Faktor des Interessenausgleichs, welcher bisher möglicherweise nur unzureichend berücksichtigt worden ist.¹⁴⁹ Ein anderes Verständnis setzt sich erst langsam durch.¹⁵⁰ In Wahrheit sind die Interessen auch hier weitaus vielschichtiger und vielfältiger. In vielen Fällen geht es nicht nur um den bloßen Konsum. Häufig möchte der Rezipient etwa das Werk oder seinen Inhalt in unterschiedlicher Form im Rahmen des sozialen oder beruflichen Austauschs an Freunde oder Kollegen weitergeben, auf dem Werk aufbauend etwas Neues schaffen oder angeregt durch das konsumierte Werk selbst kreativ tätig werden. All dies ermöglicht ihm die digitale Technik in noch nie dagewesenem Umfang und Ausmaß¹⁵¹ – wenn auch oftmals illegal.

Auch die Interessen der Verwerter sind vielschichtiger als im Grundmodell des Interessenausgleichs angenommen. Sie sind häufig nicht nur Verwerter fremder Urheberrechte, sondern selbst zugleich Inhaber von Leistungsschutzrechten, welche insbesondere in der Praxis der Rechtsdurchsetzung im Internet zwischenzeitlich einen höheren Stellenwert haben dürften als die von Ihnen verwerteten fremden Urheberrechte. Grundsätzlich geht es Verwertern zwar durchaus darum, die erworbenen oder eigenen Rechte möglichst gewinnbringend zu verwerten. Die Verwertungsmethoden sind aber weitaus vielfältiger als die bloße Lizenzierung von Nutzungen gegen Entgelt bzw. der Verkauf von Werkexemplaren gegen Entgelt. Wie sich noch zeigen wird, haben Verwerter oftmals nicht nur Interesse an einer Durchsetzung ihrer Rechte, sondern verzichten unter Umständen aus guten Gründen auf eine Rechtsdurchsetzung, weil ihnen eine möglichst starke Marktdurchdringung wichtiger ist als die Durchsetzung eines Verbotsrechts im Einzelfall.

Hinzu kommt, dass es im digitalen Raum noch weitere Interessengruppen gibt, die im Urheberrecht bisher wenig unmittelbare Beachtung gefunden haben. Hierbei handelt es sich um verschiedene Arten von – oftmals marktmächtigen – Intermedi-

148 Siehe hierzu vorstehend Kap. 1 A. II., B. I. 1.

149 *Flechsig*, ZGE/IPJ 2011, S. 19, 30; siehe zur Forderung einer stärkeren Einbeziehung der Werknutzer in den urheberrechtlichen Interessenausgleich auch die ausführlichen Arbeiten von *Hansen*, Warum Urheberrecht?; *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts.

150 Siehe hierzu etwa zur Berücksichtigung der Meinungsfreiheit der Nutzer bei Inanspruchnahme von Schranken jüngst EuGH, Urt. v. 03.09.2014, C-201/13, GRUR 2014, 972, Tz. 27 – Vrijheidsfonds/Vandersteen u. a.; BGH, Urt. v. 28.07.2016, GRUR 2016, 1157, Tz. 36 ff. - auf fett getrimmt; siehe auch *Peifer*, ZUM 2016, S. 805, 806 f.

151 *Benkler*, Wealth of Networks, S. 126 f.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 287.

ären¹⁵² und Aggregatoren.¹⁵³ Ihre Position ist aus technischen Gründen weitaus stärker und für die Verbreitung von Inhalten relevanter als in vergleichbaren analogen Sachverhalten.¹⁵⁴ Zudem gehören sie – rein wirtschaftlich – bisher zu den klaren Gewinnern der Digitalisierung. Obwohl sie massiv von der Verbreitung und Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke profitieren, haben sie bisher im klassischen Interessenausgleich keinen Platz. Ihre Position ist – insbesondere im Vergleich mit anderen Beteiligten – bisher sehr wenig reguliert. Dennoch spielt ihre Position im Rahmen des Urheberrechtsdiskurses, insbesondere im Zusammenhang mit Rechtsverletzungen, stets eine wichtige Rolle.¹⁵⁵

Diese Multipluralität der Interessen und beteiligten Gruppen kann selbstverständlich im Rahmen einer gesetzlichen Regulierung stets nur mehr oder weniger pauschalisierend ausgeglichen werden. Dennoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Gesetzgeber bisher bestenfalls ansatzweise versucht hat, die Frage nach einem gerechten und sinnvollen Ausgleich dieser Interessen im digitalen Zeitalter angemessen zu lösen.

b) Erwartungshaltung aufgrund technischer Möglichkeiten

Ein weiteres Problem liegt darin, dass sich die Technik immer schneller entwickeln wird, als der Gesetzgeber Antworten für die dadurch aufgeworfenen Probleme entwickeln kann – was wiederum zu einer steigenden Bedeutung informeller Praktiken und Selbstregulierung führt.¹⁵⁶ Zugleich erzeugen überall verfügbare, beworbene und für jedermann leicht nutzbare technische Möglichkeiten die (berechtigte) Erwartung, diese technischen Möglichkeiten auch in irgendeiner Form nutzen zu können.¹⁵⁷ In Anbetracht der technischen Möglichkeiten kommt vielen Nutzern das

152 Dies umfasst sämtliche Dienste und Plattformen, die eine Vermittlungsfunktion zwischen verschiedenen Nutzern bzw. Nutzern und Kreativen ausüben.

153 Gemeint sind damit Plattformen, die selbstständig Inhalte aus dem Internet zusammenstellen und präsentieren, etwa Suchmaschinen oder Newsfeeds, siehe hierzu *Leistner*, ZUM 2016, S. 580, 585.

154 Dies zeigt etwa die heftige Diskussion um die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger einerseits in Deutschland, nun möglicherweise auch innerhalb der EU (Art. 11 des Entwurfs für eine neue Urheberrechtsrichtlinie. Siehe hierzu zurecht kritisch *Peukert*, Research Paper of the Faculty of Law, Goethe University Frankfurt am Main No. 22/2016, 2016; *Kretschmer u. a.*, EIPR 2016, S. 591; *Angelopoulos*, On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market.

155 So ist ihre Rolle als Vermittler von Werken und verletzenden Werken, insbesondere im Bereich des UGC, weiterhin ungeklärt. Siehe hierzu auch nachstehend unter Kap. 2 A. II. 3 sowie den (bisher etwas unklaren) Vorschlag der Einführung einer proaktiven Filterpflicht in Art. 13 des Entwurfs für eine neue Urheberrechtslinie, aktueller Stand KOM(2016) 593 final). Siehe hierzu kritisch *Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1.

156 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1465 ff.; *Levine*, Cardozo Arts & Ent. L.J. 2013, S. 717; *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 194; *Hua*, More Balanced Approach, S. 198.

157 *Grünberger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1, 1; *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 527; *Bauer*, in: Große Ruse-Khan/Klass/Lewinski (Hrsg.), Nutzergenerierte Inhalte, S. 1; *Bauer*, User Generated Content, S. 385; *Lessig*, Free Culture, S. 161; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 74.

Urheberrecht daher nur noch wie ein anachronistisches Hindernis vor.¹⁵⁸ Hiergegen wird wiederum – zum Teil mit Sicherheit zu Recht – eingewandt, dass der Schutz der Urheber wichtiger sei als die Nutzung neuer technischer Möglichkeiten. Dies mag im Grundsatz zutreffen, jedoch wäre für den Urheberschutz nichts gewonnen, wenn die Nutzung neuer Technologien per se unzulässig gemacht werden würde. Die Debatte zeigt daher primär, wie wichtig eine an neue Technologien angepasste Austarierung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs im digitalen Umfeld wäre. Solange ein solcher Ausgleich nicht einmal versucht wird, wird es weiterhin bei massiven Rechtsverletzungen, informellen Praktiken und steigender Bedeutung der Selbstregulierung bleiben und das Urheberrecht weiter an Legitimation einbüßen.

II. Seit jeher bestehende Probleme

Zum Teil dürften die vorstehend skizzierten negativen Auswirkungen jedoch auch Folge tieferliegender Spannungen sein, die sich durch die Digitalisierung lediglich wesentlich deutlicher und stärker bemerkbar machen.¹⁵⁹

1. Einheitliche Regelungen für unterschiedlichste Situationen

Wie bereits zuvor angedeutet,¹⁶⁰ versucht das Urheberrecht für die unterschiedlichsten Situationen und Sachverhalte stets eine angemessene Lösung zu bieten. Die Existenz und Reichweite von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten wird mit relativ stark generalisierenden Erwägungen gerechtfertigt.¹⁶¹ Vergegenwärtigt man sich jedoch die vielen verschiedenen denkbaren wirtschaftlichen und persönlichen Konstellationen, wird deutlich, dass eine solch starke Generalisierung möglicherweise nicht zu rechtfertigen ist und eine weitaus stärkere Differenzierung notwendig wäre.¹⁶² Aus ökonomischer Sicht sind die Situationen, in denen das geltende Recht ad hoc eine angemessene Antwort bereitstellt weitaus seltener als jene, in denen das geltende Recht eine suboptimale Lösung darstellt. Anders gesagt: ökonomisch effizient ist das Urheberrecht nur in einem Bruchteil der Situationen, die es regelt. Sehr häufig ist die Reichweite des Schutzes oder die Schutzdauer aus ökonomischer Sicht zu weit oder greift zu kurz.¹⁶³ Um wirklich seine Funktionen erfüllen zu können, müsste das Urheberrecht in einigen Bereichen weitaus stärker anhand der ökonomischen, psychologischen und soziologischen Forschung zu den

158 Am deutlichsten insoweit wohl *Negroponte*, *Being Digital*, S. 77.

159 Zu diesem Fazit kommt etwa auch *Corbett*, *MLR* 2011, S. 503, 507.

160 Siehe zum Interessenpluralismus vorstehend Kap. 1 B. I. 2. a).

161 Siehe insoweit die umfassenden (kritischen) Zusammenstellungen der Argumentationslinien bei *Stallberg*, *Urheberrecht und moralische Rechtfertigung*; *Hansen*, *Warum Urheberrecht?*; *Kreutzer*, *Modell des Urheberrechts*; *Nazari-Khanachayi*, *Rechtfertigungsnarrative*.

162 *Hilty*, in: *Ohly/Klippel* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 107, 125 ff.; *Wielsch*, *Zugangsregeln*, S. 56 ff.; *Hilty*, in: *Hilty* (Hrsg.), S. 119, 121; *Leistner*, *ZGE/IPJ* 2009, S. 403, 411; *Flehsig*, *ZGE/IPJ* 2011, S. 19, 38.

163 *Kerber*, in: *Grünberger/Leible* (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, S. 31, 52.

verschiedenen Phasen und Bereichen der menschlichen Entscheidungsfindung und kreativer Tätigkeit ausdifferenziert werden.¹⁶⁴ Diese Problematik mag zwar schon immer im Urheberrecht angelegt gewesen sein, sie war aber noch nie so drängend wie nun im digitalen Zeitalter.¹⁶⁵

Insbesondere die ökonomischen und psychologischen Beweggründe von Laien oder Hobby-Künstlern können selten mit denen professioneller oder angestellter Urheber verglichen werden.¹⁶⁶ Aber auch professionelle Urheber untereinander unterscheiden sich – selbst innerhalb einer Branche – zum Teil gravierend.¹⁶⁷ Es ist daher zu befürchten, dass das klassische Modell des Urheberrechts diese Unterschiede und Veränderungen zu wenig berücksichtigt und durch die starke Generalisierung zum Teil mehr Probleme geschaffen als beseitigt werden.¹⁶⁸

Der Gesetzgeber wird vermutlich nie in der Lage sein, ex ante den optimalen Balancepunkt für jede erdenkliche Sachverhaltskonstellation zu finden.¹⁶⁹ Es wäre aber durchaus möglich, den bisherigen Ausgleich aufgrund technischer Entwicklungen und neuer ökonomischer sowie kreativitätspsychologischer Erkenntnisse neu zu bewerten und anzupassen. Ebenso wichtig ist es, Methoden zu finden, mit denen der optimale Balancepunkt auf differenzierte Art und Weise ermittelt werden kann.¹⁷⁰ Eine Möglichkeit der Flexibilisierung und Differenzierung könnte darin bestehen, den Beteiligten selbst zu einem höheren Grad an Entscheidungs- und Gestaltungsmöglichkeit für ihre konkrete Situation zu verhelfen.¹⁷¹ Ob und inwieweit dies durch die Verwendung freier Lizenzen und informeller Duldungsprozesse gelingen kann, ist Gegenstand der nachfolgenden Kapitel.

2. Rechtsphilosophische Rechtfertigung

Neben unzureichender Differenzierung dürfte auch die im Vergleich zu anderen Immaterialgüterrechten zweifelhafte bzw. nicht immer nachvollziehbare Rechtfertigung verschiedener urheberrechtlicher Regelungen ein wichtiger Grund für die schwindende Legitimation und Bedeutung des Urheberrechts sein. Die urheberrechtspolitische Debatte ist üblicherweise geprägt von Leerformeln,¹⁷² die sich bei genauerer Betrachtung oft als wenig überzeugend erweisen.¹⁷³ Insbesondere der deutschen Urheberrechtswissenschaft wird vorgeworfen, sie arbeite lieber mit

164 *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 443.

165 *Kerber*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, S. 31, 50.

166 Siehe zu den psychologischen Hintergründen der Werkproduktion ausführlicher nachstehend unter Kap. 3 B.

167 Man vergleiche nur beispielhaft angestellte Software-Entwickler, Schriftsteller, Presse-Fotografen, Maler, Superstars der Musikbranche und Musiker in Nischenbereichen.

168 *Kerber*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, S. 31, 59.

169 *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 412, 414.

170 *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 422.

171 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1540 f.; *Spindler*, in: Hilty (Hrsg.), *Schutz von Kreativität und Wettbewerb*, S. 287, 307; *Klang/Nolin*, *Skripted* 2012, S. 172, 194.

metaphorischen Bildern als mit rationalen Argumenten.¹⁷⁴ Aus einem Recht zum Schutz Kreativer wurde so ein sich selbst rechtfertigendes wirtschaftliches Investitionsschutzrecht für Verwerter, das aber weiterhin vor allem mit den individuellen Rechtspositionen und der Schutzbedürftigkeit einzelner Urheber begründet wird.¹⁷⁵

3. Fehlende Rückkopplung an andere wissenschaftliche Disziplinen

Die Schwierigkeiten einer nachvollziehbaren Rechtfertigung werden noch dadurch verstärkt, dass es vor allem der europäischen Urheberrechtswissenschaft lange Zeit an hinreichender Rückkopplung an andere wissenschaftliche Disziplinen fehlte.¹⁷⁶ Die zur Rechtfertigung der Existenz, Reichweite und Einschränkungen von Rechten vorgebrachten Argumente beruhen wenig bis gar nicht auf wissenschaftlichen Erkenntnissen anderer Disziplinen, sondern werden oftmals vielmehr schlicht behauptet. Einzig die Ökonomie (in Form der (neo-)klassischen Ökonomie) bietet – in den USA seit jeher, in Europa erst in jüngerer Zeit – ein zusätzliches Element der urheberrechtlichen Debatte vor Gericht und in der Gesetzgebung. Auch in Deutschland hat sich die ökonomische Analyse des Rechts zwar inzwischen etabliert,¹⁷⁷ ihre Erkenntnisse finden aber bisher nur wenig Eingang in die gesetzgeberischen Überlegungen zum Urheberrecht.

Die Methoden und Erkenntnisse anderer Disziplinen, etwa der Verhaltensökonomie, Psychologie und Soziologie zu Fragen der Kreativität, Innovation und ihrer gesellschaftlichen Bedeutung haben bisher nur sehr zögerlich Eingang in die allgemeine und urheberrechtswissenschaftliche Debatte gefunden.¹⁷⁸ Zumindest die Wissenschaft (im Gegensatz zum nationalen oder Unionsgesetzgeber) scheint inzwischen erkannt zu haben, dass die realen Ausübungs- und Rahmenbedingungen bei der Schaffung neuer Regeln wesentlich stärkere Berücksichtigung finden müssen.

172 Beispiele hier sind etwa die Aussage, jedem Urheber gebühre ein Anspruch auf angemessene Vergütung für seine Werke – ohne erklären zu können, warum und wieso es dann Urheber ohne jede Vergütung gibt; die Aussage, dass nur ein möglichst starkes Urheberrecht die Interessen von Urhebern wahre oder dass ohne starke Urheberrechte niemand Werke erstellen oder vertreiben würde.

173 Nach *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 200 ff. sind dabei gerade die am häufigsten vorgebrachten Rechtfertigungsargumente inhaltlich am schwächsten. *Stallberg* bietet insgesamt einen sehr guten und kritischen Überblick über alle gängigen Rechtfertigungstheorien und ihre Schwächen; siehe zur Rechtfertigung auch *Hansen*, Warum Urheberrecht?; *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479; *Nolte*, ZUM 2012, S. 740; *Nazari-Khanachayi*, Rechtfertigungsnarrative.

174 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 23. Beispiele hierfür sind das Ideal des romantischen Autors oder das den Monismus begründende Bild Ulmers vom Baum, der wirtschaftliche und persönlichkeitsrechtliche Elemente in sich vereint.

175 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479, 479; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 63.

176 *Rehbinder*, in: *Rehbinder* (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 9, 9; *Peukert*, in: *Rehbinder* (Hrsg.), Psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113, 116; *Wielsch*, ZGE/IPJ 2013, S. 274, 275.

177 Grundlegend: *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip; zum Urheberrecht: *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484; *Reich*, Ökonomische Analyse; *Bischoffshausen*, Ökonomische Rechtfertigung.

178 Siehe hierzu ausführlicher nachstehend unter Kap. 3 B.

ten.¹⁷⁹ Das gesamte System beruht jedoch weiterhin in weitem Umfang auf einer Reihe von Mutmaßungen und Annahmen, die durch die Forschung in anderen wissenschaftlichen Disziplinen bisher nicht belegt werden konnten.¹⁸⁰ Dieses Handicap, das sich durch das gesamte Urheberrecht zieht, dürfte ebenfalls zur schwindenden Akzeptanz des Urheberrechts beitragen.

4. Verkennung der Bedeutung des User Generated Content und der Laien-Kultur

Das Urheberrecht soll nach der klassischen kontinentaleuropäischen Rechtfertigung in erster Linie dem Schutz jedes einzelnen Urhebers dienen.¹⁸¹ In Wahrheit dient das Urheberrechtssystem jedoch seit jeher nicht nur der Wahrung von Selbstbestimmungsrechten und Urheberpersönlichkeitsrechten. Wie bereits dargelegt, schützt es in gleichem Maße Verwerter und ihr Geschäftsmodell.¹⁸² Das geltende Urheberrecht orientiert sich daher nicht allein am Schutz des Urhebers, sondern eher am bestehenden arbeitsteiligen Geschäftsmodell zwischen Urheber und Verwerter.¹⁸³ Der Grund hierfür liegt in der durch das geltende Urheberrechtssystem ermöglichten besonderen Stellung der Verwerter in der Kreativwirtschaft. Nur wer von den Verwertern aus dem Kreis aller Urheber auserwählt wird, hat eine Chance vom bestehenden Urheberrechtssystem berücksichtigt zu werden.¹⁸⁴ Sämtliche urheberrechtliche Regeln scheinen einzig darauf ausgerichtet, mit Hilfe professioneller Verwerter Einnahmen aus dem Vertrieb von Vervielfältigungsstücken zu erzielen. Dass die tatsächliche Bedeutung der Verwerterleistungen durch einfache Self-Publishing-Möglichkeiten in der digitalen Welt schwindet, bleibt unbeachtet. Zudem lässt das Urheberrecht die durch die Architektur des Internets und die digitale Technik noch verstärkte Überschneidung der Rollen von Urhebern und Nutzern außer Acht.

Vor allem berücksichtigt das gegenwärtige Urheberrechtssystem zu wenig, dass schützens- und förderungswürdige Kreativität keineswegs nur in professionellem Rahmen stattfindet. Mit der Digitalisierung wurden aus einstigen reinen Konsumenten ebenfalls Urheber, aus privaten Tätigkeiten urheberrechtlich relevante öffentliche Handlungen. Grundsätzlich erschaffen die digitalen Möglichkeiten ein unermessliches Potential für neue Ideen, Erfahrungen und Kulturproduktion, das aufgrund der damit verbundenen Kosten im analogen Zeitalter undenkbar gewesen

179 *Wielsch*, ZGE/IPJ 2013, S. 274, 275, 298; *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 56; *Leistner*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 211, 224; zum Einfluss der Umwelt auf die Kreativität *Rehbinder*, in: Rehbinder (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 9, 12.

180 Siehe insbesondere zu Fragen der Kreativität und Anreizthese die nachstehenden Ausführungen unter Kap. 3 B.

181 *Loewenheim* in: Loewenheim, § 1 Rn. 4.

182 Siehe vorstehend Kap. 1 A. II. 3.

183 *Peukert*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), Festschrift Wandtke, S. 459, 461.

184 *Peukert*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), Festschrift Wandtke, S. 459, 462.

wäre.¹⁸⁵ Kritik und Meinungs austausch erfolgt immer häufiger auf Basis einer kommunikativen Auseinandersetzung mittels unterschiedlicher, auch eigener Werke in Form von Bildern und Videos.¹⁸⁶ Zudem wurden die Selbstpräsentation und der Wunsch, eigene Werke möglichst vielen Personen zu zeigen, inzwischen ein bedeutender Teil gesellschaftlicher Sozialisation.¹⁸⁷ Aus dieser Mischung aus Kommunikation, Sozialisation und Kreativität entstammt die Figur des „Prosumenten“ oder „Prosumers“ – des selbst kreativen Konsumenten.¹⁸⁸ Zahlreiche verschiedene Formen von nutzergenerierten Inhalten oder User Generated Content („UGC“)¹⁸⁹ bezeugen die aktive kreativ-schöpferische Tätigkeit von immer mehr Nutzern.¹⁹⁰

Rein quantitativ betrachtet, dürfte die Zahl der im Hobby- und Laien-Bereich geschaffenen urheberrechtlich geschützten Werke die Zahl der in professionellen Umgebungen geschaffenen Werke bei weitem übersteigen.¹⁹¹ Insbesondere das Internet und die digitale Technik haben hier eine vollkommen neue Dimension der Inklusion und kulturellen Teilhabe ermöglicht. Das Internet führt dazu, dass neben dem klassischen, passiven Medienkonsum die aktive Teilhabe am wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Austausch wesentlich stärker im Vordergrund steht.¹⁹² Diesen neuen Typus des „digitalen Urhebers“ beachtet das geltende Recht bisher bestenfalls im Ansatz.¹⁹³

Neuralgisch ist dabei vor allem die Schnittstelle zwischen Konsum, Produktion und transformativer Nutzung. Es gibt zwar seit jeher urheberrechtliche Regelungen, die an dieser Nahtstelle ansetzen – insbesondere die Bestimmungen zu Bearbeitung

185 *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 55 f.; *Johnson*, Fla. St. U. L. Rev. 2012, S. 623, 648.

186 *Lessig*, *Remix*, S. 69; *Bauer*, *User Generated Content*, S. 1.

187 *Bauer*, in: Große Ruse-Khan/Klass/Lewinski (Hrsg.), *Nutzergenerierte Inhalte*, S. 1, 14; nach *Fischer*, *Promises to keep*, S. 31, könnte die technisch vereinfachte kollektive Kreativität auch ein Weg sein, die zu starke Ich-Bezogenheit der modernen Kultur durch eine kollektivere Variante zu ersetzen.

188 Zurecht kritisch zu diesem Begriff aufgrund seiner inhärenten Diskriminierung alternativer Kreativität *Peukert*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), *Festschrift Wandtke*, S. 459, 460; *Michalik*, *Lösungsansätze für das Urheberrecht in der digitalen Musikwelt*, S. 119; *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1500.

189 Der Begriff ist nicht eindeutig und trennscharf. Er umfasst jedoch typischerweise Medieninhalte, die von Internetnutzern bewusst generiert und zur Veröffentlichung im Internet bestimmt sind, wobei vor Veröffentlichung keinerlei redaktionelle Auswahl erfolgt. Zudem handelt es sich i.d.R. um eine nicht-professionelle Erstellung, die zu nicht-gewerblichen Zwecken veröffentlicht wird. Es handelt sich dabei sowohl um Werke, die als Bearbeitung fremder Werke angesehen werden können, als auch um selbstständige Werke. Siehe zu diesen Merkmalen ausführlich *Bauer*, *User Generated Content*, S. 24 f.

190 *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 13 sprechen teilweise zurecht von einer „neuen Dimension der schöpferischen Nutzung bestehender Werke“.

191 Zur Masse der täglich außerhalb professioneller Umgebungen geschaffenen Werke *Johnson*, B.U. L. Rev. 2014, S. 1937, 1947.

192 *Peukert*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), *Festschrift Wandtke*, S. 459, 459.

193 Siehe zum Begriff des digitalen Urhebers BVerfG, *Beschl. v. 30.08.2010*, NJW 2011, 288, 291 - *Drucker und Plotter*; *Peukert*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), *Festschrift Wandtke*, S. 459, 460.

und freier Benutzung in §§ 23, 24 UrhG. Das zeigt, dass immer schon ein Bedürfnis nach Auseinandersetzung mit bereits vorhandenen Werken bestand.¹⁹⁴ Die jüngeren gesetzgeberischen Tätigkeiten haben dieses Bedürfnis jedoch wohl etwas aus den Augen verloren, obwohl die digitalen Möglichkeiten den wechselseitigen Austausch von Schöpfung, Konsum und Bearbeitungen revolutionierten.¹⁹⁵ Auch wenn ein allseitiger kultureller Austausch als Nährboden für Kreativität somit technisch immer einfacher und selbstverständlicher wurde, wurde es für alle Beteiligten immer schwerer, diese technischen Möglichkeiten auch legal zu nutzen.¹⁹⁶ Dies ist noch bedauerlicher, wenn man die gesamtgesellschaftlichen Vorteile in Betracht zieht, die eine breite „Mitmach-Gesellschaft“ oder „Participatory Culture“¹⁹⁷ bieten könnte. Eine derartige Kultur gäbe jedem Einzelnen mehr Macht und Möglichkeiten zur Veränderung, sie könnte mehr Freiheit und Gleichheit für benachteiligte Gruppen bieten, die persönliche Autonomie und Selbstentwicklung fördern sowie Sozialisierung, Verständnis und das Lernen verändern.¹⁹⁸

Nimmt man die gängigen individualistischen Rechtfertigungsnarrative beim Wort, müsste das Urheberrecht dem Laien-Urheber eigentlich dieselben Chancen und Möglichkeiten zugestehen wie Urhebern in professionellen Umgebungen, wenn nicht sogar aufgrund seiner u.U. erhöhten Schutzbedürftigkeit¹⁹⁹ und seines rein quantitativ höheren kreativen Potentials²⁰⁰ besser schützen als professionelle Urheber. Dies ist jedoch u. a. aufgrund der wirtschaftlichen Realität innerhalb der professionellen Verwertungsindustrien, für deren Existenz wiederum das geltende Urheberrecht Voraussetzung ist, nicht der Fall.²⁰¹ Laien-Urheber haben nicht nur weniger Aussichten, ihre Werke durch den Verkauf von Werkexemplaren oder Lizenzen zu verwerten, sie haben auch weitaus größere Probleme überhaupt in rechtlich zulässiger Weise die für ihre Werke nötigen Rechte zu erwerben.

Die geringe Anerkennung der Laien-Kreativität wird letztlich bereits im allgemein gebräuchlichen Begriff des „User Generated Content“ deutlich. Der Begriff geht

194 BGH, Urt. v. 13.12.2012, GRUR 2013, 614 - Metall auf Metall II; *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, § 24 UrhG Rn. 1; *Loewenheim* in: Schricker/Loewenheim, § 24 UrhG Rn. 2.

195 *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 107, 115; *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 16.

196 *Wielsch*, ZGE/IPJ 2013, S. 274, 292.

197 Siehe zu den Merkmalen und Besonderheiten der Entwicklung einer solchen Form der Kultur etwa *Sunder*, From Goods to a Good Life, S. 8, 56 ff.

198 *Sunder*, From Goods to a Good Life, S. 66 ff.; *Lessig*, Remix, S. 54, 67, 107, 141.

199 Sofern Urheberrecht dazu dienen soll, den Urheber selbst bzw. sein Werk zu schützen, muss man feststellen, dass die Gefahr einer Ausnutzung, Entziehung oder Verwertung der eigenen kreativen Leistung durch Dritte bei Laien ebenso besteht wie bei professionellen Urhebern, nur dass Laien diesbezüglich keinerlei Erfahrung haben und ihnen keine Verwerter zur Seite stehen.

200 Die Zahl der von Laien geschaffenen Werke dürfte in den meisten kreativen Bereichen die Zahl der in professionellen Umgebungen geschaffenen Werke weit übersteigen. Zwar kann Quantität nicht zwingend mit kreativem Potential gleichgesetzt werden, jedoch erhöht sich mit steigender Anzahl der kreativ Tätigen und steigendem Umfang kreativer Tätigkeit auch die Wahrscheinlichkeit, dass hierbei bisher unentdecktes kreatives Potential offengelegt wird.

201 *Johnson*, B.U. L. Rev. 2014, S. 1937, 1947.

davon aus, dass „Urheber“ nur derjenige ist, der diese Tätigkeit ernsthaft und dauerhaft verfolgt oder gar professioneller Urheber ist. Wer diese Voraussetzung nicht erfüllt und nur „zum Spaß“ auf Grundlage anderer Werke kreativ tätig ist, ist bloßer „Nutzer“ und nicht seinerseits Urheber.²⁰² Es ist aber nicht erkennbar, wieso das Urheberrecht danach differenzieren sollte, ob Werke zum Spaß oder der Absicht, Einkommen zu erzielen, angefertigt werden. Sofern die im Urheberrecht angelegte Unterscheidung zwischen Nutzer und Urheber jemals überhaupt sinnvoll durchführbar war (und nicht seit jeher eine Diskriminierung privater Kreativität darstellt), wird die Unterscheidung in der digitalen Gesellschaft immer unbedeutender. Es wird vielmehr immer bedeutsamer, dass jedermann Urheber ist oder sein kann und dass jeder Urheber die meiste Zeit „nur“ Nutzer ist.²⁰³ Zwar kann nach dem geltenden Urheberrecht eine Person ohne weiteres Nutzer und Urheber zugleich sein. Die immer stärkere Verschmelzung dieser Rollen bzw. ihre Simultanität²⁰⁴ hat innerhalb des urheberrechtlichen Interessenausgleichs bisher aber noch viel zu wenig Beachtung gefunden – obwohl dies aufgrund der fundamentalen Veränderungen immer dringender nötig wäre.²⁰⁵

Selbstverständlich kann und wird die Laien-Kultur die industriell produzierte Massenkultur nicht ersetzen oder verdrängen. Sie kann jedoch eine große Bereicherung der gesamten Kulturproduktion darstellen, indem unzählige Nischenmärkte entstehen und theoretisch jeder sein individuelles Wissen und seine Erfahrungen zum Ausdruck bringen kann.²⁰⁶ Da das Urheberrecht nicht nur dazu dient, das Geschäftsmodell der bestehenden Verwertungsindustrie zu bewahren, sondern (auch) am Schutz aller Urheber, kreativem und kulturellem Fortschritt orientiert ist, sollte das Urheberrecht eigentlich auch die Interessen dieser Art von Kreativen stärker berücksichtigen und dafür sorgen, dass transformative Laien-Kreativität rechtlich einfacher möglich ist.

C. Zwischenergebnis

Das Internet ist das ideale Medium, um Kreativität, Inklusion, kulturellen und politischen Diskurs so zu ermöglichen, wie er in einer pluralistischen, demokratischen Gesellschaft wünschenswert wäre, und erlaubt es außerdem, neue Märkte zu erschließen.²⁰⁷ Das Internet ist zudem das ideale Medium, um Menschen bei der Weiterentwicklung von Wissen, Kultur und der Schaffung eigener kreativer Werke zu unterstützen bzw. sie zu eigener kreativer Tätigkeit zu ermuntern. Dennoch führt gerade das ebenfalls diesen Zielen dienende Urheberrecht eher zu einer Behinde-

202 Peukert, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), Festschrift Wandtke, S. 459, 460.

203 Kreutzer, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 107, 116.

204 Michalik, Lösungsansätze für das Urheberrecht in der digitalen Musikwelt, S. 119.

205 Kreutzer, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 107, 115; Dreier/Leistner, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 16.

206 Benkler, Wealth of Networks, S. 55 f.

207 Siehe hierzu etwa Jani in: Medienrecht Praxishandbuch, Teil 2 Kap. 1 Rn. 17; Lessig, The Future Of Ideas, S. 126.

zung dieser theoretischen Möglichkeiten als zu ihrer Unterstützung oder Ermöglichung.²⁰⁸

Das Urheberrecht beruht weiterhin auf der Grundannahme, dass mit Hilfe möglichst weitreichender Ausschließlichkeitsrechte eine effektive Kontrolle jeder einzelnen Nutzungshandlung möglich und sinnvoll ist. Die Goldstein'sche „Himmlische Jukebox“²⁰⁹ bleibt das Ideal. Durch die Kombination von Ausschließlichkeitsrechten, technischen Hilfsmitteln und Lizenzverträgen soll jede einzelne Werknutzung kontrollierbar sein und am besten einzeln vergütet werden.²¹⁰ Diesem Modell droht jedoch das Scheitern. Es scheint Kreativität mehr zu behindern, als zu fördern. Es führt zur Unternutzung von Werken und technischen Potentialen und nimmt keine Rücksicht auf den inklusiven, demokratischen Charakter des Internets, wie er sich insbesondere in Form der Laien-Kreativität manifestiert. In der Folge schwindet die Legitimation und Anerkennung des Urheberrechts immer weiter, während die Gesetzgeber darauf nur mit weiteren Verschärfungen zu reagieren scheinen, was wiederum zu einem weiteren Schwinden von Legitimation und Anerkennung führt.²¹¹

Es ist daher dringend nötig, einen Weg zu finden, mit dem weiterhin die berechtigten Interessen aller Urheber geschützt werden können, soweit dies in der jeweiligen Konstellation erforderlich ist. Zugleich müsste aber die Ausübung von Kreativität, sozialem Austausch und technischen Möglichkeiten weniger stark erschwert werden sowie Laien-Kreativität angemessener berücksichtigt und ermöglicht werden – all das in weitaus differenzierterer Form als bisher. Möglicherweise bieten verschiedene Selbstregulierungsmechanismen hier einen sinnvollen Ansatzpunkt.

208 *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479, 479; siehe für zahlreiche Beispiele außerdem die Ausführungen in Kap. 1 A. II.

209 Das Ideal der „Himmlischen Jukebox“ steht für die Vorstellung, dass eine umfassende Kontrolle und gesonderte Vergütung jeder einzelnen Nutzung eines kreativen Werks möglich und sinnvoll ist. Siehe hierzu insbesondere *Goldstein*, Copyright's Highway; zur Geschichte des Begriffs und Ideals ferner *Burkart/McCourt*, Digital Music Wars, S. 1 ff.

210 *Peukert*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), Festschrift Wandtke, S. 459, 462.

211 Ein Recht, das nirgends auf freiwillige Befolgung und Akzeptanz hoffen darf, ist unsinnig. So *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 24; vor einem „völligen Verbrauch der Werke durch deren mediale Verwahrlosung“ warnt *Flechsigt*, ZGE/IPJ 2011, S. 19, 45; siehe auch *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 74.

Kapitel 2: Unterschiedliche Ansätze der Selbstregulierung im Urheberrecht

Aufgrund der Vielzahl tatsächlicher und vermeintlicher Probleme des Urheberrechts sowie ihrer unterschiedlichen tatsächlichen und vermeintlichen Ursachen²¹² findet sich eine unüberschaubare Fülle an Ideen und Vorschlägen zur Reform des Urheberrechts. Diese reichen von Detailanpassungen bis hin zu sehr radikalen Reformvorschlägen. Einzig die Verwerter scheinen mit der gegenwärtigen Situation relativ gut leben zu können,²¹³ auch wenn sie mangelnde Durchsetzungsmöglichkeiten, massenhafte Rechtsverletzungen und dadurch verursachte Umsatzeinbußen beklagen.²¹⁴

Unabhängig von den in der Literatur diskutierten Reformideen haben sich verschiedene selbstständige Formen des alternativen Umgangs mit Urheberrechten entwickelt. Ihre Gemeinsamkeit liegt darin, dass an Stelle oder ergänzend zum geltenden Urheberrecht auf freiwilliger Basis einschränkende oder abweichende Regelungen entstanden sind, die sich u. a. dadurch auszeichnen, dass (transformative) Nutzungen ohne unmittelbares Entgelt auf flexiblere Art und Weise ermöglicht werden.

A. Selbstregulierung durch freie Lizenzen und geduldete Nutzung

Der Fokus liegt im Folgenden auf den zwei wohl bedeutsamsten Formen urheberrechtlicher Selbstregulierung im Internet. Sie sind auf den ersten Blick sehr unterschiedlich, weisen jedoch eine Reihe von Gemeinsamkeiten auf. Eine dieser

212 Siehe hierzu zusammenfassend *Ohly*, NJW-Beil. 2014, S. 47; *Leistner*, ZUM 2016, S. 580; *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, S. 13; *Peukert*, GRUR Beil. 2014, S. 77; *Spindler*, NJW 2014, S. 2550.

213 Siehe hierzu die Ergebnisse der umfassenden Befragung zum Urheberrecht durch die EU-Kommission vom Juli 2014, S. 85, abrufbar unter https://web.archive.org/web/20170301164758/http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf [letzter Abruf 14.02.2019]. Siehe zur Einstellung von Rechtsinhabern, Intermediären und Bürgern zu den Problemen der Haftung von Plattformen und anderen Intermediären ferner die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation der EU-Kommission vom 26.01.2016, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and> [letzter Abruf 14.02.2019]; eine gute Zusammenfassung findet sich bei *Husovec/Leenes*, Summary Consultation Final Report.

214 Siehe hierzu etwa den „Global Music Report 2016“ des Weltverbandes der Phonoindustrie IFPI, S. 22 ff., abrufbar unter <http://www.ifpi.org/downloads/GMR2016.pdf> [letzter Abruf 14.02.2019]. Die Kausalität zwischen Rechtsverletzungen im Internet und Umsatzeinbußen ist empirisch bisher jedoch nicht belegt worden, im Gegenteil lassen einige Studien an dieser Behauptung zweifeln, siehe hierzu etwa die Studien von *Oberholzer-Gee/Strumpf*, IPE 2010, S. 19; *Andersen/Frenz*, J. Evol. Econ. 2010, S. 715; *Aguiar/Martens*, Digital music consumption on the Internet.

Formen ist die gezielte Verwendung sogenannter „freier Lizenzen“. Mit deren Hilfe versuchen (insbesondere) Urheber, durch standardisierte Lizenzverträge ein rechts-sicheres und leicht verständliches alternatives Regelungsregime für eine einfachere (kreative) Nutzung ihrer Werke zu schaffen. Das immer stärker aufkommende Phänomen des „Tolerated Use“ oder der „geduldeten Nutzung“ umschreibt hingegen die rein faktische Tolerierung bestimmter Verletzungshandlungen, insbesondere durch kommerzielle Verwerter. Verwerter ermöglichen durch bewusste Untätigkeit und/oder Vereinbarungen mit Intermediären²¹⁵ die (kreative) Nutzung und Verbreitung bestehender Werke durch Nutzer und Laien-Urheber.

I. „Freie Lizenzen“ – Open Content und Open Source Software

Freie Lizenzen wurden von einzelnen Akteuren der Zivilgesellschaft gezielt entwickelt und beworben, um Urheber und Verwerter dazu zu bringen, mit Hilfe standardisierter Lizenzverträge interessierten Nutzern bestimmte Nutzungsrechte entgeltlos einzuräumen. Im Gegenzug hat der Nutzer bei Inanspruchnahme dieser Rechte einige Vorgaben zu beachten.

1. Abgrenzung „Freier Lizenzen“

Der Begriff der freien Lizenz ist nicht klar definiert. Zwar gibt es bekanntere Definitionen für „Open Source Software“ („Open Source Definition“ der Open Source Initiative (OSI))²¹⁶ oder „Free Cultural Works“ („Freedomdefined.org“)²¹⁷. Diese Definitionen sind für den Zweck dieser Untersuchung jedoch zu eng. Sie umschreiben den Idealtypus einer freien Lizenz aus Sicht ihrer Anhänger, lassen damit aber zahlreiche vergleichbare Lizenzsysteme außen vor. Da es vor allem um die Hintergründe, Auswirkungen und Grenzen verschiedener Arten von Selbstregulierung geht, die hinreichende Gemeinsamkeiten aufweisen, ist eine weiter gefasste Definition freier Lizenzen notwendig.

Im Rahmen dieser Arbeit werden daher unter dem Begriff der „freien Lizenz“ verschiedene Lizenztypen zusammengefasst, die eine Reihe von Kriterien erfüllen. „Freie Lizenzen“ umfassen demnach alle Arten von (i. d. R.) standardisierten Lizenzen, mittels derer ein Urheber (oder Verwerter) dem Lizenznehmer, ohne hierfür unmittelbar ein Entgelt zu erhalten, weitergehende Rechte einräumt, als dem Lizenznehmer kraft Gesetzes zustehen, wobei dem Lizenznehmer bei der Nutzung des Werks zu beachtende Pflichten auferlegt werden.

Historisch betrachtet haben freie Lizenzen ihren Ursprung im Bereich des Softwareurheberrechts.²¹⁸ Die dahinterstehenden Gedanken bzw. Prinzipien wurden in der

215 Siehe zu diesen wirtschaftlich immer wichtiger werdenden Vereinbarungen nachstehend unter Kap. 2 A. II. 3.

216 Abrufbar unter <http://opensource.org/docs/osd> [letzter Abruf 14.02.2019].

217 Abrufbar unter <http://freedomdefined.org/definition> [letzter Abruf 14.02.2019].

218 Siehe zur Geschichte zusammenfassend *Jaeger/Metzger, Open-Source-Software*, S. 9 ff.

Folge jedoch rasch auf andere Werkarten übertragen.²¹⁹ Die bekanntesten und am häufigsten verwendeten Lizenzarten sind die verschiedenen Lizenzvarianten des Creative Commons Projekts²²⁰ (CC) sowie die unterschiedlichen Versionen der durch die Free Software Foundation betreuten General Public Licence (GPL).²²¹ Aufgrund der häufig fehlerhaften bzw. ungenauen Verweisung auf „Creative Commons“ ist darauf hinzuweisen, dass es nicht *die* Creative Commons Lizenz gibt. Neben verschiedenen Versionen (aktuell Version 4) gab es in älteren Versionen zudem Lizenzen, die an einzelne Jurisdiktionen angepasst waren. Aber auch die aktuelle Version 4 ist keine einheitliche Lizenz, sondern besteht aus sechs verschiedenen Lizenz-Varianten mit unterschiedlich weitreichenden Berechtigungen für den Lizenznehmer, die sich aus den möglichen Kombinationen der verfügbaren Lizenzteile, „Module“ genannt, ergeben. Die Gemeinsamkeit liegt in einigen Besonderheiten im Vergleich zu gewöhnlichen Lizenzen zur Einräumung von Nutzungsrechten.

a) Grundsätzliche Diskriminierungsfreiheit

Wie bei einer gewöhnlichen Nutzungslizenz werden einfache Nutzungsrechte durch den Urheber (oder sonstigen Rechtsinhaber wie insbesondere Verwerter) an einen Lizenznehmer eingeräumt.²²² Die Besonderheit liegt jedoch darin, dass grundsätzlich jedermann ein vom Lizenzgeber vorab an die Allgemeinheit erklärtes Angebot auf Abschluss des Lizenzvertrags annehmen kann. Der Lizenzgeber interessiert sich nicht für die konkrete Person des Lizenznehmers, die Lizenzerteilung erfolgt somit grundsätzlich diskriminierungsfrei.²²³ Anders als bei einer gewöhnlichen Nutzungslizenz sind keinerlei Verhandlungen notwendig. Der Lizenzgeber kennt in aller Regel weder die Person des Lizenznehmers, noch erfährt er ohne Weiteres, ob es überhaupt zum Abschluss eines Lizenzvertrags gekommen ist. Der Lizenzgeber bietet vielmehr der Allgemeinheit ein Werk dergestalt an, dass er mit Veröffentlichung des Werks im Internet oder der Übergabe eines Vervielfältigungsstücks zugleich eine Erklärung abgibt, wonach das Werk unter den Bedingungen einer bestimmten Lizenz genutzt werden kann. Er bietet also – diskriminierungsfrei und ohne eigene Entscheidungsmöglichkeit – jeder Person weltweit den Abschluss eines Lizenzvertrags an, soweit diese Person bestimmte Voraussetzungen erfüllt.²²⁴

219 Die Unterschiede bzw. Besonderheiten bei der Herstellung, Verbreitung und Nutzung von Software auf der einen und sonstigen Werkarten auf der anderen Seite sollen nicht außer Acht gelassen werden. Bei Fragen, bei denen diese Unterschiede eine Rolle spielen, wird daher gesondert auf die dortigen Unterschiede eingegangen.

220 Siehe hierzu <https://creativecommons.org/licenses/>. Die Lizenzen werden zurzeit von einer privaten US-amerikanischen Initiative betreut, die sich aber in Kürze zu einer globalen NGO weiterentwickeln möchte. Es gibt offizielle Übersetzungen der einzelnen Lizenzen, verbindlich ist jedoch jeweils nur die englische Fassung.

221 Siehe hierzu www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html und <http://www.gnu.org/licenses/licenses.html> [letzter Abruf 14.02.2019]

222 Siehe zu den vertraglichen Einzelheiten und den damit zusammenhängenden Problemen ausführlich nachstehend unter Kap. 4 A. IV.

223 *Dusollier*, Chi.-Kent L. Rev. 2007, S. 1391, 1409 f.

b) Standardisierung weitreichender Nutzungsrechtseinräumung

Ziel freier Lizenzen ist ein hohes Maß an Standardisierung, Vereinfachung und Rechtssicherheit.²²⁵ Um dieses Ziel zu erreichen, werden mit Hilfe von Standardverträgen relativ umfangreiche Nutzungsrechte eingeräumt, unabhängig davon, ob sie im konkreten Fall vom Lizenznehmer tatsächlich benötigt werden oder nicht. Viele freie Lizenzen erlauben neben der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung auch die Bearbeitung des Werks sowie die Veröffentlichung von Bearbeitungen.²²⁶ Durch die Verwendung möglichst weit verbreiteter Standards soll für potentielle Nutzer – und sogar für einen Computeralgorithmus wie etwa eine Suchmaschine – stets schnell und einfach erkennbar sein, ob und unter welchen Bedingungen ein Werk nutzbar ist.²²⁷

Dadurch soll u. a. erreicht werden, dass Werke auch dann genutzt werden können, wenn der Interessent das Werk ohne die freie Lizenz überhaupt nicht genutzt hätte. Eine solche Situation tritt etwa auf, wenn ein potentieller Lizenznehmer bei nicht frei lizenzierten Werken nicht sicher oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand abschätzen kann, ob er auf der Basis gesetzlicher Schranken zur Nutzung befugt ist oder nicht. Neben mehr Rechtssicherheit soll die Verwendung standardisierter Lizenzen noch einen weiteren Vorteil bieten: häufig unterbleibt die Nutzung eines Werks, weil bereits der Aufwand, den Rechtsinhaber zu ermitteln, zu kontaktieren und um eine Lizenz zu bitten, unverhältnismäßig und prohibitiv ist, auch wenn dieser gegen die konkrete Verwendung möglicherweise überhaupt nichts einzuwenden hätte.²²⁸ Dies gilt vor allem bei privater Nutzung eines Werks, aber häufig auch bei kommerzieller Nutzung. Bereits die psychologische Hemmschwelle, fremde Menschen zu kontaktieren und sie um einen Gefallen zu bitten (etwa entgeltlose Nutzungsmöglichkeit für ein Schulprojekt) ist für gewöhnlich so hoch, dass sie nur bei entsprechend hohem Druck überschritten wird.²²⁹

224 Hierbei handelt es sich rechtlich um ein Angebot ad incertas personas, siehe *Grützmacher* in: *Wandtke/Bullinger*, § 69c UrhG Rn. 75; *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software Rn. 210; *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Rn. 563 f.

225 *Kreutzer*, in: *Angelopoulos/Guibault* (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 107; *Corbett*, *MLR* 2011, S. 503, 515.

226 Siehe Zif. 2 a. der Version 4 der CC-Lizenzen, die eine Bearbeitung gestatten (d. h. alle Varianten, die nicht ausdrücklich ein Bearbeitungsverbot - „ND“-Modul - enthalten): „*the Licensor hereby grants you a [...] license [...] to A. reproduce and Share the Licensed Material, in whole or in part; and B. produce, reproduce, and Share Adapted Material*“. Siehe ferner Zif. 4, 5 der GPLv3: „*You may convey verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium [...] You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program [...]*“.

227 Insbesondere die CC-Lizenzen verwenden neben diesen Symbolen auch noch eine leicht verständliche Kurzzusammenfassung der wesentlichsten Rechte und Pflichten, genannt „*Licence Deed*“. Siehe hierzu <https://creativecommons.org/licenses/> [letzter Abruf 14.02.2019].

228 *Niv*, *The Socio-Economic Contribution of Creative Commons*, S. 16; *Boyle*, *Public Domain*, S. 182; siehe hierzu ferner die Beispiele bei *Lev-Aretz*, *Brook. L. Rev.* 2015, S. 1357, 168 ff.

229 *Boyle*, *Public Domain*, S. 182; *Fitzgerald*, in: *Fitzgerald* (Hrsg.), S. 3, 6.

Der ansonsten nötige Aufwand hätte andernfalls zur Folge, dass der potentielle Nutzer von einer Nutzung absehen würde oder aber in der Hoffnung darauf, nicht belangt zu werden, die Nutzung in unrechtmäßiger Weise vornehmen würde. Für den Urheber kann dabei eine unterlassene oder illegale Nutzung häufig nachteiliger sein als eine ordnungsgemäß frei lizenzierte Nutzung. Schließlich hätte der Urheber möglicherweise gegen die konkrete private Nutzung überhaupt nichts einzuwenden, solange er zumindest als Urheber benannt wird.²³⁰ Zudem gibt es Situationen, in denen einem Urheber mehr daran gelegen sein dürfte, dass sein Werk zumindest unter Beachtung bestimmter Auflagen (insbesondere mit Namensnennung und gegebenenfalls Verlinkung) verwendet wird, als dass es ohne Beachtung der Lizenzpflichten illegal benutzt wird.²³¹ Freie Lizenzen sollen daher dazu beitragen können, proaktiv unerwünschte Unternutzungen und Rechtsverletzungen zu verhindern und die Nutzer an ihre Pflichten zu erinnern.²³²

c) Pflichten des Lizenznehmers – bedingte Einräumung von Nutzungsrechten

Ein weiteres wesentliches Element freier Lizenzen ist die Bindung des Lizenznehmers an einen unterschiedlich weitreichenden Pflichtenkatalog. Einige dieser Pflichten finden sich bei nahezu allen freien Lizenzen, andere nur bei bestimmten Lizenztypen.

Nahezu alle Lizenzen treffen konkrete Bestimmungen dazu, welche besonderen Pflichten (insbesondere Namensnennung und Hinweis auf die konkrete Lizenz) der Lizenznehmer bei Weitergabe oder Bearbeitung des Werks beachten muss.²³³ Diese können auch sehr weitreichend sein. Anzugeben sind etwa im Fall der CC-Lizenzen der oder die Urheber oder andere Personen, auf die nach Wunsch des Urhebers hingewiesen werden soll, ein Urheberrechtshinweis, ein Hinweis auf die freie Lizenz, ein Hinweis auf den Haftungsausschluss, eine Verlinkung zur Originalquelle, sofern dies sinnvoll möglich ist, und den Text der Lizenz oder einen Link zum Lizenztext.²³⁴ Im Fall von Bearbeitungen sehen etwa die GPL und auch einige der CC-

230 *Lev-Aretz*, Brook. L. Rev. 2015, S. 1357, 1371. Siehe zu möglichen Motiven noch ausführlicher nachstehend unter Kap. 3 B. III.

231 Diese Ansichten finden sich vor allem im Bereich der Fotografie, aber etwa auch im Fanfiction-Bereich.

232 Es soll keineswegs unterstellt werden, dass alle Urheber oder Rechtsinhaber davon ausgehen, dass eine Nutzung im Wege freier Lizenzen oder mit Namensnennung allemal besser ist als eine illegale Nutzung. Dies hängt jeweils ausschließlich von den Umständen des Einzelfalls und den Interessen des Urhebers oder Rechtsinhabers ab. Es gibt jedoch durchaus Situationen, in denen diese Voraussetzungen vorliegen.

233 Siehe etwa Zif. 4 Abs. 1 GPLv3 für bloße Vervielfältigungen: „*You may convey verbatim copies [...] provided that you [...] publish on each copy an appropriate copyright notice; keep intact all notices stating that this License and any non-permissive terms added in accord with section 7 apply to the code; keep intact all notices of the absence of any warranty; and give all recipients a copy of this License along with the Program.*“.

234 Siehe hierzu etwa den ausführlichen Pflichtenkatalog in Zif. 3 a. 1. der CC-Lizenzen der Version 4.

Lizenzen²³⁵ darüber hinaus vor, dass der Lizenznehmer ein bearbeitetes Werk wiederum nur unter derselben Lizenz veröffentlichen kann.²³⁶

Die Durchsetzung dieser Pflichten wird gesichert, indem die Nutzungsrechte nur auflösend bedingt i. S. d. § 158 Abs. 2 BGB eingeräumt werden.²³⁷ Sobald der Lizenznehmer gegen eine der in der Lizenz normierten Pflichten verstößt, entfällt sein Nutzungsrecht automatisch und die Lizenz wird beendet. Der Lizenznehmer begeht bei fortgesetzter zustimmungsbedürftiger Nutzung oder Verbreitung eine Urheberrechtsverletzung, die mit Hilfe der allgemeinen urheberrechtlichen Befugnisse (§§ 97 ff. UrhG) durchgesetzt werden kann. Dadurch soll sichergestellt werden, dass ein Lizenznehmer zwar einerseits alles mit einem Werk tun kann, was ihm die konkrete freie Lizenz gestattet – jedoch nur dann, wenn er dabei bestimmte Pflichten erfüllt.

d) Unterschiedliche Varianten freier Lizenzen

Inzwischen existiert eine unüberschaubare Anzahl verschiedener freier Lizenzen.²³⁸ Sie unterscheiden sich teilweise nur marginal, zum Teil jedoch erheblich. Die Unterschiede liegen v. a. in Beschränkungen auf bestimmte Nutzergruppen oder persönliche Voraussetzungen, der Art der eingeräumten Nutzungsrechte, unterschiedlich weitreichenden Pflichten des Lizenznehmers und gezielten Anpassungen an die Besonderheiten einzelner Werkarten.

(i) Beschränkung des Nutzerkreises

Grundsätzlich richten sich freie Lizenzen diskriminierungsfrei an jedermann.²³⁹ Die wichtigste und bekannteste, zugleich aber auch eine der problematischsten Ausnahmen ist die Beschränkung einer Lizenz auf nicht-kommerzielle Nutzungen, die insbesondere bei CC-Lizenzen häufig eingesetzt wird.²⁴⁰ Zwar kann rein formal auch hier jeder Interessent einen entsprechenden Lizenzvertrag abschließen. Die Nut-

235 Bei CC-Lizenzen ist die Wahl dieser Bedingung – dort „Share Alike“ genannt - für den Lizenzgeber optional.

236 Siehe Zif. 5 GPLv3: „*You may convey a work based on the Program, or the modifications [...], provided that you also meet all of these conditions: [...] You must license the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy. [...]*“. Zif. 3 b. der CC „Share Alike“ Varianten Version 4: „*[...] if You Share Adapted Material You produce, the following conditions also apply. [...] The Adapter’s License You apply must be a Creative Commons license with the same License Elements, this version or later, or a BY-SA Compatible License. [...]*“; siehe hierzu noch ausführlicher nachstehend unter Kap. 4 A. V. 3.

237 *Grützmaker* in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG Rn. 79; *Spindler (Hrsg.)*, Rechtsfragen bei Open Source Teil C Rn. 35 ff. Diese Bedingung findet sich bei der GPLv3 in Zif. 8 Abs. 1, bei den Lizenzen der Creative Commons Familie in Zif. 6 a.

238 Eine umfangreiche, nicht abschließende Liste freier Lizenzen einschließlich einer Kurzzusammenfassung pflegt die Free Software Foundation unter <http://www.gnu.org/licenses/license-list.en.html> [letzter Abruf 16.02.2016]; ebenso das Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (ifrOSS), abrufbar unter <https://ifrOSS.github.io/ifrOSS/Lizenzcenter> [letzter Abruf 14.02.2019].

239 Siehe hierzu vorstehend Kap. 2 A. I. 1. a).

zung der in der Lizenz eingeräumten Rechte ist aber nicht allen Lizenznehmern möglich, sondern nur denjenigen, die bei der Nutzung des Werks keinen primär kommerziellen Zweck verfolgen.²⁴¹ Die vorab erteilte Zustimmung zur Werknutzung wird somit auf bestimmte Nutzungszwecke beschränkt. Eine ähnliche Wirkung bezwecken auch die Klauseln einiger anderer Lizenzen, die die Nutzung etwa auf redaktionelle Zwecke, den Bildungsbereich oder die Forschung beschränken. Je nach Umfang der Einschränkung wird dabei wohl irgendwann die Grenze dessen erreicht, was noch als freie Lizenz bezeichnet werden kann. Zum Teil wird daher noch weiter zwischen „Free Licenses“ und „Free Culture Licenses“²⁴² differenziert.²⁴³ Auch diese Lizenzen fallen jedoch in den Anwendungsbereich der für diese Untersuchung relevanten Definition.

(ii) Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte

Ein weiterer Unterschied ist der Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte. Nahezu alle Lizenzen gestatten die Vervielfältigung und Verbreitung des Werks im Wege der öffentlichen Zugänglichmachung. Historisch gestatteten freie Lizenzen immer auch die Bearbeitung des Werks und die Veröffentlichung von Bearbeitungen.²⁴⁴ Dieses Recht ist strenggenommen, wie auch das Vervielfältigungsrecht und die Diskriminierungsfreiheit, eines der ideologischen Wesensmerkmale freier Lizenzen. Es gibt jedoch auch Lizenzen, die kein entsprechendes Recht einräumen. Relevant sind dabei vor allem die „No-Derivatives“-Varianten („ND“) der CC-Lizenzen.²⁴⁵

Eine weitere wichtige Differenzierung betrifft die Pflichten, denen der Lizenznehmer bei einer Veröffentlichung des bearbeiteten Werks unterliegt. Es ist zwischen Lizenzen mit sogenanntem „Copyleft“ und ohne Copyleft zu differenzieren. Das Copyleft-Prinzip (bei den CC-Lizenzen als „Share-Alike“ oder „SA“ bezeichnet) besagt, dass Bearbeitungen des lizenzierten Werks immer nur dann vom Lizenznehmer veröffentlicht werden dürfen, wenn die Bearbeitung ihrerseits unter Verwen-

240 Der Anteil dieser Lizenzvarianten betrug laut den Statistiken der Organisation Creative Commons 2015 ca. 34 % aller verwendeter CC-Lizenzen; siehe <https://stateof.creativecommons.org/2015/> [letzter Abruf 14.02.2019].

241 Siehe Zif. 2 a. 1. A. der Non-Commercial Varianten der CC-Lizenzen Version 4: „*The Licensor hereby grants You [...] license to [...] reproduce and Share the Licensed Material, in whole or in part, for NonCommercial purposes only;*“. Siehe zu dieser Klausel ausführlicher nachstehend unter Kap. 4 A. V. 4.

242 Dies sind all jene Lizenzen, die unter die bereits genannte Definition der Initiative Freedomdefined.org fallen und „echte“ freie Kultur ermöglichen sollen.

243 *Dulong De Rosnay*, Creative Commons Licenses Legal Pitfalls, S. 95 ff.

244 Siehe etwa Zif. 5 und 6 der GPLv3.

245 Siehe etwa Zif. 2 a. 1. B. der Lizenz CC-BY-ND 4.0: „*The Licensor hereby grants You a [...] license to exercise the Licensed Rights in the Licensed Material to [...] produce and reproduce, but not Share, Adapted Material*“. Eine andere bekanntere Lizenz mit ähnlichen Einschränkungen ist etwa die *Digital Peer Publishing Licence* (DPPL) des Wissenschaftsministeriums NRW (vgl. dort § 2 Abs. 4). Ältere vergleichbare Lizenzen wie etwa die GNU Verbatim Copying Licence wurden mit Blick auf die Möglichkeiten der CC-BY-ND Lizenz aufgegeben.

dung derselben Lizenz der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt wird.²⁴⁶ Dieses Prinzip entstammt dem Softwareurheberrecht. In der Softwareentwicklung wird wesentlich stärker sequentiell und auf bereits vorhandenem Software-Code aufbauend entwickelt als bei den meisten anderen Werkarten. Durch das Copyleft-Prinzip sollte erreicht werden, dass auch Software, die auf Softwareteilen (Code) beruht, die unter einer freien Lizenz der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt wurden, wieder der Allgemeinheit zur Verfügung steht.²⁴⁷ Es soll somit zur Sicherung der Freiheit des konkreten Werks/Werks/Teils dienen und es erschweren, den Code, der frei veröffentlicht wurde, einseitig „auszunutzen“. Dieses Prinzip war lange Zeit eine tragende Säule des Erfolgs von OSS,²⁴⁸ weshalb es auch bei Lizenzen für andere Werkarten häufig Verwendung findet.²⁴⁹

(iii) Pflicht zur Offenlegung des Quellcodes

Eine spezifische Besonderheit besteht bei freien Lizenzen, die speziell für die Lizenzierung von Software entwickelt wurden. Diese Lizenzen erfordern im Regelfall die Veröffentlichung und Weitergabe des Quellcodes der Software. Der Quellcode einer Software ist der in menschlich lesbarer Programmiersprache geschriebene „Text“, d. h. der Bauplan bzw. die Handlungsanweisung an den Computer, den der normale Nutzer eines Programms überhaupt nicht zu Gesicht bekommt. Der normale Nutzer erhält in den meisten Fällen nur eine kompilierte Version des Codes, aus der die programmierten Abläufe nicht unmittelbar zu entnehmen sind. Sofern Änderungen an einer Software vorgenommen werden sollen, die Funktionsweise untersucht oder überprüft werden soll, Fehler oder Sicherheitslücken gesucht und behoben werden sollen, ist der Zugang zum Quellcode erforderlich.²⁵⁰

Bei freien Lizenzen im Softwarebereich ist deshalb die Offenlegung des Quellcodes elementarer Bestandteil des gesamten theoretischen und ideologischen Konzepts.²⁵¹ Zwar gibt es Pflichten zur Offenlegung oder Hinterlegung des Quellcodes auch bei anderen (unfreien) Softwarelizenzen, sie sind dort aber eine große Ausnahme.²⁵² Die Möglichkeit des Zugangs und der freien Verwendung des Quellcodes war historisch überhaupt erst der Anlass für die Entwicklung des gesamten Konstrukts

246 Zif. 5 c) GPLv3: „You must license the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy.“; Zif. 3 b. 1. der Share-Alike-Varianten der CC-Lizenzen Version 4: „The Adapter’s License You apply must be a Creative Commons license with the same License Elements, this version or later, or a BY-SA Compatible License.“.

247 Siehe hierzu ausführlich Schäfer, Der virale Effekt, S. 10 ff.; Teupen, „Copyleft“ im deutschen Urheberrecht; Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, S. 36 ff.

248 Siehe zur Bedeutung Satchwell, Berkeley Tech. L.J. 2005, S. 1757; McGowan, U. Chi. L. Rev. 2011, S. 207.

249 Zur Kritik und den Problemen dieser Regelungstechnik siehe nachstehend unter Kap. 4 A. V. 3.

250 Siehe für eine genauere technische Beschreibung Teupen, „Copyleft“ im deutschen Urheberrecht, S. 32.

251 Siehe etwa Satchwell, Berkeley Tech. L.J. 2005, S. 1757, 1791.

252 Z.B. im Wege des „Key Escrow“. Siehe hierzu Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, S. 287 ff.

„freie Lizenzen“.²⁵³ Mit Hilfe freier Softwarelizenzen soll der (potentielle) Lizenznehmer in die Lage versetzt werden, die Software anhand des Quellcodes selbst prüfen, ausbessern, verändern oder verbessern zu können. Wenn der Lizenznehmer eine veränderte Version des Programms weiterverbreiten möchte, muss er daher stets selbst seine veränderte Version des Quellcodes offenlegen.²⁵⁴

Vergleichbare Pflichten gibt es bei den freien Lizenzen mit Fokus auf anderen Werkarten (etwa den CC-Lizenzen) nicht – sie sind dort auch nicht in gleichem Ausmaß notwendig. Es ist eine software-spezifische Besonderheit, dass eine sinnvolle Bearbeitung des Originals stets nur mit Zugang zum Quellcode möglich ist, während sich dieses Problem bei anderen Werkarten bisher nicht in einem vergleichbaren Ausmaß stellt.

2. Verbreitung „freier Lizenzen“

Diese Lizenzarten sind nicht nur akademische oder ideologische Spielereien, sondern konnten seit ihren Anfängen im Softwarebereich eine gewisse Bedeutung und Verbreitung erlangen.

a) Open Source Software

Die hinter dem Konzept freier Lizenzen stehenden Ideen – kostenlose Nutzung, Adaptierbarkeit an die eigenen Bedürfnisse, Überprüfbarkeit des Quellcodes, Vorteile einer allgemein verfügbaren Softwareinfrastruktur und Unabhängigkeit von einem bestimmten Hersteller – haben zu einer weiten Verbreitung freier Lizenzen im Softwarebereich geführt. Software, die unter einer freien Lizenz steht, ist aus dem Alltag nicht mehr wegzudenken, wobei sich der Nutzer der Tatsache, dass für eine bestimmte Funktion freie Software eingesetzt wird, häufig nicht einmal bewusst sein wird. Vor allem das freie Betriebssystem GNU/Linux und seine zahlreichen Variationen und Ausbaustufen erreichten einen enormen Verbreitungsgrad. Mit Hilfe von GNU/Linux wurden 2016 ca. 96,5 % aller Web-Server,²⁵⁵ 98,8 % der 500 schnellsten Supercomputer²⁵⁶ und, in Form der Weiterentwicklung Android, 82 % aller Smartphones betrieben.²⁵⁷ Weite Verbreitung findet GNU/Linux ferner bei sogenannten Embedded Devices, d. h. bei Rechnern, die in Fernseher, Entertainment-Systeme und sonstige technische Geräte eingebaut sind.²⁵⁸ Nahezu sämtlichen grundlegenden Funktionen des Internets wie etwa dem DNS-System, das für die Namenszuordnung von Internetadressen zu physikalischen Netzwerkadressen

253 Siehe hierzu ausführlich bei *Teupen*, „Copyleft“ im deutschen Urheberrecht, S. 36 ff.

254 Zif. 6 GPLv3: „*You may convey a covered work in object code form [...] provided that you also convey the machine-readable Corresponding Source Code under the terms of this license [...]*“.

255 Basierend auf einem Abgleich der Server-Betriebssysteme der 1.000.000 meistbesuchten Domains, vergleiche die Statistiken von W3tech unter <http://www.w3cook.com/os/summary/> [letzter Abruf 16.02.2019].

256 Statistik unter: <http://www.top500.org/statistics/details/osfam/1> [letzter Abruf 16.02.2019].

257 International Data Corporation (IDC), Smartphone OS Market Share, 2015 Q2, abrufbar unter <http://www.idc.com/prodserv/smartphone-os-market-share.jsp> [letzter Abruf 14.02.2019].

sorgt, oder dem Sendmail-Protokoll, welchem der weltweite Email-Verkehr aufgebaut ist, liegen freie Lizenzen zugrunde. Dabei werden für OSS neben den Versionen 2 und 3 der GPL vor allem die sehr freie MIT-Licence²⁵⁹ sowie die Apache Licence 2.0²⁶⁰ am häufigsten verwendet.²⁶¹ Insgesamt hat sich die Verwendung und Entwicklung von OSS und damit die Verwendung freier Lizenzen als alternatives Entwicklungs- und Vertriebsmodell im Softwarebereich sehr erfolgreich etabliert.²⁶²

b) Open Content

Anders als der Softwarebereich wird der Open Content Bereich von einer einzigen Lizenz und ihren Varianten dominiert: Creative Commons. Aussagen über den Verbreitungsgrad von Open Content beruhen daher primär auf Statistiken über die Verbreitung von CC-lizenzierten Werken. Danach wurde 2015 erstmals die Grenze von 1 Milliarde unter einer CC-Lizenz veröffentlichter Werke überschritten.²⁶³ Allein auf der Foto-Plattform Flickr finden sich ca. 310 Millionen CC-lizenzierte Werke,²⁶⁴ in der Online-Enzyklopädie Wikipedia über 38 Millionen frei lizenzierte Artikel,²⁶⁵ im Dokumentenportal Scribd über 50 Millionen CC-lizenzierte Artikel und Texte.²⁶⁶ In über 20 Ländern gibt es bereits – in Reichweite und Umsetzungsgrad sehr unterschiedliche – staatliche Maßnahmen zur Förderung frei lizenzierter Bildungsmaterialien.²⁶⁷ Die Summe der unter einer CC-Lizenz veröffentlichten Forschungsarbeiten betrug bereits 2014 über 1,2 Millionen.²⁶⁸ Verwendet werden freie Lizenzen außer von Privatpersonen und Urhebern etwa von der US- und der Bundesregierung, der Public Library of Science (PloS), zahlreichen Universitäten, BioMed Central, Museen, der virtuellen Bibliothek Europeana, dem BBC, dem

258 Eine Studie geht für das Jahr 2013 von einem Anteil von ca. 50 % aus, siehe *Lehrbaum*, Embedded developers prefer Linux, love Android, veröffentlicht auf LinuxGizmos.com am 02.03.2013, abrufbar unter <http://linuxgizmos.com/embedded-developers-prefer-linux-love-android/> [letzter Abruf 14.02.2019].

259 Die sehr freie MIT Licence existiert bereits seit 1988 und enthält nahezu keine Bedingungen für den Lizenznehmer, der Lizenztext ist abrufbar unter <https://opensource.org/licenses/MIT> [letzter Abruf 14.02.2019].

260 Die ebenfalls etwas freiere Apache Licence 2.0, deren wichtigster Anwendungsbereich große Teile des mobilen Betriebssystems Android sowie Software für Webserver ist, ist abrufbar unter <https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0.html> [letzter Abruf 14.02.2019].

261 *O'Grady*, What are the Most Popular Open Source Licenses Today?, veröffentlicht auf Redmonk.com am 14.11.2014, abrufbar unter <http://redmonk.com/sogradey/2014/11/14/open-source-licenses/> [letzter Abruf 14.02.2019].

262 *Wiebe* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 69c UrhG Rn. 47; *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 17; *Bitton*, TIPLJ 2011, S. 65, 79; *Asay*, OSLJ 2013, S. 753, 755 f.

263 Bericht: „State of the Commons“, abrufbar unter <https://stateof.creativecommons.org/report/2015> [letzter Abruf 14.02.2019].

264 Statistik unter <https://www.flickr.com/creativecommons/> [letzter Abruf 14.02.2019].

265 Die offiziellen Statistiken der Wikipedia sind zu finden unter https://meta.wikimedia.org/wiki/List_of_Wikipedias [letzter Abruf 14.02.2019].

266 Angaben gemäß eines Mitarbeiters des Portals, zitiert nach dem Bericht „State of the Commons“, abrufbar unter <https://stateof.creativecommons.org/report/2015> [letzter Abruf 14.02.2019].

Musikportal Jamendo, dem Kartendienst Open Street Map, der Europäischen Kommission, der Bundeszentrale für politische Bildung, der Hörbuch-Bibliothek LibriVox und vielen weiteren Institutionen. Auch im aktuellen Koalitionsvertrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD im Bundestag findet sich die Zielvorgabe, Bildungsmaterialien frei zugänglich zu machen und freie Lizenzen zu fördern.²⁶⁹ Freie Lizenzen werden somit vor allem von fremdfinanzierten Institutionen oder Privatpersonen eingesetzt, haben jedoch im Internet einen beachtlichen Verbreitungsgrad erreicht. Dabei treten diese Werke zum Teil in Konkurrenz zu klassisch vermarkteten Werken, zum Teil betreffen sie Bereiche, in denen es zuvor überhaupt keinen Markt für entsprechende Lizenzierungen gab.

Auf Grundlage der bisherigen Entwicklung ist daher festzustellen, dass freie Lizenzen außerhalb des Softwarebereichs zwar bisher keine vergleichbaren Marktanteile erreichen konnten, aber dennoch in einer Vielzahl unterschiedlicher Werkbereiche für eine freie Nutzbarkeit zahlreicher urheberrechtlich geschützter Inhalte sorgen konnten. Besonders hervorzuheben ist aufgrund seiner besonderen Bedeutung und Sonderstellung das Projekt Wikipedia. Es ist zwar aufgrund seiner kollektiven und iterativen Entwicklung teilweise eher mit der OSS-Entwicklung vergleichbar als mit anderem Open Content. Seine kulturhistorische Bedeutung kann jedoch kaum überschätzt werden. Es ist durch kollektive Mitarbeit gelungen, einen Großteil des gesammelten Wissens der Menschheit für jedermann weltweit frei zur Verfügung zu stellen – ein Erfolg, der ebenso wie die Entwicklung eines freien Betriebssystems vorher unvorstellbar war und belegt, welche Potentiale digitale Technik und freie Lizenzen jenseits klassischer Werkproduktion und -vermarktung ermöglicht haben.

II. Faktisch geduldete Nutzung – „Tolerated Use“

Mit Blick auf die faktische Wirkung, d. h. weniger „spürbare“ rechtliche Grenzen bei bestimmten kreativen Betätigungen, führt ein weiteres Phänomen zu einem teilweise relativ ähnlichen Ergebnis: die sogenannte „geduldete Nutzung“ oder auch

-
- 267 Eine ausführliche Liste findet sich unter https://wiki.creativecommons.org/wiki/Category:OER_Policy_Registry [letzter Abruf 14.02.2019]. Die Bandbreite reicht dabei von bloßen Absichtsbekundungen bis hin zu konkreten behördlichen oder gesetzlichen Verpflichtungen zur Verwendung entsprechender Lizenzen oder Materialien. Als herausragendes Beispiel ist das „Trade Adjustment Assistance Community College And Career Training Grant Programm“ des US-Regierung zu nennen, bei dem mit 2 Milliarden US-Dollar neue Kurse und Schulungsunterlagen unter ausschließlicher Verwendung von Creative Commons Lizenzen gefördert wurden, siehe hierzu <https://www.doleta.gov/taacct/> [letzter Abruf 14.02.2019].
- 268 *Neylon*, The rise and rise of Creative Commons: Over 1.2M CC Licensed Scholarly Articles, veröffentlicht auf PLOS Blog am 15.08.2014, abrufbar unter <http://blogs.plos.org/opens/2014/08/15/rise-rise-creative-commons-1-2m-cc-licensed-scholarly-articles/> [letzter Abruf 14.02.2019].
- 269 Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD „Deutschlands Zukunft Gestalten“, S. 22 f., abrufbar unter <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> [letzter Abruf 14.02.2019].

„Tolerated Use“. Sie führt – ebenso wie die Veröffentlichung unter einer freien Lizenz – dazu, dass ein fremdes Werk bis zu einer gewissen Grenze in einem weiteren Umfang genutzt werden kann als durch gesetzliche Schranken vorgesehen. Wie sich noch zeigen wird, sind rechtliche Qualifikation, Hintergründe und Motive jedoch zum Teil sehr verschieden. Es ist zudem bereits an dieser Stelle ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Szenarien, die unter den Begriff der geduldeten Nutzung subsumiert werden können, sehr breitgefächert sind. Dies führt dazu, dass nicht alle Szenarien stets einer einheitlichen Beurteilung zugänglich sind. Im Folgenden wird daher unter Außerachtlassung atypischer Abweichungen das Typische eines derartigen Umgangs mit Urheberrechten herausgestellt.

1. Rechtsdurchsetzung und geduldete Nutzung im Internet

Die geduldete Nutzung umschreibt die bewusste Hinnahme möglicher Rechtsverletzungen und den daraus folgenden (zeitweisen) Verzicht auf eine Durchsetzung von Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen.

Wenn man sich im Internet bewegt, stößt man rasch auf eine Vielzahl gängiger Dienste, Websites und Praktiken, bei denen sich Zweifel an der Konformität mit dem Urheberrecht aufdrängen. Dafür ist es nicht einmal nötig, einschlägige Filesharing-Seiten aufzusuchen oder gezielt nach Urheberrechtsverletzungen zu suchen. Ebenso häufig finden sich Konstellationen, bei denen auch ein rechtskundiger Betrachter aufgrund unklarer Tatsachen- und Rechtslage, unbestimmten oder wertenden Rechtsbegriffen nicht sicher beurteilen kann, ob eine Urheberrechtsverletzung vorliegt.²⁷⁰ Häufig handelt es sich um (vermeintliche) Eingriffe, die für sich betrachtet marginal und wirtschaftlich für den Urheber unbedeutend sind. Gleichwohl lässt sich erkennen, dass im digitalen Bereich auch jenseits des Filesharings zahllose Urheberrechtsverletzungen begangen werden, die von den meisten Beteiligten stillschweigend hingenommen werden, sofern sie sich dessen überhaupt bewusst sind.²⁷¹

Es lässt sich daher folgern, dass viele Rechtsinhaber bewusst oder unbewusst nicht alle ihnen zustehenden Rechte geltend machen. Dies ist keine vollkommen überraschende Erkenntnis. Eine gewisse Abweichung zwischen geschriebenem Recht und gelebter Praxis findet sich schließlich in vielen Rechtsgebieten. In wenigen Rechtsgebieten ist die Divergenz zwischen geschriebenem und gelebtem Recht jedoch so umfassend wie im digitalen Urheberrecht.

Die Divergenz zwischen der Zahl von Rechtsverletzungen und tatsächlicher Rechtsdurchsetzung wird noch bedeutender, wenn man sich vor Augen führt, dass – entgegen der Mär vom „rechtsfreien Raum“ – das Aufspüren und Verfolgen von Urheberrechtsverletzungen im Internet häufig wesentlich einfacher, effizienter und

270 *Wu*, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617, 617; *Hua*, More Balanced Approach, S. 117.

271 *Balganesh*, S. Cal. L. Rev. 2012, S. 723, 763; *Greenberg*, U. Colo. L. Rev. 2014, S. 53, spricht von einer „überwältigenden Mehrheit“ undokumentierter und „unermesslichen Anzahl“ nicht verfolgter Urheberrechtsverletzungen.

kostengünstiger möglich ist als bei klassischen, analogen Urheberrechtsverletzungen.²⁷² Zwar ist nicht zu leugnen, dass es mit ausreichend krimineller Energie ein Leichtes ist, sich einer einfachen Verfolgung zu entziehen. Jenseits gezielt illegaler Angebote – d. h. bei Rechtsverletzungen im Rahmen von UGC, sozialen Medien, Remix und Mashup, Parodie und Hommage – wäre eine Verfolgung hingegen im Verhältnis zu einer vergleichbaren analogen Handlung im Regelfall häufig sehr einfach möglich. Viele rechtsverletzende Handlungen finden auf großen Plattformen oder in einem der großen sozialen Netzwerke statt. Deren Betreiber bieten Rechtsinhabern häufig die Möglichkeit, jederzeit (vermeintlich) rechtsverletzende Werke löschen zu lassen oder den Zugang hierzu zu sperren.²⁷³ Hintergrund dieser Praxis ist dabei sowohl das „Notice and Take Down“-Verfahren des US-amerikanischen Digital Millennium Copyright Act²⁷⁴, als auch § 10 TMG, Art. 12 ff. der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG²⁷⁵ sowie die von der Rechtsprechung entwickelten Pflichten für Plattformanbieter zur Vermeidung der Störerhaftung.²⁷⁶ Dieses Verfahren ist für die Rechtsinhaber in vielen Fällen schneller, einfacher und effizienter als eine direkte Inanspruchnahme des eigentlichen Rechtsverletzers.²⁷⁷

Zudem findet die Mehrzahl dieser Rechtsverletzungen im öffentlichen Raum statt.²⁷⁸ Der Verletzer möchte mit seiner Mitteilung gehört werden und ist daher oftmals bereits namentlich leicht identifizierbar. Anders als im analogen Umfeld hinterlassen digitale Handlungen weitaus mehr Spuren, die eine Identifizierung des Handelnden erlauben. Die Suche nach möglichen Rechtsverletzungen ist mit Hilfe von Suchmaschinen und spezialisierten Diensten in gewissem Umfang sogar automatisierbar. Es ist somit für Rechtsinhaber heute in vielen Fällen schnell und einfach möglich, gängige Rechtsverletzungen durch teil-automatisierte Verfahren zu beenden.²⁷⁹

Obwohl Rechtsverletzungen grundsätzlich leichter aufspürbar und verfolgbar sind als in analogen Sachverhalten, werden sie immer häufiger schlicht hingenommen

272 Wu, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617, 619; Knopp, GRUR 2010, S. 28, 31; Lev Aretz, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 150.

273 Wie effektiv dieser Mechanismus in der Praxis (entgegen der Klagen von Rechtsinhabern) bereits funktioniert, konnten Urban/Karaganis/Schofield, Notice And Takedown In Everyday Practice mit umfassenden Studien nachweisen.

274 Festgelegt in § 512 (c) Copyright Act.

275 Richtlinie 2000/31/EG vom 8.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Rechtsverkehrs, im Binnenmarkt.

276 Siehe hierzu allgemein Kartal-Aydemir/Krieg, MMR 2012, S. 647.

277 Siehe zur Wirksamkeit die Studien bei Urban/Karaganis/Schofield, Notice And Takedown In Everyday Practice.

278 Siehe hierzu bereits vorstehend Kap. 1 B. I. 1. b).

279 Nochmals zur Klarstellung: Es gibt viele Rechtsverletzungen im Internet, die tatsächlich schwer bis unmöglich verfolgt werden können. Viele Rechtsverletzungen wären jedoch – gerade im Vergleich zur analogen Welt – mit relativ geringem Aufwand zu beseitigen oder zumindest einzuschränken.

oder sogar wohlwollend geduldet. Deutlich wird dieses bewusste Durchsetzungsdefizit anhand folgender Beispiele:

Im Bereich des UGC werden viele offensichtliche Urheberrechtsverletzungen von den jeweiligen Rechteinhabern nicht verfolgt.²⁸⁰ Rechtsverletzende Werke werden häufig bewusst geduldet, teilweise sogar gefördert oder zumindest als Bereicherung angesehen.²⁸¹ Es kam dabei in jüngerer Zeit insbesondere bei Rechteinhabern aus der Film-, Literatur-, Computerspiel- und (zum Teil) Softwarebranche zu bemerkenswerten Änderungen der Firmenpolitik. Am deutlichsten wird dies anhand des Disney-Konzerns: Disney stand lange Zeit im Ruf, besonders streng und unnachgiebig jede irgendwie aufspürbare rechtsverletzende Handlung seiner Fans zu verfolgen. Dies änderte sich jedoch mit dem Erfolg des Zeichentrickfilms „Frozen“, des bis dato erfolgreichsten Zeichentrickfilms aller Zeiten. Hier erkannte Disney offenbar die Bedeutung einer zwar urheberrechtswidrigen, aber lebendigen Fankultur im Internet für den eigenen wirtschaftlichen Erfolg.²⁸² So finden sich inzwischen allein auf Youtube über 60.000 unautorisierte Fan-Versionen des Titelsongs „Let It Go“.²⁸³ Disney hatte offensichtlich erkannt, dass eine aktive Fankultur weitaus relevanter für den Erfolg eines Werks sein kann als das Urheberrecht.²⁸⁴ Öffentlich bestätigt wurde diese Haltung jedoch zu keinem Zeitpunkt, ebenso wenig wurden von Fans geschaffene Werke in irgendeiner Form förmlich autorisiert. Es wird somit vielmehr schlicht bewusst in Kauf genommen, dass es zu massenhaften Rechtsverletzungen kommt. Vergleichbare wohlwollend geduldete, urheberrechtswidrige Fankulturen finden sich bei zahlreichen anderen bekannten Werken anderer Rechteinhaber ebenfalls.²⁸⁵ Ein weiteres herausstechendes Beispiel hierfür sind etwa die jüngeren Entwicklungen in der Computerspiel-Branche. Dort vollzog sich bei vielen Verwertern im Zuge des Massenphänomens sogenannter Let's-Play-Videos²⁸⁶ ebenfalls ein gewisser Sinneswandel. Obwohl derartige Handlungen offensichtlich

280 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1461; *Levine*, Cardozo Arts & Ent. L.J. 2013, S. 717, 724; siehe zum Begriff und seinen Erscheinungsformen ausführlich *Bauer*, User Generated Content, S. 7 ff.; siehe zu Problemen des User Generated Content im gegenwärtigen Urheberrechtssystem zu dem bereits vorstehend Kap. 1 A. II. 1., B. II. 4.

281 *Hua*, More Balanced Approach, S. 117.

282 *Osterndorf*, How „Frozen“ fandom changed Disney’s stance on copyright infringement, veröffentlicht auf [dailydot.com](http://www.dailydot.com/opinion/disney-frozen-fandom-copyright-infringement/) am 30.05.2014, abrufbar unter <http://www.dailydot.com/opinion/disney-frozen-fandom-copyright-infringement/> [letzter Abruf 14.02.2019].

283 *Jurgensen*, „Let It Go“ and „Frozen“ Soundtrack Keep On Going, veröffentlicht auf [wallstreet-journal.com](http://www.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303409004579563923915472580) am 16.05.2014, abrufbar unter <http://www.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303409004579563923915472580> [letzter Abruf 14.02.2019].

284 *Leonard*, How Disney learned to stop worrying and love copyright infringement, veröffentlicht auf [Salon.com](http://www.salon.com/2014/05/23/how_disney_learned_to_stop_worrying_and_love_copyright_infringement/) am 23.05.2014, abrufbar unter http://www.salon.com/2014/05/23/how_disney_learned_to_stop_worrying_and_love_copyright_infringement/ [letzter Abruf 14.02.2019].

285 Siehe hierzu bereits vorstehend Kap. 1 A. II. 1. a).

286 Hierbei handelt es sich um Videos, bei denen Computerspieler Videoaufnahmen des Spiels anfertigen und diese Aufnahmen dann für die Allgemeinheit auf Videoplattformen veröffentlichen.

urheberrechtsverletzend sind, werden sie von weiten Teilen der Industrie geduldet und zum Teil sogar aktiv gefördert.²⁸⁷

Auch bei der Verwendung sozialer Medien für Kommunikation, Austausch und Selbstdarstellung kommt es zu einer Vielzahl von Urheberrechtsverletzungen. Urheberrechtlich geschützte Werke – vor allem Texte und Bilder – werden nicht nur verlinkt, sondern häufig auch unzulässigerweise bearbeitet, vervielfältigt oder öffentlich zugänglich gemacht.²⁸⁸ Das „Teilen“ fremder Inhalte über Facebook, Twitter, Foren, Email oder Smartphone-Messenger unter Missachtung des Urheberrechts dürfte ein absolutes Massenphänomen sein. Auch hier stößt man bei genauer Betrachtung schnell an die Grenzen des gesetzlich Zulässigen.²⁸⁹ Nichtsdestotrotz wird etwa die Verbreitung fremder Inhalte über soziale Netze bisher nur in absoluten Ausnahmefällen verfolgt.

Noch deutlicher wird dies bei einem Blick auf weitverbreitete Dienste wie Reddit²⁹⁰, Tumblr²⁹¹ oder Pinterest²⁹², deren Geschäftsmodell zum großen Teil gerade darin liegt, fremde Inhalte – insbesondere Bilder – durch Nutzer sammeln zu lassen und der Allgemeinheit zu präsentieren. Die einzelnen Beiträge können dabei von anderen Nutzern auf ihren jeweiligen eigenen Seiten erneut gebündelt und präsentiert werden. Auch hier sind Rechtsverletzungen der Nutzer häufig ohne Weiteres aufspürbar, die Urheberrechtswidrigkeit noch offensichtlicher. Eine Besonderheit sozialer Medien ist zudem die Verbreitung sogenannter „viraler“ Inhalte. Hierbei wird ein Werk (i. d. R.) von einem Berechtigten gerade in der Absicht in sozialen Medien veröffentlicht, das Werk „viral“ werden zu lassen, d. h. eine möglichst große Weiterverbreitung durch die Zielgruppe selbst zu erreichen und hierdurch andere Produkte oder Marken zu bewerben.²⁹³ Diese Praxis gehört inzwischen zum Standardrepertoire der Werbebranche. Die genauen rechtlichen Auswirkungen einer solchen impliziten Absicht des Uploaders sind hingegen bisher weitestgehend ungeklärt. Auch die aktive Förderung transformativer Nutzerwerke zu Marketingzwecken dürfte inzwischen zum Standardrepertoire der Werbebranche gehören. Hier-

287 Siehe hierzu etwa instruktiv *Beyvers/Beyvers*, MMR 2015, S. 794.

288 Wobei bereits die Verlinkung auf der Grundlage des EuGH-Urteils in Sachen GS Media vom 08.09.2016, C-160/15, GRUR 2016, 1152, problematisch sein kann.

289 So stellt etwa das „Retweeten“ eines rechtsverletzenden Beitrags auf Twitter einen erneuten Eingriff in das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung dar, siehe *Solmecke* in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Teil 21.1 Rn. 28.

290 Diese Seite befindet sich zzt. auf Platz 18 der meistbesuchten Websites weltweit, siehe hierzu die Daten des Branchendienstes Alexa, abrufbar unter <http://www.alex.com/siteinfo/reddit.com> [letzter Abruf 14.02.2019].

291 Diese Seite befindet sich zzt. auf Platz 65 der meistbesuchten Websites weltweit, siehe hierzu die Daten des Branchendienstes Alexa, abrufbar unter <http://www.alex.com/siteinfo/tumblr.com> [letzter Abruf 14.02.2019].

292 Diese Seite befindet sich zzt. auf Platz 71 der meistbesuchten Websites weltweit, siehe hierzu die Daten des Branchendienstes Alexa, abrufbar unter <http://www.alex.com/siteinfo/pinterest.com> [letzter Abruf 14.02.2019].

293 Siehe hierzu *Leitgeb*, ZUM 2009, S. 39, 39 f.

durch sollen Glaubwürdigkeit, Vertrauen und gesellschaftliche Bedeutung eines Werks oder einer Marke gesteigert und zugleich Vorteile aus der Masse an neuen kreativen Inhalten geschöpft werden. Auch hier sind die genauen rechtlichen Auswirkungen dieser Absichten bisher weitestgehend ungeklärt.

Wie bei sozialen Medien hat sich auch im Musikbereich eine sehr große Szene entwickelt, die außerhalb des urheberrechtlichen Rahmens agiert. Das bekannteste Beispiel hierfür ist die lebendige Remix- und Mashup-Kultur im Internet.²⁹⁴ Die Remix- und Mashup-Künstler wissen um die Illegalität ihrer Tätigkeit und versuchen daher stets, jeden Eindruck einer Gewinnerzielungsabsicht zu vermeiden.²⁹⁵ Doch auch die Veröffentlichung eines Remix ohne jede Gewinnerzielungsabsicht verletzt in aller Regel (deutsches) Urheberrecht. Diese künstlerischen Handlungen werden von den jeweiligen Rechtsinhabern i. d. R. schlicht nicht verfolgt, solange sie unterhalb eines bestimmten Levels bleiben.²⁹⁶

Ein bereits aus dem analogen Zeitalter bekanntes Beispiel für einen vergleichbaren „Graubereich“ zwischen „erlaubt“ und „verboten“ sind die Parodie und die Hommage.²⁹⁷ Ähnlich wie bei vielen der zuvor genannten Beispiele hängt der Erfolg einer Parodie oder Hommage oftmals weniger von der korrekten rechtlichen Einordnung ab, die im Einzelfall oft unklar ist, sondern von der Frage, ob der Inhaber der Rechte am Originalwerk gegen die Parodie oder Hommage vorgehen möchte.²⁹⁸ Ob ein Gericht eine Hommage oder Parodie letzten Endes als zulässig erachtet oder nicht, kann aufgrund der für eine Beurteilung erforderlichen Abwägung vorab nie mit Sicherheit gesagt werden. Dies schafft eine große Bandbreite an möglichen Entscheidungen zwischen „offensichtlich legal“ und „offensichtlich illegal“, innerhalb derer allein der Inhaber des (vermeintlich) verletzten Urheberrechts entscheiden muss, ob er gegen das (vermeintlich) verletzende Werk vorgeht.²⁹⁹

Insgesamt gibt es somit eine große Bandbreite an Rechtsverletzungen im Internet, die von Rechtsinhabern nicht verfolgt werden, weil eine Verfolgung nicht lohnenswert ist oder sogar Vorteile in der rechtsverletzenden Handlung gesehen werden.

2. Voraussetzungen geduldeter Nutzung

Die geduldete Nutzung umschreibt somit die weit verbreitete Praxis, Urheberrechtsverletzungen trotz realistischer Verfolgungsmöglichkeit nicht nachzugehen,

294 Siehe hierzu bereits vorstehend Kap. 1 A. II. 1.

295 Siehe hierzu etwa die bereits genannte Interview-Reihe des Portals Netzpolitik.org mit über 50 Remix-Künstlern. Alle Interviews sind abrufbar unter <https://netzpolitik.org/tag/remixerin/> [letzter Abruf 14.02.2019]

296 *Merges*, Justifying Intellectual Property, S. 256 f.

297 Siehe hierzu etwa *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 25; *Hoeren/Decker* in: Hoeren/Sieber/Holzsnagel, Teil 7.2 Rn. 61; *Loewenheim* in: Loewenheim, § 8 Rn. 20 ff.

298 Siehe hierzu etwa *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 173 ff., die diese Praxis anhand der Figur des „Wütenden Hitler“ aus dem Film „Der Untergang“ ausführlich darstellen.

299 *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 175.

da eine Rechtsdurchsetzung aus verschiedenen Gründen unattraktiv erscheint.³⁰⁰ Einige Autoren gehen sogar davon aus, dass die Zahl der Nutzungshandlungen, die zwar das Urheberrecht verletzen, faktisch jedoch geduldet werden, weit größer ist als die Zahl der korrekt lizenzierten Werknutzungen.³⁰¹ Erstmals ausführlich beschrieben und mit dem Begriff „Tolerated Use“ versehen wurde diese Praxis von Tim Wu.³⁰² Kernelement ist immer eine (mögliche) Verletzung bestehender Urheberrechte. Neben Fällen offensichtlicher Verletzungen von Rechtspositionen im Rahmen digitaler Handlungen³⁰³ spielen informelle Duldungsprozesse vor allem in den zuvor genannten „Graubereichen“ des Urheberrechts eine wesentliche Rolle.

Dieser Graubereich erfasst Handlungen, deren rechtsverletzender Charakter aufgrund unbestimmter Rechtsbegriffe, Wertungsfragen oder der Schwierigkeit der Auslegung konkludenter Erklärungen nicht zweifelsfrei beurteilt werden kann. Im US-amerikanischen Recht ist das Paradebeispiel dafür die Fair-Use-Ausnahme in § 107 USC.³⁰⁴ Aber auch das europäische Urheberrecht kennt vergleichbare „Graubereiche“.³⁰⁵ Die Abgrenzung zwischen freier Benutzung und unzulässiger Bearbeitung, die Zulässigkeit von Parodie oder Hommage oder die Frage des Vorliegens einer konkludenten Nutzungsrechtseinräumung, Einwilligung oder Gestattung kann häufig nicht eindeutig beantwortet werden. Das Gesetz trifft keine Regelungen für derartige Graubereiche. Nach der gesetzlichen Konzeption ist eine Handlung entweder verletzend oder nicht.³⁰⁶ Diese Unsicherheiten führen dazu, dass in weitem Umfang informelle Prozesse - wie die Duldung unschädlicher Verletzungen – an Stelle der unklaren gesetzlichen Regelung treten.³⁰⁷

Eine Vielzahl dieser Rechtsverletzungen wäre durch den Urheber oder sonstige Rechtsinhaber mit Hilfe von Software in gewissem Umfang leicht aufspürbar und könnte theoretisch ohne Weiteres mit Hilfe einer Löschungsaufforderung oder Abmahnung verfolgt werden.³⁰⁸ Wie vorstehend dargestellt, gibt es jedoch immer mehr Rechtsinhaber, die dazu übergegangen sind, bestimmte Arten von Rechtsverletzungen nicht zu verfolgen.³⁰⁹ Dies geschieht entweder durch rein passive Duldung be-

300 Zu den möglichen Beweggründen siehe u. a. nachstehend unter Kap. 3.

301 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1472.

302 *Wu*, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617; *Wu*, Tolerated Use: The Copyright Problem, veröffentlicht auf Slate.com am 16.10.2007, abrufbar unter http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/features/2007/american_lawbreaking/tolerated_use_the_copyright_problem.html [letzter Abruf 14.02.2019].

303 *Wu*, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617, 617; *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1460.

304 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1480.

305 *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 174.

306 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1472.

307 Kritisch hierzu etwa *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 170; *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 190 ff.

308 *Wu*, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617, 619; *Knopp*, GRUR 2010, S. 28, 31; *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 150; Siehe zur Effektivität dieser Methoden die Studien von *Urban/Karaganis/Schofield*, Notice And Takedown In Everyday Practice.

309 *Balganesh*, S. Cal. L. Rev. 2012, S. 723, 6 spricht von „de facto nicht verletzenden Handlungen“.

kannter Verletzungen, zum Teil aber auch durch informelle Aussagen und Äußerungen in Medien, Blogs oder sozialen Medien.³¹⁰ Häufig besteht zudem eine Art informeller Konsens zwischen Rechtsinhaber und Verletzern dahingehend, dass bestimmte Handlungen (zurzeit) nicht verfolgt werden.³¹¹ Es handelt sich somit um einen klar erkennbaren Bedeutungsverlust des geschriebenen Rechts zugunsten sozialer Praktiken und Normen, so dass Toleranz als soziale Norm immer stärker an die Stelle der gesetzlichen Regelungen tritt.³¹² Traditionell erlangen derartige informelle Prozesse immer dann eine gesteigerte Bedeutung, wenn technische Neuerungen aufkommen, auf die das Gesetz noch nicht oder nicht angemessen reagiert hat.³¹³ Diese Bedeutung wächst mit fortdauernder Unterlassung der Anpassung des Gesetzes an die neue Realität.³¹⁴

In der Praxis beschränken sich diese informellen Prozesse meistens auf (aus wirtschaftlicher Sicht des Berechtigten) marginale Rechtsverletzungen, Handlungen ohne kommerziellen Hintergrund oder Rechtsverletzungen, bei denen aus Sicht der Rechtsinhaber keine Konkurrenzsituation besteht.³¹⁵ Neben Fällen, in denen der Rechtsinhaber positive Kenntnis von einer konkreten Verletzung hat, jedoch nichts unternimmt, sind die Fälle, in denen er ohne konkrete Kenntnis davon ausgeht, dass sein Werk auf eine bestimmte Art und Weise von verschiedenen Dritten genutzt wird, weitaus häufiger. Eine geduldete Nutzung kann daher nur dann angenommen werden, wenn der Rechtsinhaber positive Kenntnis von einer Verletzung hat oder von bestimmten Verletzungen ausgeht, diese aber bewusst nicht im Einzelfall überprüft.³¹⁶ Typischerweise wird die Duldung außerdem auf Fälle beschränkt, in denen die Originalquelle oder zumindest die Zugehörigkeit zum Rechtsinhaber weiter erkennbar ist, so dass etwa gezielte Plagiate nicht erfasst sind.³¹⁷

Diese informelle Praxis führt in Konstellationen wie den eingehend genannten im Ergebnis zu einer Art Opt-In-System für die Durchsetzung von Rechtsverletzungen: Der Nutzer kann das verletzende Werk solange nutzen, bis er durch eine entspre-

310 Teilweise wird daher vorgeschlagen, die Rahmenbedingungen für eine formelle „No Action Policy“ per Gesetz festzulegen. Hierdurch könnte ein Urheber erklären, gegen bestimmte Nutzungen nicht vorzugehen, wodurch dem kreativen Nutzer bis zum Widerruf dieser Erklärung eine im Gesetz festgelegte Einrede gegen Beseitigungs- oder Unterlassungsansprüche zustünde. Siehe hierzu vor allem *Wu*, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617, 633; *Hua*, More Balanced Approach, S. 117. Unklar bleibt jedoch, wieso Rechtsinhaber überhaupt derartige Erklärungen abgeben sollten - schließlich erreichen sie dasselbe faktische Ergebnis auch ohne eine förmliche „No Action“-Erklärung.

311 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1488 spricht insoweit auch von „Hedging“, d. h. der Rechtsinhaber kann zunächst abwarten, die Entwicklung durch informelle Angaben etwas steuern und im Fall einer Meinungsänderung wie gewöhnlich seine Rechte durchsetzen.

312 *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 191.

313 *Levine*, Cardozo Arts & Ent. L.J. 2013, S. 717, 721; *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1483, 1494 ff.

314 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1541.

315 *Wu*, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617, 617.

316 *Wu*, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617, 619.

317 *Levine*, Cardozo Arts & Ent. L.J. 2013, S. 717, 720.

chende Benachrichtigung oder Löschung gezielt daran gehindert wird. Der Rechtsinhaber muss einstweilen nichts unternehmen, sondern abwarten, beobachten und seine Entscheidung aufschieben.³¹⁸

3. Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern

Einen weiteren Bedeutungszuwachs erfuhr die geduldete Nutzung durch das Aufkommen von Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern zur Regelung des Umgangs mit (möglicherweise) verletzenden Inhalten der Nutzer. Diese Vereinbarungen beinhalten im Regelfall eine Haftungsbegrenzung für die Plattformanbieter und Regelungen zur Umsatzbeteiligung für die Rechtsinhaber. Inhalte, die eigentlich gegen Urheberrechte verstoßen, werden so bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen de facto legitimiert. Solche freiwilligen Vereinbarungen sind inzwischen zu einem wesentlichen Instrument der Regulierung von Plattformen geworden. Nach Art. 17 Abs. 2 des umstrittenen³¹⁹ Vorschlags für eine neue Urheberrechtsrichtlinie³²⁰ sollen bestimmte Diensteanbieter künftig verpflichtet werden, Kooperationen mit Rechtsinhabern einzugehen und für nicht autorisierte Veröffentlichungen durch ihre Nutzer haften, sofern sie keine hinreichenden Maßnahmen zur Verhinderung der Veröffentlichung getroffen haben bzw. den Zugang hierzu nach entsprechender Mitteilung nicht unverzüglich verhindern.

Für diese Form von Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern schlug *Lev-Aretz* die Bezeichnung „Second Level Agreements“ vor, weil es sich nicht um die Erteilung einer Art Nutzungslizenz auf einer vorgelagerten Ebene handelt.³²¹ Sie regeln die Zulässigkeit potentiell urheberrechtlich relevanter Handlungen nicht im Verhältnis zum handelnden Nutzer, sondern zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern.³²² Sie ähneln daher in gewisser Weise den Lizenzen von Verwertungsgesellschaften an Radioanbieter. Der große Unterschied ist jedoch, dass es nicht primär darum geht, dem Plattformanbieter Nutzungsrechte einzuräumen. Plattformanbieter brauchen keine eigenen Nutzungsrechte, solange sie die Werke nicht selbst öffentlich zugänglich machen.³²³ Ziel dieser Vereinbarun-

318 *Wu*, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617, 622; *Zittrain*, in: Brownsword/Yeung (Hrsg.), *Regulating Technologies*, S. 125, 148 spricht insoweit von einem hierdurch ermöglichten „Prokrastinationsprinzip“ der Rechtsinhaber.

319 Siehe zur Kritik bereits in einem frühen Stadium der Diskussion ausführlich *Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1; *Angelopoulos*, *On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market*; siehe hierzu ausführlicher nachstehend unter Kap. 5 B. II. 1.

320 Dem Richtlinienvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, Grundfassung COM(2016) 593 final, nicht amtliche, konsolidierte Abschlussfassung abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_DE.pdf [letzter Abruf 28.03.2019] stimmte am 26.03.2019 das Europäische Parlament zu; es steht zu gegenwärtigen Zeitpunkt noch die Zustimmung des Rates der Europäischen Union aus.

321 *Lev Aretz*, *Akron L. Rev.* 2012, S. 137, 139.

322 *Lev Aretz*, *Akron L. Rev.* 2012, S. 137, 152.

gen ist vielmehr, den Plattformanbieter von einer potentiellen Haftung aufgrund von Rechtsverstößen seiner Nutzer freizustellen.³²⁴

Ihren Ursprung fanden diese Verträge in Vereinbarungen zwischen Youtube und der Warner Music Group im Jahr 2006, in deren Folge zahlreiche weitere Verträge zwischen Youtube und anderen Musikfirmen, aber auch verschiedenen Fernseh- und Filmproduktionsfirmen abgeschlossen wurden.³²⁵ Andere Plattformen folgten dem Vorbild rasch.³²⁶ Auch in Deutschland kam es bereits 2007 zu einer (zwischenzeitlich beendeten) „Vereinbarung“³²⁷ zwischen GEMA und Youtube, die ähnliche Züge aufwies. Die Details dieser Vereinbarung sind geheim, jedoch zeigt die immer noch laufende Auseinandersetzung, dass es im Kern um die Frage geht, ob und inwieweit Youtube selbst für rechtsverletzende Uploads von Nutzern haftet.³²⁸ Inzwischen wurde wieder eine entsprechende Vereinbarung abgeschlossen, die rechtliche Ausgangslage jedoch weiterhin offengelassen.³²⁹ Auch in zahlreichen anderen Ländern gibt es ähnliche Vereinbarungen zwischen Verwertungsgesellschaften und Plattformanbietern.³³⁰

Auch außerhalb des Musik- und Filmbereichs finden sich entsprechende Praktiken. Eine vergleichbare Vereinbarung gibt es etwa zwischen der Plattform Pinterest und der weltweit größten Foto-Agentur Getty Images.³³¹ Die Plattform Pinterest ermög-

323 Nach Ansicht des EuGH liegt keine öffentliche Zugänglichmachung vor, wenn lediglich die physikalisch-technischen Möglichkeiten zur Veröffentlichung bereitgestellt werden, siehe hierzu EuGH, Urt. v. 07.12.2006, C-306/05, Tz. 31 ff. - SGAE ./ Rafael Hoteles, Urt. v. 15.03.2012, C-162/10, Tz. 40 – Phonographic Performance.

324 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 139.

325 Siehe für eine ausführliche Darstellung *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 153 f., 156 ff.

326 So etwa Yahoo!, MySpace und Dailymotion, siehe *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 154 f. m.w.N.

327 Es wird auffälligerweise in öffentlichen Äußerungen stets nur von „Vereinbarung“ oder „Vertrag“ gesprochen, nie von „Lizenz“ wie *Vianello*, MMR 2009, S. 90, 93 zurecht feststellt.

328 Siehe hierzu etwa die Entscheidungen LG Hamburg, Urt. v. 03.09.2010, MMR 2012, 404; LG München I, Urt. v. 25.02.2014, ZUM 2014, 981; OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015, ZUM-RD 2016, 83 (n. rechtskräftig); OLG München, Urt. v. 28.01.2016, Az. 29 U 2798/15 (n. rechtskräftig). In zwei Verfahren sind nun Revisionen vor dem BGH anhängig. Interessanterweise versuchte die GEMA im Verfahren vor dem OLG Hamburg dabei, die bereits genannten Vereinbarungen zwischen Youtube und der US-amerikanischen Musikindustrie als Argument für eine Haftung Youtubes nach deutschem Recht heranzuziehen (Tz. 104 und 336 ff.).

329 Siehe hierzu die Pressemitteilung der GEMA vom 01.11.2016, abrufbar unter <https://www.gema.de/en/aktuelles/gema-unterzeichnet-vertrag-mit-youtube-meilenstein-fuer-eine-faire-verguetung-der-musikurheber-im-dig/> [letzter Abruf 14.02.2019].

330 Siehe etwa die Vereinbarungen mit der Schweizer SUISA (Pressemitteilung vom 25.09.2013, abrufbar unter http://www.suisa.ch/fileadmin/user_upload/downloadcenter/medienmitteilungen/MEDIENMITTEILUNG_SUISA_YouTube_d.pdf [letzter Abruf 14.02.2019]) und der AKM/AUME in Österreich („Einigung zwischen AKM/AUME und Youtube erzielt“ in der Standard.at vom 12.09.2013, abrufbar unter <http://derstandard.at/1378248873346/Einigung-zwischen-AKMAUME-und-Youtube-erzielt> [letzter Abruf 14.02.2019]) sowie die Beispiele bei *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 153 ff.

331 *Lev-Aretz*, Brook. L. Rev. 2015, S. 1357, 1367.

licht es Nutzern, mithilfe eines in den Browser oder eine Website eingebundenen Buttons, beim Surfen entdeckte Bilder oder Videos an eine virtuelle Pinnwand zu heften und zu katalogisieren, vergleichbar einem öffentlichen digitalen Zettelkasten. Das gepinnte Bild ist auf der Seite von Pinterest wiederum mit einem Link zum Originalbeitrag versehen. Die Pinnwände sind für andere Nutzer sichtbar und durchsuchbar. Angepinnte Bilder können von Nutzern selbst wiederum gepinnt werden. Dieser Community-Aspekt spielt eine wichtige Rolle für den Erfolg der Seite. Die urheberrechtliche Zulässigkeit dieses Dienstes ist zumindest in Deutschland eher zweifelhaft.³³² Dennoch zählt die Seite zu den meistbesuchten Seiten weltweit und ist nach Facebook der Social-Media-Dienst, der die meisten Nutzer auf fremde Seiten leitet.³³³

Die Vereinbarung zwischen Getty Images und Pinterest sieht vor, dass Pinterest für die Verwendung der Bilder von Getty Images durch seine Nutzer nicht haftet, Getty Images mit Hilfe von Filtertechnologien die eigenen Bilder bei Pinterest mit Schlagworten aus der eigenen Schlagwortdatenbank versieht, wodurch diese für Pinterest und die Nutzer besser auffindbar und verwertbar sind, und Pinterest an Getty Images eine Gebühr zahlt.³³⁴ Auch mit der Bilder-Plattform Flickr gibt es eine ähnliche Vereinbarung. Auf Grundlage dieser Vereinbarung können Flickr-Nutzer wählen, ob sie das „Pinnen“ ihrer Bilder generell gestatten oder nicht. Stimmen sie zu, verspricht Pinterest (durch technische Einbindung in die Flickr-Website) eine dauerhafte Namensnennung und Rückverfolgbarkeit zum Originalwerk zu gewährleisten.³³⁵

Auch der von der Plattform Youtube angebotene Dienst „Content ID“ geht in eine ähnliche Richtung und stellt die Weiterentwicklung des Systems der Freistellungsverträge zwischen Youtube und Rechtsinhabern dar.³³⁶ Das Youtube Content ID System erlaubt es Inhabern von Rechten an Film- und Musiksequenzen, eine Referenzdatei des geschützten Werks an Youtube zu senden. Youtube gleicht dauerhaft mithilfe eines Filteralgorithmus die Referenzdateien mit den von Nutzern veröf-

332 Siehe hierzu *Leinemann*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), Festschrift Wandtke, S. 505.

333 Siehe hierzu die Statistiken des Branchendienstes Alexa, abrufbar unter <http://www.alexa.com/siteinfo/pinterest.com> [letzter Abruf 14.02.2019] sowie *Wong*, Report: Social Media Drove 31.24% of Overall Visits to Sites, veröffentlicht auf The Shareaholic Content Marketing Blog am 26.01.2015, abrufbar unter <https://blog.shareaholic.com/social-media-traffic-trends-01-2015/> [letzter Abruf 14.02.2019]. Interessant ist dabei auch, dass 2015 bereits ca. ein Drittel aller Seitenaufrufe auf Social Media Verlinkungen zurückzuführen waren.

334 *Lunden*, Pinterest Closes Another Copyright Hole, Inks A Deal With Getty Images, Will Pay A Fee For Metadata, veröffentlicht auf TechCrunch.com am 25.10.2013, abrufbar unter <http://social.techcrunch.com/2013/10/25/pinterest-inks-deal-with-getty-images-will-pay-a-fee-for-the-photo-agencys-metadata/> [letzter Abruf 14.02.2019].

335 *Rao*, Flickr Adds Pinterest Buttons To Photo Sharing; All Images Will Be Pinned With Attributions, veröffentlicht auf TechCrunch am 01.05.2012, abrufbar unter <http://social.techcrunch.com/2012/05/01/flickr-adds-pinterest-buttons-to-photo-sharing-all-images-will-be-pinned-with-attributions/> [letzter Abruf 14.02.2019].

336 *Simon*, Wm. & Mary Bus. L. Rev. 2014, S. 305, 315 f.; *Tushnet*, Berkeley Tech. L.J. 2014, S. 1447, 1458 ff.

fentlichten Videos ab und gibt dem Rechtsinhaber im Fall eines Treffers die Wahl, das Video löschen zu lassen, den Ton stumm zu schalten oder das Video mit Werbung zu versehen und hieraus Werbeerlöse zu generieren.³³⁷ Ein wesentliches Element vieler dieser Vereinbarungen ist somit auch die Verwendung von Filtertechnologien.³³⁸ Erst hierdurch wird es möglich, mehr oder weniger genau aus der unüberschaubaren Masse der auf einer Plattform veröffentlichten Werke diejenigen herauszufiltern, die die Urheberrechte der Rechtsinhaber verletzen. Das Aufspüren potentiell rechtsverletzender Werke ist so zwar stark vereinfacht worden, jedoch führen diese Technologien häufig zu neuen Problemen.³³⁹

Freiwillige Vereinbarungen erlauben einen einfachen, schematischen Umgang mit (vermeintlichen) Rechtsverletzungen durch Nutzer, eine gewisse Steuerung der Verletzungen und auch hier wieder ein Hinausschieben der Entscheidung über eine Rechtsdurchsetzung.

III. Rechtliche Bewertung geduldeter Nutzung und freiwilliger Vereinbarungen

Soweit ersichtlich, ist die Einordnung des Phänomens der geduldeten Nutzung in das System des deutschen Urheberrechts bisher noch ungeklärt. Angesichts der teilweise stark voneinander abweichenden Rahmenbedingungen der von diesem Begriff umfassten Fälle ist hier nur eine eher abstrakte Prüfung möglicher Konstellationen möglich; die genauere rechtliche Beurteilung ist daher stets anhand der Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.

Die unterschiedlichen Formen der geduldeten Nutzung lassen sich entsprechend der von *Ohly* entwickelten Stufenleiter der Gestattungen³⁴⁰ im deutschen Urheberrechtssystem an verschiedenen Stellen verorten: Rechte können durch ausdrückliche oder konkludente Einräumung eines Nutzungsrechts eingeräumt werden,³⁴¹ bestimmte Handlungen schuldrechtlich gestattet werden oder lediglich durch eine schlichte, auch konkludent erklärbbare Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Urheberrechtsverletzung beseitigt werden. Ferner ist denkbar, dass eine Duldung der Nutzung in bestimmten Fällen zu einer Verwirkung von Abwehransprüchen führen kann.

337 Siehe zu Youtube Content ID ausführlicher bei *Boroughf*, Alb. L.J. Sci. & Tech. 2015, S. 95; *De-Lisa*, Brook. L. Rev. 2016, S. 1275.

338 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 174.

339 Siehe zur Problematik des Einsatzes von Filtertechnologien ausführlich nachstehend unter Kap. 4 B. II.

340 Grundlegend: *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 144 ff.; ferner *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 889 ff.

341 Siehe § 31 UrhG.

1. Konkludente Einräumung von Nutzungsrechten durch Duldung und Billigung

Es ist denkbar, Praktiken der geduldeten Nutzung in bestimmten Fällen als (konkludente) Einräumung von Nutzungsrechten anzusehen. Nutzungsrechte wie das Vervielfältigungs-, Bearbeitungs- oder Verbreitungsrecht können durch schlüssiges Verhalten eingeräumt werden.³⁴² Jedoch ist hierfür erforderlich, dass sich aus dem Verhalten des Berechtigten zweifelsfrei entnehmen lässt, dass ein entsprechender rechtsgeschäftlicher Wille zur Einräumung der betreffenden Nutzungsrechte vorhanden ist.³⁴³ Auch ohne vorherige Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien können bestimmte Handlungen des Rechtsinhabers – wie etwa das Einstellen von Inhalten ins Internet – als konkludente Einräumung bestimmter Nutzungsrechte ausgelegt werden.³⁴⁴ Teilweise wird angenommen, dass sich bereits aus bewusstem Desinteresse für entsprechende Nutzungen und der Widersprüchlichkeit anderer Handlungen ein solcher Wille entnehmen ließe.³⁴⁵ Auch die Rechtsprechung hat eine konkludente Nutzungsrechtseinräumung angenommen, wenn eine bestimmte Praxis über lange Zeit mit Kenntnis und stillschweigender Billigung des Rechtsinhabers unbeanstandet geblieben ist, obwohl der Rechtsinhaber dieser Praxis ohne weiteres hätte widersprechen können.³⁴⁶ Dort handelte es sich aber – anders als hier – um Situationen, in denen zumindest in irgendeiner Form dauerhafte und langjährige Vertragsbeziehungen zwischen Rechtsinhaber und Nutzer bestanden. Zudem handelte es sich jeweils um „jahrzehntelange“ Praxis.

Im Allgemeinen kann daher aufgrund bloßer Untätigkeit trotz Kenntnis keine Nutzungsrechtseinräumung angenommen werden. Allein die Duldung der Weiterverbreitung oder Bearbeitung geschützter Inhalte macht ein späteres Vorgehen gegen Verbreitungen und Bearbeitungen nicht per se widersprüchlich. Es kann eine Reihe berechtigter Gründe dafür geben, dass kein entsprechendes Nutzungsrecht eingeräumt werden soll, obwohl die entsprechende Praxis im Moment gebilligt wird.³⁴⁷

Umgekehrt gibt es durchaus Fälle, in denen aufgrund ergänzender Anhaltspunkte in einer geduldeten Nutzung zugleich eine konkludente Nutzungsrechtseinräumung

342 *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 45 m.w.N.

343 *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 45; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 897.

344 *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 77; *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 431.

345 *Berberich*, MMR 2005, S. 145, 147.

346 OLG München, Urt. v. 26.10.2000, ZUM 2001, 173, 177 unter Berufung auf BGH, Urt. v. 31.05.1990, GRUR 1990, 1005, 1007 – Salome.

347 So auch OLG Jena, Urt. v. 27.02.2008, MMR 2008, 408, 413: „*Es erscheint schon im Ansatzpunkt fraglich, ob ein fehlendes Interesse an der Aufrechterhaltung einer durch die Rechtsordnung zugewiesenen Rechtsposition Beurteilungsmaßstab bei der Auslegung einer (konkludenten) Willenserklärung sein kann*“. Diese Auffassung wurde bestätigt von BGH, Urt. v. 29.04.2010, NJW 2010, 2731, 2734 (Tz. 31) – Vorschaubilder I.

gesehen werden kann. So soll etwa der gezielte Verweis auf die Möglichkeit des Teilens eines Bildes, Videos oder Artikels über soziale Medien – wie etwa durch einen Facebook oder Twitter Button auf einer Website – als konkludente Einräumung der dafür benötigten Nutzungsrechte anzusehen sein.³⁴⁸ Es ist somit stets anhand der Umstände des Einzelfalls bzw. des jeweiligen Erklärungstatbestands zu prüfen, ob und, wenn ja, welche Nutzungsrechte mit welchen Einschränkungen eingeräumt werden sollen.

So könnte eine konkludente Nutzungsrechtseinräumung sehr gut auch bei der aktiven Benutzung sozialer Medien durch den Rechtsinhaber selbst angenommen werden. Veröffentlicht etwa ein Rechtsinhaber ein Werk in einem sozialen Medium mit Weiterverbreitungsmöglichkeiten an Freunde und Follower, könnte bereits die Veröffentlichung als konkludente Einräumung der für die Verwendung dieser Weiterverbreitungsfunktionen nötigen Nutzungsrechte angesehen werden (sofern entsprechende Rechte nicht bereits aufgrund der AGB des jeweiligen Anbieters wirksam an den Nutzer eingeräumt werden).³⁴⁹

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass es Situationen gibt, in denen Internetnutzern wirksam die für eine Weiterverbreitung benötigten Nutzungsrechte konkludent eingeräumt werden. In den meisten Fällen geduldeter Nutzung, bei denen keine besonderen Vereinbarungen bestehen (wie etwa Second Level Agreements) dürfte hingegen keine Nutzungsrechtseinräumung anzunehmen sein.³⁵⁰

2. Nutzungsrechtseinräumung durch Second Level Agreements

Eine andere Frage ist, ob dem Nutzer einer UGC-Plattform durch eine Vereinbarung zwischen Rechtsinhaber und Plattformanbieter Nutzungsrechte eingeräumt werden. Dies hängt neben dem konkreten Inhalt entsprechender Vereinbarungen vor allem von der rechtlichen Qualifikation dieser Vereinbarungen ab. Nach dem kurz vor Veröffentlichung dieser Arbeit vom Europäischen Parlament verabschiedeten Vorschlag für eine neue Urheberrechtsrichtlinie³⁵¹ sollen gemäß Art. 17 Abs. 2 des Vorschlags die Mitgliedsstaaten vorsehen, dass bei derartigen Vereinbarungen die durch den Plattformanbieter vom Rechtsinhaber eingeholte Erlaubnis zur Veröffentlichung des Werks auf der Plattform auch die Rechte umfassen soll, welche ein

348 In der Verwendung eines Buttons zum Teilen eines Artikels auf Facebook liegt nach LG Frankfurt, Urt. v. 17.07.2014, MMR 2014, 195 die konkludente Einräumung der zum „Teilen“ des Artikels benötigten Nutzungsrechte, jedoch nur soweit die konkrete „Teilen“-Funktion des sozialen Mediums ein Teilen zulässt. Nur die Verwendung des konkreten Buttons ist gestattet, nicht etwa eigenständiges Veröffentlichendes Inhalts in dem entsprechenden sozialen Netzwerk.

349 Siehe zum hiervon unabhängigen Problem der Zulässigkeit und Reichweite von Nutzungsrechtseinräumungen an Plattformanbieter *Solmecke* in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Teil 21.1 Rn. 6 ff.; KG, Urt. v. 24.01.2014, K&R 2014, 280 zu derartigen Klauseln bei Facebook.

350 Zu diesem Ergebnis - Rechtseinräumung nur im Ausnahmefall - kommt letztlich auch *Wu*, Colum. J.L. & Arts 2008, S. 617, 620.

351 Die bisher nicht amtliche, konsolidierte Fassung ist abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_DE.pdf [letzter Abruf 28.03.2019]. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt steht noch die Zustimmung des Rates der Europäischen Union aus.

nicht gewerblich handelnder Nutzer zur Veröffentlichung des Werks auf der Plattform benötigt. Diese Regelung wurde erst kurz vor Abschluss des Verhandlungsprozesses im Rahmen der Trilog-Verhandlungen in den Richtlinienvorschlag aufgenommen.³⁵² Es ist daher (je nachdem, wie der Richtlinienvorschlag umgesetzt wird) zu erwarten, dass die Frage der Nutzungsrechtseinräumung zugunsten der Nutzer einer solchen Plattform künftig einfacher zu klären sein wird.

Die Untersuchung wird dadurch erschwert, dass der Inhalt dieser Vereinbarungen geheim gehalten wird und (wenn überhaupt) lediglich der Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung öffentlich kommuniziert wird. Die Untersuchung kann daher nur auf Grundlage dieser rudimentären Informationen erfolgen.³⁵³ Dies gilt für sämtliche, individuell zwischen den Plattformanbietern und Rechtsinhabern ausgehandelten Verträge. Lediglich für den von Youtube angebotenen Dienst Content ID, der grundsätzlich jedem Rechtsinhaber offensteht, sind mehr Details bekannt – jedoch auch keine konkreten vertraglichen Bestimmungen.³⁵⁴ Doch auch auf Grundlage dieser rudimentären Informationen lassen sich einige Erkenntnisse gewinnen.

a) Rechtliche Qualifikation der Vereinbarung

Die Verträge werden nur zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern selbst vereinbart, der Nutzer dieser Plattformen ist nur unbeteiligter Dritter. Sofern dem Nutzer einer Plattform durch eine solche Vereinbarung Rechte eingeräumt werden sollten, müsste es sich um einen Vertrag zugunsten Dritter handeln.³⁵⁵

Vertragsverhältnisse mit einer gewissen Ähnlichkeit zu diesen Vereinbarungen sind dem Urheberrecht nicht vollkommen fremd. Bei Pauschalverträgen zwischen Wertungsgesellschaften und Radioveranstaltern wird etwa dem Veranstalter eine Sendelizenz erteilt, von der mittelbar der Radiohörer profitiert.³⁵⁶ Der Unterschied liegt jedoch darin, dass der Radiohörer – anders als der kreative Nutzer bei der Erstellung und/oder Verbreitung nutzergenerierter Inhalte – für die passive Tätigkeit

352 Siehe hierzu die Zusammenfassung des Verhandlungsstandes im Trilog vom 07.12.2018, abrufbar unter https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2018/12/Copyright-Directive_4-column-document_ARTICLES-Version-5.1.pdf [letzter Abruf 28.03.2019].

353 Wiederholte Anfragen an die betreffenden Stellen waren ergebnislos, nicht einmal die AGB des grundsätzlich allen Rechtsinhabern offenstehenden Dienstes Youtube Content ID wurden zu Forschungszwecken weitergegeben.

354 Die Rahmenbedingungen und wichtigsten Regelungen lassen sich den Hilfe-Seiten zum Content-ID Dienst entnehmen, abrufbar unter <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=de> [letzter Abruf 14.02.2019]. Siehe allgemein zum Dienst Content ID auch *Tushnet*, Berkeley Tech. L.J. 2014, S. 1447; *Zimmerman*, Pace L. Rev. 2014, S. 260; *Boroughf*, Alb. L.J. Sci. & Tech. 2015, S. 95; *DeLisa*, Brook. L. Rev. 2016, S. 1275; *Dobusch*, Algorithm Regulation #9: YouTube and the Comeback of Copyright Registration, veröffentlicht auf governancexborders.com am 21.10.2014, abrufbar unter <http://governancexborders.com/2014/10/21/algorithm-regulation-9-youtube-and-the-comeback-of-copyright-registration/> [letzter Abruf 14.02.2019].

355 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 182; *Simon*, Wm. & Mary Bus. L. Rev. 2014, S. 305, 326.

356 Siehe hierzu etwa *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 35 VGG Rn. 17 ff. zur zeitweilig geltenden „Vereinbarung“ zwischen der GEMA und Youtube, die den bisherigen Pauschalverträgen ähnelte, siehe *Vianello*, MMR 2009, S. 90, 93.

des Radiohörens keine eigenen Nutzungsrechte benötigt, wohingegen der Ersteller eines rechtsverletzenden Youtube-Videos für die Veröffentlichung und Verbreitung seiner Version des Originals auf eine Reihe von Nutzungsrechten angewiesen ist.³⁵⁷ Auch hinter den gesetzlichen Vergütungsansprüchen des § 54 UrhG, der die Pflicht eines Speichermedienherstellers zur Zahlung einer Vergütung für die privaten Vervielfältigungen der Erwerber dieser Speichermedien regelt, steht eine im Kern vergleichbare Interessenkonstellation.³⁵⁸ Ähnlich wie bei Plattformanbietern im Internet zahlt eine Person eine Vergütung an den Rechtsinhaber, die lediglich mittelbar die technische Möglichkeit für die eigentlich regulierte Nutzungshandlung schafft bzw. bereitstellt. Auch die hinter derartigen Systemen stehenden Motive sind – zumindest teilweise – vergleichbar: Zahlung einer Vergütung für eine bestimmte Nutzungsmöglichkeit. Im Gegensatz zu den Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern liegt § 54 UrhG jedoch eine vergütungspflichtige gesetzliche Schranke für die mit der Vergütung abgegoltenen Nutzungshandlungen zugrunde, d. h. die vergüteten Nutzungshandlungen stellen keinen Eingriff in urheberrechtliche Befugnisse dar.³⁵⁹

Alle diese vergleichbaren Konstellationen sind dadurch gekennzeichnet, dass nur zwischen Rechtsinhaber und einem Dritten, typischerweise einem Intermediär, Vereinbarungen bestehen, hingegen nicht im Verhältnis zum Nutzer bzw. Rezipient. Häufig hat der Gesetzgeber damit auf eine technische Neuerung reagiert und so gezielt die entsprechenden Rahmenbedingungen geschaffen, um entsprechende Vereinbarungen zu ermöglichen.³⁶⁰ Ob eine vergleichbare gesetzliche Anerkennung oder Förderung freiwilliger Vereinbarungen, wie von der EU-Kommission vorgeschlagen, sinnvoll sein könnte, wird sich noch zeigen.³⁶¹ Denn zwischen den bisher geregelten Konstellationen und einem Model wie Content ID gibt es einen sehr entscheidenden Unterschied: der mittelbar „begünstigte“ Endnutzer ist – anders als der Radiohörer oder der eine Privatkopie anfertigende Nutzer – zugleich als Kreativer selbst schöpferisch tätig bzw. agiert in der Öffentlichkeit.

357 Dies umfasst i.d.R. das Bearbeitungsrecht, das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung, ggf. das Synchronisierungsrecht und das Vervielfältigungsrecht, siehe ausführlich *Vianello*, MMR 2009, S. 90, 90 ff.

358 *Grübler* in: BeckOK UrhG, § 54 UrhG Rn. 2; *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 54 UrhG Rn. 1; nach den Urteilen des EuGH vom 21.10.2010, Az. C-467/08, MMR 2010, 828 - Padawan - und 16.06.2011, Az. C462/09, GRUR-Prax. 2011, 150 - Stichting de ThuisKopie - wird von vielen Kommentatoren bezweifelt, dass das deutsche Abgabensystem nach § 54 ff. UrhG europarechtskonform ist, siehe hierzu etwa *Koch/Krauspenhaar*, GRUR Int. 2012, S. 881; *Lüft* in: Wandtke/Bullinger, § 54 UrhG Rn. 11 ff.

359 *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 53 UrhG Rn. 1; *Grübler* in: BeckOK UrhG, § 53 UrhG Rn. 1.

360 Etwa durch das Senderprivileg in § 86 UrhG oder die Kabel- und Satellitenrichtlinie 93/83/EWG, siehe hierzu *Krause*, ZUM 2011, S. 21; zum Hintergrund des § 54 siehe etwa *Lüft* in: Wandtke/Bullinger, § 54 UrhG Rn. 1; allgemein zur Reaktion auf neue informelle Praktiken auf der Basis neuer Technologien *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1465 ff.

361 Siehe hierzu nachstehend Kap. 5 B. II. 1.

b) Konstruktion einer Nutzungsrechtseinräumung

Vor diesem Hintergrund ist die Frage, ob dem Nutzer selbst durch eine entsprechende Vereinbarung beschränkte Nutzungsrechte eingeräumt werden, durchaus nachvollziehbar. Dies würde jedoch bedeuten, dass diese Nutzer ein dingliches Nutzungsrecht durch eine Vereinbarung zwischen Dritten erhalten würden. Eine dinglich wirkende Verfügung zugunsten Dritter wird im allgemeinen Zivilrecht jedoch von der Rechtsprechung strikt abgelehnt.³⁶² Soweit keine ausdrücklichen Regeln bestehen, richtet sich auch im Urheberrecht die Einräumung von Nutzungsrechten nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen.³⁶³ Demnach kann dem Nutzer der Plattform allein über eine Vereinbarung zwischen Plattformanbieter und Rechteinhaber kein Nutzungsrecht eingeräumt werden. Denkbar ist jedoch, dass (a) entweder der Plattformbetreiber berechtigt wird, dem Nutzer die entsprechenden Nutzungsrechte einzuräumen oder (b) im Abschluss einer solchen Vereinbarung das konkludente Angebot auf Einräumung der für die Veröffentlichung auf der Plattform benötigten Nutzungsrechte an die Nutzer gesehen werden kann.

Es spricht zunächst viel dafür, dass der Plattformanbieter im Rahmen einer solchen Vereinbarung (zumindest konkludent) die Nutzungsrechte erhält, die er selbst benötigt, um der Allgemeinheit ein Video zum Abruf bereitstellen zu können.³⁶⁴ Da der Plattformanbieter, wenn er Filteralgorithmen einsetzt, oftmals bereits vor Veröffentlichung positive Kenntnis vom Vorhandensein rechtsverletzender Inhalte auf seiner Plattform hat, würde er ohne entsprechende Rechtseinräumung seitens der Rechteinhaber stets die Privilegierung nach § 10 TMG verlieren.³⁶⁵ Darüber hinaus benötigt er Nutzungsrechte zumindest für die Fälle, bei denen er nicht sicher sein kann, ob ihn eine sekundäre Haftung für verletzende Uploads trifft. Die EU-Kommission scheint bisher offenbar davon auszugehen, dass einem Plattformbetreiber in jedem Fall das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung eingeräumt werden muss, da er allein durch die Bereitstellung des Nutzeruploads eine öffentliche Zugänglichmachung vornimmt.³⁶⁶

362 Siehe etwa BGH, Urt. v. 29.01.1964, NJW 1964, 1124, 1125; Urt. v. 08.07.1993, NJW 1993, 2617; BayObLG 2003, 1402, 1403. Die Literatur folgt diesem Grundsatz, drängt jedoch auf verschiedene Ausnahmen, siehe etwa *Grüneberg* in: Palandt, vor § 328 BGB Rn. 9; *Gottwald* in: MünchKommBGB, § 328 BGB Rn. 276 ff.

363 *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, vor § 28 UrhG Rn. 77; *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 22.

364 *Simon*, Wm. & Mary Bus. L. Rev. 2014, S. 305, 317; *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 153 f.

365 *Simon*, Wm. & Mary Bus. L. Rev. 2014, S. 305, 317 zur entsprechenden Haftungsfreistellung nach dem DMCA.

366 Siehe hierzu Erwägungsgrund 38 des Entwurfs für eine neue Urheberrechtsrichtlinie (Stand 14.09.2016, KOM(2016) 593 final); kritisch hierzu *Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1, 15 ff.; *Angelopoulos*, On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, S. 31 ff.

Fraglich ist jedoch, ob der Plattformanbieter dem Nutzer seinerseits Nutzungsrechte einräumen können soll. In diesem Fall hätte der Plattformanbieter im Verhältnis zum Rechtsinhaber eine Stellung, die der eines Verwerter nicht unähnlich ist; die Vereinbarung wäre dann eine Art treuhänderischer Verwertervertrag.³⁶⁷ Der Plattformanbieter würde die Rechte des Rechtsinhabers treuhänderisch gegenüber den eigenen Nutzern verwerten und den Erlös an den Rechtsinhaber auskehren.

Alternativ könnten dem Nutzer durch den Rechtsinhaber selbst, sei es konkludent durch Abschluss der Vereinbarung oder mit Hilfe des Plattformanbieters als Bote oder Stellvertreter Nutzungsrechte eingeräumt werden. Gegen eine solche Rechtsinräumung direkt an den Nutzer sprechen auch keine dogmatischen Bedenken, da nur der unmittelbare dingliche Rechtserwerb eines Dritten für unzulässig gehalten wird.³⁶⁸ Fraglich ist aber, ob die Vereinbarung tatsächlich so ausgelegt werden kann, dass eine dingliche Nutzungsrechtseinräumung an den einzelnen Nutzer erfolgt oder der Plattformanbieter zur „Verwertung“ der Inhalte gegenüber seinen Nutzern ermächtigt wird.

c) Argumente für und gegen eine Nutzungsrechtseinräumung

Geht man zunächst davon aus, dass die Parteien nur das für sie selbst Essentielle regeln wollten, dürfte eine ausdrückliche Einräumung von Nutzungsrechten an Nutzer in den wenigsten derartigen Vereinbarungen zu finden sein (es sei denn, es ist bewusst eine Vermarktungstätigkeit des Plattformanbieters gewollt; dies dürfte jedoch die Ausnahme sein).

Simon geht davon aus, dass ein Rechtsinhaber, der gegenüber einem Plattformbetreiber erklärt, er unternehme nichts gegen rechtsverletzende Handlungen, solange er dafür an den Werbeerlösen beteiligt werde, zugleich erkläre, dem Nutzer die dafür benötigten Nutzungsrechte einzuräumen.³⁶⁹ Dies wird damit begründet, dass die Parteien bei Abschluss der zugrundeliegenden Vereinbarungen implizit davon ausgehen, dass es zu Rechtsverletzungen durch Nutzer kommen wird. Der Rechtsinhaber profitiert wirtschaftlich nur dann von der Vereinbarung, wenn es zu Rechtsverletzungen durch den Upload verletzender Inhalte kommt. Wenn der Rechtsinhaber sich – in der Annahme künftiger Rechtsverletzungen und der technischen Möglichkeit ihrer Unterbindung – darauf einlässt, diese Inhalte nicht blockieren oder löschen zu lassen, sondern sie zu tracken oder zu monetarisieren, billigt er implizit die Verletzungen und wünscht sie möglicherweise sogar. Hinzu kommt, dass etwa Plattformen in ihren allgemeinen Nutzungsbedingungen, denen sich der Uploader unterworfen hat, den Upload von unzulässigen Inhalten typischerweise untersagen. Darf der Uploader also davon ausgehen, dass ein Upload von rechtsverletzenden

367 Siehe hierzu allgemein *Schricker/Loewenheim* in: *Schricker/Loewenheim*, vor § 28 UrhG Rn. 68.

368 *Gottwald* in: *Münchener Kommentar BGB*, § 328 BGB Rn. 274 ff. m.w.N; *Schinkels* in: *Juris Praxiskommentar BGB*, § 328 BGB Rn. 43.

369 *Simon*, *Wm. & Mary Bus. L. Rev.* 2014, S. 305, 318.

Inhalten zulässig ist, die Gegenstand einer solchen Vereinbarung mit Monetarisierung sind?

Hinzu kommt, dass der Inhaber der Rechte am Original auf diesem Wege bei transformativer Nutzung seines Werks Vergütungen erhalten würde, die nicht allein auf seinen Rechten beruhen, sondern zugleich auch auf der kreativen Leistung des Nutzers. Auf diese Vorteile hätte er von Gesetzes wegen keinen Anspruch.³⁷⁰ Es lässt sich daher argumentieren, dass eine solche Vergütung allenfalls dann gerechtfertigt sein kann, wenn der Nutzer im Gegenzug eine gewisse Sicherheit vor einer Verfolgung durch die Einräumung der für die Veröffentlichung des Werks auf der Plattform nötigen Nutzungsrechte erhält.³⁷¹ Abstrakte Gerechtigkeitserwägungen können zwar nicht alleiniger Maßstab für die Auslegung von Erklärungen sein; sie können jedoch einen Anhaltspunkt für den Erklärungsinhalt einer Handlung darstellen.

Umgekehrt spricht viel dafür, dass der Rechtsinhaber entsprechend dem Gedanken des § 31 Abs. 5 UrhG das rechtsverletzende Werk zwar gerne in vollem Umfang monetarisieren würde, zugleich aber so wenig wie möglich an eigenen Rechten dafür hergeben möchte. Ein gewisser Schutz des Nutzers könnte auch mit einer Gestattung oder Einwilligung erreicht werden. Vor allem erscheint fraglich, ob dem Nutzer tatsächlich Rechte mit dinglicher Wirkung gegenüber Dritten eingeräumt werden sollen, die er für die konkrete Situation überhaupt nicht benötigt – schließlich wäre hierfür eine Einwilligung ausreichend. Ferner dürfte der Nutzer aufgrund der Gesamtumstände wissen, dass der Rechtsinhaber weiterhin das Recht behalten möchte, jederzeit seine Meinung zu ändern und die konkrete Nutzung für unzulässig zu erklären. Zuletzt erscheint es fraglich, ob der Rechtsinhaber das Nutzungsrecht überhaupt mit dinglicher Wirkung so beschränken könnte, dass nur die für die Veröffentlichung auf der konkreten Plattform benötigten Nutzungsrechte eingeräumt werden.³⁷²

Im Ergebnis spricht daher mehr dafür, dass auch bei Vorliegen einer Vereinbarung zwischen Rechtsinhaber und Plattformanbieter im Regelfall keine Einräumung von Nutzungsrechten an den verletzenden Nutzer stattfindet.

370 Ein Schadensersatzanspruch des verletzenden Rechtsinhabers besteht nur, soweit er auf der Verletzung – d. h. der Verwendung des Original-Werks – beruht, siehe etwa BGH, Urt. v. 25.03.2010, GRUR 2010, 1090, Tz. 20 – Werbung eines Nachrichtensenders; *Reber* in: BeckOK UrhG, § 97 UrhG Rn. 117.

371 Auf das Problem des damit einhergehenden „Abschöpfens“ der Nutzer-Kreativität durch den Inhaber der Rechte am Ausgangswerk, auch als „digital sharecropping“ betitelt, wird zu einem späteren Zeitpunkt noch gesondert eingegangen (Kap. 4 B. I.).

372 Hierfür wäre erforderlich, dass es sich bei der Veröffentlichung über eine bestimmte Plattform – etwa Youtube – um eine technisch und wirtschaftlich eigenständige Form der Verwendung des Werks handelt, siehe *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht Rn. 917. Dies erscheint zweifelhaft.

3. Schuldrechtliche Gestattung

Eine Stufe unter der dinglich wirkenden Einräumung von Nutzungsrechten ermöglicht die schuldrechtliche Gestattung eine rechtmäßige Nutzung eines geschützten Werks.³⁷³ Im Gesetz findet sie in § 29 Abs. 2 UrhG Erwähnung. Anders als bei einer konkludenten Nutzungsrechtseinräumung wird keine dingliche Rechtsstellung eingeräumt, sondern nur schuldrechtlich ein relatives Recht zur Werknutzung gegenüber dem gestattenden Rechtsinhaber begründet.³⁷⁴ Es handelt sich um einen schuldrechtlichen Vertrag zwischen Rechtsinhaber und potentiellm Rechtsverletzer, in dem sich der Rechtsinhaber zur Duldung der Rechtsverletzung verpflichtet. Der potentielle Rechtsverletzer hat auf der Grundlage dieses Vertrags einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung gegen den Rechtsinhaber.³⁷⁵ Er kann – vom Willen des Gestattenden unabhängig – in das Recht eingreifen.³⁷⁶ Sofern die Dauer der Gestattung nicht festgelegt ist, kann sie nur durch außerordentliche Kündigung nach § 314 BGB beendet werden.³⁷⁷ Im Unterschied zur (konkludenten) Einräumung von Nutzungsrechten findet somit keine Verfügung über das Urheberrecht statt. Der Berechtigte kann sich nicht gegenüber Dritten darauf berufen. Endet der Gestattungsvertrag, entfallen auch gegebenenfalls erteilte Unterlizenzen.³⁷⁸

Fraglich ist daher, ob im Rahmen der geduldeten Nutzung vom Vorliegen eines Gestattungsvertrags zwischen Rechtsinhaber und rechtsverletzendem Nutzer bzw. Plattformanbieter ausgegangen werden kann. Ein Gestattungsvertrag zugunsten Dritter ist auch im Urheberrecht möglich.³⁷⁹ Für die Annahme einer Gestattung spräche, wie bereits bei der konkludenten Nutzungsrechtseinräumung, dass der Rechtsinhaber von einer rechtsverletzenden Handlung profitiert, wenn er diese im Wege einer Vereinbarung mit dem Plattformanbieter monetarisiert. In diesem Fall rechnet er implizit mit Rechtsverletzungen und kann nur dann vom Vertrag profitieren, wenn es überhaupt zu Rechtsverletzungen kommt. Mit einer schuldrechtlichen Gestattung verliert der Rechtsinhaber weniger Rechtsmacht als mit einer Nutzungsrechtseinräumung; er ist also möglicherweise eher dazu bereit. Zudem wäre eine gegenständliche Beschränkung der Gestattung auf die Veröffentlichung auf einer bestimmten Plattform – anders als bei der Nutzungsrechtseinräumung – rechtlich problemlos möglich.

Gegen die Annahme einer Gestattung spricht jedoch auch hier, dass der Rechtsinhaber überhaupt keinen Anlass hat, die Verletzungen förmlich zu gestatten – eine

373 Siehe zur Stufenleiter der Gestattungen grundlegend *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 144 ff.; ausführlich auch *Rehbinder/Peukert*, *Urheberrecht* Rn. 889 ff.

374 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 165 ff., 467; *Tinnefeld*, *Einwilligung*, S. 8.

375 BGH, Urt. v. 29.04.2010, GRUR 2010, 628, Rn. 32 - Vorschaubilder I; *Rehbinder/Peukert*, *Urheberrecht* Rn. 893.

376 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 169.

377 *Rehbinder/Peukert*, *Urheberrecht*, Rn. 893.

378 *Rehbinder/Peukert*, *Urheberrecht*, Rn. 895.

379 Siehe hierzu etwa das Urteil des KG v. 16.06.2000, NJW-RR 2001, 125.

Einwilligung würde zum selben Ziel führen. Zudem möchte der Rechtsinhaber auch hier seine Erklärung jederzeit widerrufen können. Nur weil er von Verletzungen finanziell profitiert, muss er diese nicht zwingend gutheißen. Es gibt daher wenig Gründe, in Fällen, in denen keine Nutzungsrechtseinräumung angenommen werden kann, zumindest eine schuldrechtliche Gestattung anzunehmen – auch wenn es angesichts der Vielzahl der denkbaren Interessenkonstellationen Ausnahmen geben mag.³⁸⁰

4. Einwilligung

Denkbar ist ferner, dass in einigen Fällen geduldeter Nutzung eine Einwilligung des Rechtsinhabers in die rechtsverletzende Handlung des (kreativen) Nutzers vorliegt.

Die Einwilligung als schwächste Form der Legitimation des Eingriffs in ein fremdes Recht führt lediglich dazu, dass die Rechtswidrigkeit der mit der Einwilligung zugestandenen Handlung entfällt. Die aus der Verfügungsbefugnis über ein subjektives Recht entspringende Rechtsmacht umfasst auch die Möglichkeit, in eine Verletzung des subjektiven Rechts einzuwilligen.³⁸¹ Die Einwilligung ist – für zukünftige Verletzungen – frei widerruflich³⁸² und kann nur für die Zukunft erklärt werden. Eine nachträgliche Genehmigung ist nicht möglich.³⁸³ Anders als etwa die Einräumung eines Nutzungsrechts oder eine schuldrechtliche Gestattung gewährt sie dem Handelnden jedoch kein subjektives Recht.³⁸⁴

Auch die Einwilligung muss in irgendeiner Form nach außen hin erklärt werden.³⁸⁵ Sie muss jedoch keinen Rechtsgeschäftswillen enthalten, d. h. der Handelnde muss nicht die Begründung, Änderung oder Beendigung eines Rechtsverhältnisses anstreben.³⁸⁶ Bei der Auslegung möglicher Handlungen, aus denen sich eine entsprechende Einwilligung ergeben könnte, ist wiederum die Zweckübertragungslehre zu beachten. Danach möchte ein Urheber im Zweifel stets nur so weit Rechte einräumen, wie für den konkreten Verwendungszweck zwingend benötigt werden.³⁸⁷ Es ist daher im Folgenden zu untersuchen, ob bestimmte, im Zusammenhang mit geduldeter Nutzung typische Handlungen entsprechende Einwilligungen enthalten können.

380 So hält es *Knopp*, GRUR 2010, S. 28, 29 für möglich, dass etwa bei FanFiction der Urheber auf seiner Homepage eine allgemeine „Gestattung“ erklären könnte.

381 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 185.

382 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 170 ff.; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, S. 369, 371.

383 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 345.

384 Siehe zur Dogmatik der Einwilligung grundlegend *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 176; darauf aufbauend *Tinnefeld*, *Einwilligung*, S. 7; BGH, Urt. v. 29.04.2010, GRUR 2010, 628, Rn. 29 ff. - *Vorschaubilder I*.

385 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 327 ff.; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, S. 369, 370.

386 BGH, Urt. v. 29.04.2010, GRUR 2010, 628, Rn. 35 - *Vorschaubilder I*; *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, S. 369, 372.

387 *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, S. 369, 371.

Die Veröffentlichung eines Werks durch den Rechtsinhaber auf einer (eigenen) Seite im Internet, als käuflich erwerbbarer Download oder auf einem physischen Trägermedium kann eine Reihe von Einwilligungen enthalten.³⁸⁸ So wird etwa mit der Veröffentlichung eines Werks im Internet nach der Rechtsprechung des BGH in die „nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen“ eingewilligt.³⁸⁹ Jedoch lässt sich aus der bloßen Tatsache der digitalen Veröffentlichung kein Rückschluss auf die Haltung des Rechtsinhabers zu digitaler Verbreitung über soziale Medien, transformativer Nutzung oder ähnlichem ziehen. Wird das Werk vom Rechtsinhaber selbst über ein soziales Medium verbreitet, dürfte darin zumindest die Einwilligung in die dabei aufgrund der technischen Konzeption des konkreten Netzwerks typischerweise auftretenden Nutzungshandlungen (z. B. Teilen, Reposten, Retweeten) liegen – sofern man nicht bereits von der Einräumung eines entsprechenden Nutzungsrechts ausgeht. Ob die Weiterverbreitung in ein anderes soziales Netzwerk umfasst ist, dürfte davon abhängen, ob das Netzwerk von vornherein die technische Möglichkeit zur Weiterverbreitung des Werks auch auf andere Netzwerke enthält (etwa in Form eines Facebook oder Twitter Buttons).

Sofern ein Rechtsinhaber selbst in zurechenbarer Weise die Erstellung von Bearbeitungen seiner Werke fördert oder anstrebt, könnte darin eine Einwilligung in die Veröffentlichung einer Bearbeitung liegen. Wer eine Handlung fördert, erklärt damit, dass er sie anerkennt und wünscht und damit in die konkrete Nutzung einwilligt, sofern sie Vorbedingung der erwünschten Nutzung ist.³⁹⁰ Sofern also ein Rechtsinhaber gezielt zur Schaffung derartiger Werke aufruft oder etwa ankündigt, die besten Adaptionen selbst weiterzuverbreiten oder unter den Schöpfern dieser Adaptionen nach neuen Talenten zu suchen, spricht viel für die Annahme einer konkludenten Einwilligung in die dafür nötigen Nutzungshandlungen.³⁹¹ Für die Zukunft kann diese Einwilligung in Bezug auf einzelne oder alle Werke jederzeit widerrufen werden.

Die bloße Duldung, d. h. die Nicht-Reaktion auf bekannte Rechtsverletzungen, stellt hingegen gerade keine Einwilligung dar. Wer einen Eingriff in sein Recht hin- nimmt, ohne etwas dagegen zu unternehmen, erklärt damit noch nicht seine Einwilligung in die konkrete Rechtsverletzung.³⁹² Weniger eindeutig ist die Frage, ob eine fortgesetzte Duldungspraxis oder Passivität dazu führt, dass eine Einwilligung in künftige vergleichbare Rechtsverletzungen angenommen werden kann, d. h. ob andere Nutzer aufgrund der bisherigen Duldung und Passivität auf die Duldung vergleichbarer Rechtsverletzungen vertrauen dürfen. Hier bewegt man sich an der Schnittstelle zwischen der Auslegung des Erklärungsgehalts einer Unterlassung und

388 *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 891.

389 BGH, Urt. v. 06.12.2007, GRUR 2008, 245, Tz. 27 – Drucker und Plotter; Urt. v. 26.04.2010, GRUR 2010, 628, Tz. 37 – Vorschaubilder I.

390 *Tinnefeld*, Einwilligung, S. 85.

391 Beispiele hierfür sind etwa „Fan Art Contests“ großer Medienunternehmen wie Nintendo, Blizzard oder Warner Brothers.

392 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 232.

dem Verbot des *venire contra factum proprium*. Erweckt der Rechtsinhaber durch eine Duldung den Eindruck, mit der Handlung eines Dritten einverstanden zu sein, oder bezieht sich seine „Duldung“ stets nur auf bereits bestehende Werke? Anders gefragt: Wirkt eine Duldung gegenüber einem Nutzer als Erklärung der Einwilligung in vergleichbare Handlungen anderer Nutzer? Nach *Ohly* ist ein derartiger Schluss „im Regelfall“ verfehlt, da die Einwilligung immer nur zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger wirke, aber keine Wirkung gegenüber Dritten entfalte.³⁹³ Dies trifft jedoch dann nicht den Kern des Problems, wenn man davon ausgeht, dass das Verhalten eine Erklärung gegenüber einer Vielzahl von Personen enthält. Zutreffend ist unabhängig davon jedoch wohl die Einschätzung, dass die Erklärung, nicht gegen Person A vorzugehen, nicht in jedem Fall die Erklärung beinhaltet, in einer vergleichbaren Konstellation nicht gegen Person B vorzugehen.

Wesentlich einfacher zu beurteilen ist die Frage hingegen bei Abschluss einer Vereinbarung (Second Level Agreement) zwischen Rechtsinhaber und Plattformanbieter. Sofern der Rechtsinhaber das rechtsverletzende Werk des Nutzers monetarisieren möchte, anstatt es zu sperren, willigt er konkludent in diese Nutzung ein. Die verletzende Handlung ist notwendige Voraussetzung der Monetarisierung. Bei Vorliegen einer solchen Vereinbarung sind die von dieser Vereinbarung umfassten, rechtsverletzenden Nutzungshandlungen daher nicht rechtswidrig. Dies dürfte nicht nur für private, sondern auch für kommerziell agierende Nutzer gelten. Viele Vereinbarungen differenzieren, soweit ersichtlich, bisher nicht nach der kommerziellen Natur von Nutzungen, sondern sehen für alle Nutzungen eine Vergütung vor. Sofern dem Rechtsinhaber die Nutzung eines Nutzers zu weit geht, kann er die Einwilligung jederzeit widerrufen – jedoch nur für die Zukunft. Die bis dahin bereits erfolgte Veröffentlichung des rechtsverletzenden Werks bleibt rechtmäßig, lediglich die weitere Verbreitung kann untersagt werden. Dies deckt sich auch mit den Interessen der Parteien: Sie wollen über die Vereinbarungen den Nutzern die Möglichkeit bieten, entsprechende Werke der Allgemeinheit zu präsentieren, diese soweit möglich monetarisieren und im Bedarfsfall jederzeit unterbinden können. Bei Vorliegen derartiger Vereinbarungen ist daher im Regelfall von einer konkludenten, frei widerruflichen Einwilligung des Rechtsinhabers in die für die Veröffentlichung auf der konkreten Plattform erforderlichen Nutzungen auszugehen.

5. Verwirkung von Abwehransprüchen

Fraglich ist ferner, ob bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung ein Rechtsinhaber, der rechtsverletzende Praktiken über einen längeren Zeitraum geduldet hat oder ihnen sogar wohlwollend gegenüberstand, in irgendeiner Form an der Durchsetzung von Abwehransprüchen gehindert sein könnte.

³⁹³ *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 233.

a) Verwirkung im Urheberrecht

Das zivilrechtliche Rechtsinstitut, das ein etwaiges berechtigtes Vertrauen in die Nichtgeltendmachung von Rechten oder Ansprüchen zu schützen versucht, ist die Verwirkung. Hierunter wird vor allem die illoyal verspätete Geltendmachung eines Rechts als Unterfall des *venire contra factum proprium*, d. h. des widersprüchlichen Verhaltens, verstanden.³⁹⁴ Nach der Formel der Rechtsprechung kommt es darauf an, ob sich der Schuldner bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dass der Gläubiger sein Recht nicht mehr geltend macht.³⁹⁵ Voraussetzung ist somit (a) ein objektiver Anhaltspunkt, auf dessen Grundlage der Schuldner davon ausgehen darf, das Recht werde nicht mehr geltend gemacht, und (b) das tatsächliche Bestehen insoweit schutzwürdigen Vertrauens in den Fortbestand der Nicht-Geltendmachung oder Duldung.

Auch im Urheberrecht ist anerkannt, dass die Duldung von Rechtsverletzungen grundsätzlich zur Verwirkung von Abwehransprüchen nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen führen kann.³⁹⁶ Jedoch wurde die Verwirkung im Urheberrecht bisher fast ausschließlich im Zusammenhang mit der Verwirkung marken- und patentrechtlicher Ansprüche untersucht und dabei stets versucht, die zum Marken- und Patentrecht ergangene Rechtsprechung auf das Urheberrecht zu übertragen.³⁹⁷ Dass – wie sich noch zeigen wird – auch beachtliche Unterschiede zwischen diesen Rechtsgebieten bestehen, wird dabei zu wenig berücksichtigt.³⁹⁸

394 *Schubert* in: Münchner Kommentar BGB, § 242 BGB Rn. 356.

395 Siehe zuletzt etwa BGH, Urt. v. 16.03.2012, NJW 2012, 1796, Tz. 24; Urt. v. 27.07.2013, NJW 2014, 854, Tz. 14.

396 Siehe hierzu etwa RGE 129, 252 ff.; BGH, Urt. v. 13.02.1981, GRUR 1981, 652; KG, Urt. v. 03.05.1996, ZUM-RD 1997, 168; zuletzt BGH, Urt. v. 06.02.2014, GRUR 2014, 363 - Peter Fechter; *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, vor §§ 31 ff. UrhG Rn. 142.

397 Siehe aus der jüngeren Literatur zum Vergleich zwischen der Rechtslage in Deutschland und Österreich (jedoch mit klarem Schwerpunkt im Patentrecht) etwa *Gamerith*, WRP 2004, S. 75; aus der älteren Literatur *Kleine*, JZ 1951, S. 9; *Beier*, GRUR 1976, S. 566; *Klaka*, GRUR 1970, S. 265; *Boor*, JW 1933, S. 2276. In der jüngeren Entscheidung des BGH in NJW 2014, 1888 heißt es insoweit lediglich (Tz. 15): „Die Entscheidungen des Senats sind zwar zum Marken- und Wettbewerbsrecht ergangen; die dort aufgestellten Grundsätze zur Verwirkung gelten jedoch auch im Urheberrecht.“

398 Auf die Unterschiede und Besonderheiten gehen hingegen ein: *Gamm*, NJW 1956, S. 1780; *Kleine*, JZ 1951, S. 9.

b) Berechtigtes Vertrauen des Verletzers

Nach allgemeinen Grundsätzen setzt die Verwirkung voraus, dass der Schuldner eines Anspruchs Anlass hatte, darauf zu vertrauen, dass der Gläubiger diesen Anspruch bzw. seine Rechte nicht mehr geltend machen werde.

Zentrales Kriterium für dieses Vertrauen ist i. d. R. das Zeitmoment.³⁹⁹ Die längere Untätigkeit des Gläubigers ist Grundlage für das Vertrauen des Schuldners in die künftige Unterlassung der Geltendmachung des Anspruchs.⁴⁰⁰ Es ist seit jeher Bestandteil der Verwirkungsformel der Rechtsprechung.⁴⁰¹ Gleichwohl ist anerkannt, dass eine Verwirkung auch ohne Zeitablauf möglich ist, wenn der Berechtigte sein Recht entgegen der Gebote von Treu und Glauben durchzusetzen versucht.⁴⁰² Das Zeitmoment ist daher lediglich ein Element innerhalb der Interessenabwägung der Treuwidrigkeitsprüfung. Seine wesentliche Funktion besteht lediglich darin, den Zeitraum zu bemessen, ab dem der Verletzer typischerweise davon ausgehen kann, wegen einer Rechtsverletzung nicht mehr verfolgt zu werden, d. h. zurecht auf eine weitere Unterlassung der Inanspruchnahme vertrauen darf. Das schließt es aber gerade nicht aus, geringere Anforderungen an das Zeitmoment zu stellen, wenn aufgrund anderer Anhaltspunkte deutlich ist, dass das Recht nicht geltend gemacht werden wird.⁴⁰³ Auch ohne entsprechendes Zeitmoment können daher Ansprüche verwirkt sein.

Wenn man davon ausgeht, dass ein hinreichend langes Zeitmoment in den meisten Fällen einer geduldeten Nutzung im Internet nicht vorliegen wird, ist nach alternativen Anknüpfungspunkten zu suchen, aufgrund derer ein Verletzer auf die weitere Unterlassung der Inanspruchnahme vertrauen darf.

Fraglich ist dabei insbesondere, ob die Duldung wiederholter Rechtsverletzungen für sich genommen den Schluss auf die Duldung weiterer, vergleichbarer Rechtsverletzungen rechtfertigt. Der BGH geht in zwei jüngeren Entscheidungen davon aus, dass sich aus der längeren Untätigkeit des Rechtsinhabers gegenüber bestimmten, gleichartigen Verletzungshandlungen kein berechtigtes Vertrauen des Rechtsverletzers darauf begründen lässt, dass der Rechtsinhaber dieses Verhalten auch zukünftig dulde.⁴⁰⁴ Interessanterweise beschränkt er diese Argumentation jedoch auf

399 *Schubert* in: Münchner Kommentar BGB, § 242 BGB Rn. 356.

400 Auch die Rechtsprechung zur Verwirkung im Urheber- und Markenrecht sieht das Zeitmoment als wesentliches Kriterium an, siehe etwa BGH, Urt. v. 06.02.2014, NJW 2014, 1888, Tz. 17 – Peter Fechter.

401 BGH, Urt. v. 30.06.1976, GRUR 1977, 42 – Schmalfilmrechte; Urt. v. 13.02.1981, GRUR 1981, 652, 653 – Stühle und Tische; Urt. v. 06.02.2014, NJW 2014, 1888 – Peter Fechter.

402 Siehe hierzu etwa *Schubert* in: Münchner Kommentar BGB, § 242 BGB Rn. 290 ff.

403 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 234; *Gamm*, NJW 1956, S. 1780, 1782; *Klaka*, GRUR 1970, S. 265, 267 sieht den Hauptvorteil des Zeit-Merkmals darin, ein klar erkennbares Abgrenzungsmerkmal zu bilden.

404 BGH, Urt. v. 06.02.2014, NJW 2014, 1888, Tz. 16 – Peter Fechter; Urt. v. 18.01.2012, GRUR 2012, 928, Tz. 23 – Honda-Grauiimport.

Unterlassungsansprüche und lässt Schadensersatzansprüche außen vor.⁴⁰⁵ Diese restriktive Haltung zur Vertrauensbildung durch Duldung begründet der BGH damit, dass einem Rechtsverletzer dann, wenn er aufgrund der bisherigen Duldung auch auf die Duldung künftiger, vergleichbarer oder identischer Rechtsverletzungen hoffen könne, eine neue „Rechtsposition“ eingeräumt werde – was jedoch durch das Rechtsinstitut der Verwirkung gerade nicht erreicht werden soll.⁴⁰⁶

Hierbei vermischt der BGH jedoch die Frage des Entstehungszeitpunkts von Unterlassungsansprüchen und ihrer Verwirkung mit der Frage, ab welchem Zeitpunkt der Rechtsinhaber ein berechtigtes Vertrauen auf künftige Duldung geschaffen hat und welche Ansprüche von einer Verwirkung betroffen sind. Richtig ist, dass mit jeder Verletzungshandlung neue Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Rechtsinhabers entstehen.⁴⁰⁷ Es ist hingegen nicht erkennbar, wieso der Verletzer dann, wenn er aufgrund der bisherigen Duldungspraxis erneut eine identische Rechtsverletzung begeht, im Fall der Verwirkung der alten Unterlassungsansprüche eine neue „Rechtsposition“ erhalten sollte. Die Verwirkung führt lediglich dazu, dass die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen für die Vergangenheit nicht möglich ist, ebenso wenig Unterlassungsansprüche für in der Vergangenheit begangene noch andauernde Rechtsverletzungen. Die „Rechtsposition“, die der BGH hier annimmt, ist nichts anderes als der Verlust von Unterlassungsansprüchen aufgrund von Verwirkung. Der (teilweise) Verlust von Ansprüchen ist aber eine normale Folge der Verwirkung. Es spielt für das Ergebnis keine Rolle, ob der Unterlassungsanspruch verwirkt ist, weil der Rechtsinhaber zulange gewartet hat und der Verletzer sich deshalb darauf eingerichtet hat, dass der Anspruch nicht mehr geltend gemacht wird, oder ob der Unterlassungsanspruch verwirkt ist, weil der Verletzer zurecht von einer Duldung aufgrund der bisherigen Duldungspraxis ausgegangen ist. In allen Fällen verliert der Rechtsinhaber infolge der Verwirkung für einen bestimmten Zeitraum seine Unterlassungsansprüche – wovon der BGH auch für die Schadensersatzansprüche ausgeht.⁴⁰⁸

Selbst wenn die Differenzierung des BGH für den typischen Fall einer Markenverletzung als „Dauerdelikt“ Sinn machen würde, könnte diese Wertung nicht ohne Weiteres ins Urheberrecht übertragen werden. Das Markenrecht zielt im Regelfall auf die Benutzung einer Marke im geschäftlichen Verkehr ab. Der typische Fall einer Markenverletzung ist daher ein länger andauernder Zustand. Hingegen handelt es sich bei Urheberrechtsverletzungen – insbesondere bei jenen der geduldeten

405 BGH, Urt. v. 06.02.2014, NJW 2014, 1888, Tz. 16 – Peter Fechter.

406 BGH, Urt. v. 06.02.2014, NJW 2014, 1888, Tz. 16 – Peter Fechter.

407 BGH, Urt. v. 18.01.2012, GRUR 2012, 928, Tz. 23 – Honda-Grauiimport; Urt. v- 14.02.2008, GRUR 2008, 803, Tz. 29 – HEITEC.

408 BGH, Urt. v. 06.02.2014, NJW 2014, 1888, Tz. 42 – Peter Fechter.

Nutzung im Internet – regelmäßig um einmalige Vorgänge der Vervielfältigung, Veröffentlichung, Bearbeitung u. ä., die mit Vornahme der Handlung bereits abgeschlossen sind. Die Verwirkung eines markenrechtlichen Unterlassungsanspruchs hat daher oftmals weitaus größere Wirkung als die Verwirkung eines urheberrechtlichen Unterlassungsanspruchs. Zudem dürfte es im Urheberrecht weitaus häufiger vorkommen, dass sich die Interessenlage des Berechtigten infolge neuer Entwicklungen – etwa erneuter Bekanntheit eines Werks – verändert und eine neue Bewertung der Unterlassungsansprüche durch den Urheber rechtfertigt.

Es spricht daher einiges dafür, dass auch auf Grundlage der Duldung vergangener Rechtsverletzungen ein berechtigtes Vertrauen auf Duldung neuer Rechtsverletzungen entstehen kann.⁴⁰⁹ Soweit es sich um identische oder vergleichbare Handlungen derselben Person handelt und die Umstände sich nicht verändert haben, dürfte es für die Frage der Vertrauensentstehung irrelevant sein, ob es sich um eine einmalige oder wiederholte gleichartige Rechtsverletzungen handelt.⁴¹⁰ Die Verletzung eines subjektiven Rechts führt beim Verletzten zu einer Aktionslast.⁴¹¹ Das Unterlassen jeder Reaktion seitens des Verletzten kann es rechtfertigen, der Duldung vergangener Rechtsverletzungen vertrauensbildende Wirkung für die Zukunft beizumessen.

Jedoch dürfte diese Duldung im Regelfall nur im Verhältnis zwischen dem „regelmäßigen Rechtsverletzer“ und dem Rechtsinhaber wirken.⁴¹² Dritte können allein aufgrund der Duldung von Rechtsverletzungen anderer Personen kein eigenes Vertrauen auf Fortsetzung der Duldung aufbauen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass ein Dritter nicht wissen kann, ob nicht etwa zwischen ihm und dem Verletzer personelle Unterschiede bestehen, die eine andere Behandlung der Verletzung durch den Verletzten rechtfertigen. Vor allem aber entsteht die „Aktionslast“ des Verletzten nur im Verhältnis zwischen ihm und dem Verletzer.

Das Vertrauen des Verletzers auf Nicht-Verfolgung kann sich auch aus anderen Gründen ergeben, wenn neben der Duldung wiederholter Rechtsverletzungen weitere Umstände hinzukommen. Denkbar wäre etwa, dass sich der Rechtsinhaber oder sein Vertreter öffentlich positiv oder wohlwollend über derartige Werke äußert oder in anderer öffentlicher Form seine Billigung oder Zustimmung äußert. Zu streng dürfte daher etwa die Auffassung des BGH in der Entscheidung „Stühle und Tische“ sein: Dort hatte der BGH es abgelehnt, Äußerungen des Rechtsinhabers in der Presse zu künftigem Vorgehen gegen rechtsverletzende Nachahmungen irgendeine Wirkung auf das Vertrauen beizumessen.⁴¹³ Dies mag insoweit richtig sein, als dass sich die Entscheidung eines unternehmerisch tätigen Verletzers wohl berechtigterweise nicht auf vage Aussagen in Presseartikeln stützen kann, insbesondere wenn er ohne Weiteres „auf Augenhöhe“ mit dem Rechtsinhaber über die Erteilung

409 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 234.

410 *Klaka*, GRUR 1970, S. 265, 270.

411 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 235; *Gamm*, NJW 1956, S. 1780, 1782.

412 *Ohly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 233.

413 BGH, Urt. v. 13.02.1981, GRUR, 1981, 652 – Stühle und Tische.

einer Lizenz verhandeln könnte. Der Großteil der hier interessierenden Fälle betrifft jedoch keine solchen Sachverhalte, sondern rechtliche Laien, die letztlich unbewusst formal betrachtet Rechtsverletzungen begehen, indem sie selbst kreativ oder zumindest sozial-kommunikativ tätig sind. Ihnen ist es überhaupt nicht möglich zu beurteilen, ob eine Rechtsverletzung, Einwilligung, Duldung oder sonstiges vorliegt. Sie sehen lediglich, dass jeder es so macht, ohne belangt zu werden, und dass der Rechtsinhaber offenbar nichts dagegen einzuwenden hat, weil er nichts gegen diese Verletzungen unternimmt und ihnen sogar noch wohlwollend gegenübersteht. Aus diesen Gründen dürfte auch aufgrund allgemeiner Äußerungen des Rechtsinhabers gegenüber Dritten die Bildung von Vertrauen grundsätzlich möglich sein. Vergleichbares dürfte gelten, wenn aus sonstigen Umständen klar zu entnehmen ist, dass der Rechtsinhaber bestimmte rechtsverletzende Praktiken billigt.

Eher fraglich ist hingegen, ob ein berechtigtes Vertrauen auch möglich ist, wenn offensichtlich ist, dass Verletzungen nur deshalb nicht verfolgt werden, weil sie aus Sicht des Berechtigten schlicht zu unbedeutend und geringfügig sind.⁴¹⁴ In einem solchen Fall ist ein berechtigtes Vertrauen wohl abzulehnen. Aus einer Duldung aufgrund rein ökonomischer Erwägungen lässt sich kein schützenswertes Vertrauen auf Duldung künftiger Verletzungen ableiten. Anders als in den vorherigen Fällen geht es in einem solchen Fall weniger um die mit der fortgesetzten Duldung erfolgte inhaltliche Billigung einer Rechtsverletzung, sondern lediglich um die formale Frage der Durchsetzung. Eine inhaltliche Billigung enthält diese Praxis gerade nicht. Zudem würde dies der bewussten Spekulation auf die Nicht-Verfolgung von Verletzungen rechtliche Legitimation verleihen.

Auch wenn sich oftmals nicht eindeutig bestimmen lässt, welche Motive hinter entsprechenden Duldungspraktiken stehen, dürfte es im Bereich geduldeter Nutzungen im Internet durchaus Fälle geben, bei denen – ohne Erfordernis eines umfassenden Zeitmoments – auf Seiten des Verletzers ein berechtigtes Vertrauen auf Duldung, d. h. die Unterlassung von Abwehransprüchen besteht.

c) Interessenabwägung

Davon ausgehend stellt sich die Frage, ob und wann ein solches Vertrauen tatsächlich schutzwürdig ist und dazu führen kann, dass ein Rechtsinhaber seine Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz nicht mehr geltend machen kann. Hierbei kommt es in hohem Maß auf den jeweiligen Einzelfall an. Literatur und Rechtsprechung zur Verwirkung im Immaterialgüterrecht bieten dafür leider wenig überzeugende Anhaltspunkte.

Dort wird in diesem Zusammenhang oftmals ausschließlich mit dem möglichen „geschützten Besitzstand“, den der Verletzer sich erarbeitet hat, argumentiert.⁴¹⁵ Der

414 So argumentierte etwa RG, Urt. v. 25.06.1930 - I 21/30, (259).

415 *Gamerith*, WRP 2004, S. 75, 78f.; siehe ferner die Argumentation in BGH, Urt. v. 06.02.2014, NJW 2014, 1888 - Peter Fechter, Tz. 16; Urt. v. 13.02.1981, GRUR 1981, 652, 653 - Stühle und Tische.

Hintergrund dieser Fixierung auf den Besitzstand des Verletzers wird erst bei einem Blick auf die Geschichte der Rechtsprechung zur Verwirkung von marken- oder patentrechtlichen Ansprüchen erkennbar. Die (redliche) Schaffung eines eigenen schützenswerten Besitzstands auf Grundlage eines fremden Rechts wurde von der Literatur lange Zeit als das eigentliche Kernelement der Verwirkungsrechtsprechung des Reichsgerichts im Immaterialgüterrecht angesehen.⁴¹⁶ Auch die Rechtsprechung des BGH stützt sich seit jeher auf diese Argumentation.⁴¹⁷ Die verspätete Geltendmachung von Abwehrrechten sei erst dann treuwidrig, wenn der Verletzer sich in der Annahme, die Rechte würden nicht mehr geltend gemacht, einen schützenswerten Besitzstand erarbeitet hat oder entsprechende Investitionen getätigt hat.⁴¹⁸ Andere weisen hingegen zurecht darauf hin, dass der Besitzstand des Verletzers nicht der Grund für die Annahme einer Verwirkung von Abwehransprüchen bei Rechtsverletzungen sein kann, sondern allenfalls ein Abwägungspunkt.⁴¹⁹ Der Besitzstand allein schafft schließlich kein Vertrauen auf den Fortbestand eines tatsächlichen Zustands, sondern kann höchstens die Folge hiervon sein. Zudem kann es auf den Besitzstand des Verletzers – wenn überhaupt – nur dort ankommen, wo ein solcher Besitzstand typischerweise bei rechtswidrigen Nutzungshandlungen entsteht oder in Form umfangreicher Investitionen erforderlich wird.⁴²⁰ Dies ist im Marken- und auch Patentrecht weitaus häufiger der Fall als im Urheberrecht. Die Verwirkung im Markenrecht beruht daher in erster Linie auf einem Interessenausgleich zwischen dem in der Verfolgung seiner Ansprüche nachlässigen Markeninhaber und dem auf die fortgesetzte Duldung vertrauenden Verletzer, der sich auf der Grundlage dieses Vertrauens einen (ggf. auch zum Wohle der Allgemeinheit) schützenswerten Besitz erarbeitet hat. Die Treuwidrigkeit liegt gerade darin, dass der Markeninhaber „zugesehen“ hat, wie sich der Verletzer einen Besitzstand aufbaut, nichts unternimmt und nach einiger Zeit – ohne dass sich die Gesamtumstände verändert haben – plötzlich doch gegen die Verletzung vorgeht.

Diese Überlegung lässt sich auf das Urheberrecht höchstens in einigen wenigen Fällen übertragen. Markenrecht und Urheberrecht weisen insoweit einige relevante Unterschiede auf. Wie *von Gamm* richtig argumentiert, liegt der Unterschied zwischen Marken- und Urheberrecht unter anderem auch darin, dass eine Marke lediglich auf dem Papier bestehen kann und ihren Wert erst durch die späteren Marketingtätigkeiten des Verwenders oder Verletzers erhält. Das Urheberrecht verkör-

416 RGZ 139, 327, 340 m. w. N. reichsgerichtlicher Entscheidungen. Siehe zur Literatur *Gamm*, NJW 1956, S. 1780; *Kleine*, JZ 1951, S. 9, 10; *Klaka*, GRUR 1970, S. 265, 272; a.A. *Boor*, JW 1933, S. 2276, 2277, der klarstellt, dass der Besitzstand - anders als später laufend angenommen - nur ein für die Verwirkung relevantes Element unter mehreren ist.

417 BGH, Urt. v. 06.02.2014, NJW 2014, 1888, Tz. 16 – Peter Fechter; Urt. v. 28.06.2011, GRUR 2012, 928, Tz. 23 – Honda-Graumimport; Urt. v. 14.02.2008, GRUR 2008, 803, Tz. 29 – HEITEC; BGHZ 1, 31.

418 RGZ 139, 327, 340.

419 *Boor*, JW 1933, S. 2276, 2277; *Gamm*, NJW 1956, S. 1780, 1781.

420 *Gamm*, NJW 1956, S. 1780, 1781; zweifelnd auch *Beier*, GRUR 1976, S. 566, 572; *Gamerith*, WRP 2004, S. 75, 80.

pert hingegen – zumindest in Form der Urheberpersönlichkeitsrechte – bereits ab dem Zeitpunkt der Schöpfung des Werks einen bestimmten Wert.⁴²¹ Dieser etwas idealisierenden Haltung kann durchaus entgegengehalten werden, dass der wirtschaftliche Wert von Urheberrechten ebenfalls in großem Umfang erst durch zusätzliche Marketingtätigkeiten entsteht und in den seltensten Fällen seinen wirtschaftlichen Wert bereits bei Schöpfung in sich trägt. Zutreffend ist diese Überlegung hingegen bei einem stärkeren Fokus auf die bereits benannten Regelungszwecke des Urheberrechts.⁴²² Im Ergebnis dürfte es daher richtig sein, den Besitzstand des Verletzers nicht als allein entscheidendes Kriterium für die Annahme einer Verwirkung heranzuziehen, sondern es lediglich als ein mögliches Indiz unter mehreren anzusehen.⁴²³

Ein starkes Indiz für die Schutzbedürftigkeit des Verletzers liegt vor, wenn der Rechtsinhaber eine entsprechende Duldungspraxis als gezieltes Marketing einsetzt bzw. gezielt die eigene Bekanntheit oder sein Image dadurch steigern möchte, dass er bestimmte Handlungen nicht verfolgt. Dies dürfte bei vielen Fällen geduldeter Nutzung ein elementares Motiv sein.⁴²⁴ Eine bewusst großzügige Durchsetzungspraxis soll den Rechtsinhaber, einzelne Künstler oder Marken in der öffentlichen Wahrnehmung in einem guten Licht erscheinen lassen. Um diese positive Wirkung auf den eigenen Namen zu erreichen, legitimiert der Rechtsinhaber, gleichsam „unter der Hand“, in nicht unmittelbar rechtsverbindlicher Form Verletzungshandlungen von Nutzern. Er weiß, dass er sein Ziel auch ohne förmliche Erklärungen erreichen kann. Er hat wenig Aufwand, kann sich als liberal und nutzerfreundlich gerieren und dennoch zu jedem Zeitpunkt – etwa wenn eine Bearbeitung zu kritisch, zu bekannt oder aus sonstigen Gründen missliebig wird – dagegen vorgehen. Er nutzt Rechtsunsicherheit, Rechtsunkenntnis und Durchsetzungsdefizite gezielt zur Spekulation auf dem Rücken kreativer Nutzer aus. Diese Spekulation, deren negative Folgen insbesondere auch für Kreativität und Wettbewerb nachstehend noch eingehender beleuchtet werden, kann wohl durchaus als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen werden.⁴²⁵

Selbst wenn man einen „geschützten Besitzstand“ nicht als notwendige Voraussetzung einer Verwirkung ansieht,⁴²⁶ ist wohl auf Seiten der Verletzer zumindest eine irgendwie geartete „Vertrauensinvestition“ als Voraussetzung einer Verwirkung zu

421 *Gamm*, NJW 1956, S. 1780, 1781. Diese Argumentation von der höheren „Wertigkeit“ des Urheberrechts wird auch von der jüngeren Rechtsprechung aufgegriffen, sie zieht jedoch vollkommen andere Schlüsse daraus. Hierauf wird im Folgenden noch ausführlicher eingegangen.

422 Siehe vorstehend Kap. 1 A. I.

423 An dieser Stelle ist jedoch noch darauf hinzuweisen, dass *Gamm*, NJW 1956, S. 1780, 1781 diese Ansicht zwar zu teilen scheint. Es kommt ihm aber entscheidend darauf an, dass der Besitzstand im Urheberrecht überhaupt kein taugliches Abwägungskriterium sein kann, weder zugunsten noch zulasten des Verletzers.

424 Siehe zu möglichen Motiven für eine solche Praxis nachstehend Kap. 3.

425 Siehe zu einer vergleichbaren Praxis bereits *Boor*, JW 1933, S. 2276, 2277.

426 Siehe oben.

fordern.⁴²⁷ Nur wenn der Verletzer sich in irgendeiner Form „auf den Zustand ein-gerichtet hat“, ⁴²⁸ erscheint eine Verwirkung von Ansprüchen gerechtfertigt. Voraus-setzung sind daher etwa eigene Aufwendungen in Form von Zeit oder Geld oder sonstige schützenswerte Interessen.

An einer hinreichenden Vertrauensinvestition fehlt es daher im Fall der bloßen Weiterverbreitung fremder Inhalte, selbst wenn dies mit stillschweigender Billi-gung des Rechtsinhabers geschehen ist. Hingegen kann in den Fällen, in denen Nutzer selbst auf Grundlage bestehender Werke kreativ tätig werden (der typische Fall des UGC), eine Vertrauensinvestition bereits in der im berechtigten Vertrauen auf die Duldung erfolgten kreativ-schöpferischen Tätigkeit zu sehen sein. In diesen Fällen tätig der Nutzer nicht nur zeitliche und möglicherweise finanzielle Aufwen-dungen, sondern wird selbst kreativ tätig und schafft mit seinem neuen Werk einen eigenen, neuen Besitzstand. Die der Bearbeitung fremder Werke zugrundeliegende (und vom Rechtsinhaber geduldete) ausgeübte Kreativität könnte es mit Blick auf die Regelungsziele des Urheberrechts⁴²⁹ durchaus rechtfertigen, unter bestimmten Umständen von der Verwirkung von Abwehransprüchen auszugehen. Hierfür spricht weiter, dass in vielen Fällen auch auf Seiten des Verletzers Urheberrechte entstehen, die auf Basis der urheberrechtlichen Rechtfertigungstheorien ebenso schützenswert sind wie die durch die Bearbeitung verletzten Urheberrechte. Hinzu kommt schließlich, dass der Verletzer im Regelfall keine eigenen kommerziellen Interessen verfolgt bzw. nicht in Konkurrenz zum Ursprungswerk treten möchte, sondern lediglich private Ziele wie Unterhaltung, soziale Anerkennung oder Selbstverwirklichung verfolgt. In diesen Fällen spricht daher viel dafür, im Fall ei-ner bewussten Duldung fremder kreativer Bearbeitungen (bei Vorliegen der übrigen vorgenannten Voraussetzungen), von einer (teilweisen) Verwirkung von Abwehr-ansprüchen auszugehen, sofern nicht bereits eine Nutzungsrechtseinräumung oder Einwilligung angenommen werden kann.⁴³⁰

d) Rechtsfolge der Verwirkung

Sofern man davon ausgeht, dass bei einigen Duldungskonstellationen Abwehran-sprüche verwirkt sein könnten, stellt sich die Frage, welche Ansprüche hiervon be-troffen sein können.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass die Verwirkung nicht zu einer Verwir-kung von Ansprüchen wegen sämtlicher künftigen Verletzungen des Rechts führen soll. Schließlich kann ein Rechtsinhaber seine Einstellung zur Verfolgung von Rechtsverletzungen im Laufe der Zeit aus guten Gründen ändern, insbesondere

427 BGH, Urt. v. 13.02.1981, GRUR 1981, 652 - Stühle und Tische.

428 Siehe hierzu zuletzt etwa BGH, Urt. v. 16.03.2012, NJW 2012, 1796, Tz. 24; Urt. v. 27.07.2013, NJW 2014, 854, Tz. 14.

429 Siehe hierzu vorstehend Kap. 1 A. I.

430 Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 181 für den „estop-pel“ Einwand nach US-amerikanischen Recht.

wenn sich die für seine Entscheidung relevanten tatsächlichen Umstände geändert haben.⁴³¹ Dies spricht dafür, der Verwirkung urheberrechtlicher Ansprüche lediglich Wirkung für vergangene Zeiträume beizumessen.⁴³² Der Verletzer kann keine berechnete Hoffnung darauf haben, dass seine Handlungen auch bei künftiger Veränderung der Umstände geduldet werden. Zum Zeitpunkt der Vornahme der rechtsverletzenden Handlung durfte er jedoch (noch) darauf vertrauen, dass diesbezüglich keine Abwehransprüche geltend gemacht würden. Daraus folgt, dass für den Zeitraum, in dem der Verletzer auf die Duldung seiner Handlung vertrauen durfte, Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Rechtsinhabers verwirkt sind. Der Rechtsinhaber hat somit keine Möglichkeit, für den Zeitraum der Duldung Schadensersatz zu verlangen – wohl aber für die Zukunft. Ebenso „lebt“ der Anspruch auf Unterlassung künftiger vergleichbarer Rechtsverletzungen wieder auf.

Im digitalen Kontext – etwa dem typischen Fall der Veröffentlichung eines bearbeiteten Werks auf Youtube – bedeutet dies: der Rechtsinhaber kann vom Verletzer die Unterlassung künftiger vergleichbarer Rechtsverletzungen verlangen. Soweit davon auszugehen ist, dass der Nutzer selbst das Werk i. S. d. § 19a UrhG zum Abruf bereithält, hat er dies für die Zukunft zu unterlassen. Parallel dazu schuldet er Schadensersatz im Falle künftiger Nutzungen, nicht hingegen für vergangene Nutzungen.

Problematisch erscheint insoweit einzig die exakte Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche wieder geltend gemacht werden können. Sofern der Nutzer eine Benachrichtigung – etwa in Form einer Löschungsaufforderung – durch den Rechtsinhaber erhält, bildet der Zeitpunkt dieser Benachrichtigung das Ende der Verwirkung. Ab diesem Zeitpunkt hat der Nutzer die Handlung zu unterlassen und haftet gegebenenfalls auf Schadensersatz. Fraglich ist jedoch, welcher Zeitpunkt bei Fehlen einer direkten Benachrichtigung heranzuziehen ist. Da der Beginn des Eintritts der Verwirkung primär aus den Gesamtumständen zu entnehmen ist, dürfte dies letztlich auch für das Ende der Verwirkungswirkung gelten. Es kommt somit darauf an, wann das schutzwürdige Vertrauen nicht mehr gegeben ist. Der Nutzer riskiert also eine Haftung, sobald er aus den Umständen entnehmen kann, sein Verhalten werde nun nicht mehr geduldet. Das Risiko der Fehleinschätzung oder Unkenntnis neuer Umstände trifft somit den insoweit weniger schutzwürdigen Verletzer.

Die praktische Auswirkung der Verwirkung bei geduldeter Nutzung liegt damit vor allem darin, dass sie dem Nutzer für den Zeitraum der Duldung in gewissem Um-

431 Boor, JW 1933, S. 2276, 2278; Klaka, GRUR 1970, S. 265, 273.

432 So letztlich auch BGH, Urt. v. 06.02.2014, NJW 2014, 1888, Tz. 42 – Peter Fechter.

fang Schutz vor Schadensersatzforderungen bietet. Der Rechtsinhaber kann so zwar weiterhin jederzeit die Beendigung rechtsverletzender Handlungen erreichen, der Verletzer haftet jedoch erst ab diesem Zeitpunkt auf Schadensersatz, und nicht bereits ab Vornahme der rechtsverletzenden Handlung.

Es wird schnell erkennbar, dass die bisherige Dogmatik zu Verwirkung, Einwilligung und konkludenter Rechtseinräumung sich sehr schwer tut, diese neuen informellen Praktiken korrekt zu erfassen. Es wäre daher eigentlich die Aufgabe des Gesetzgebers, derartige Fragen in irgendeiner Form zu lösen. Jedenfalls für Plattformen, die von Art. 17 des Entwurfs für eine neue Urheberrechtsrichtlinie erfasst sind, wurde insoweit eine neue gesetzberische Lösung dieser Fragen versucht.⁴³³ Auch wird erkennbar, dass es nicht *eine* klare Antwort auf die Frage der rechtlichen Qualifikation dieser Praktiken im Internet gibt, sondern die Beurteilung stark einzelfallabhängig ist. Die vorstehenden Ausführungen stellen daher nur einen ersten Versuch der Einordnung und Systematisierung dieser weit verbreiteten Praxis dar, die bei weiterer Untätigkeit der Gesetzgeber wohl noch an Bedeutung gewinnen wird.

6. Zwischenergebnis

Im Regelfall findet im Rahmen der Sachverhalte, die als geduldete Nutzung angesehen werden können, keine konkludente Einräumung von Nutzungsrechten statt. Es gibt jedoch Konstellationen, in denen aus dem Handeln der Berechtigten durchaus auf den Willen zur Einräumung bestimmter Nutzungsrechte geschlossen werden kann. Auch im Rahmen von Vereinbarungen mit Plattformbetreibern erfolgt keine Nutzungsrechtseinräumung an die Nutzer, ebensowenig eine Gestattung der Verletzung.

Hingegen kann eine konkludente Einwilligung angenommen werden, wenn bestimmte Handlungen gezielt gefördert werden oder der Rechtsinhaber im Rahmen einer Vereinbarung mit einem Plattformbetreiber eine Einnahmenbeteiligung für rechtsverletzende Nutzeruploads erhält. Die Nutzer, deren Werke hiervon umfasst sind, handeln somit nicht rechtswidrig. Aus der bloßen Duldung von Rechtsverletzungen kann hingegen nicht auf das Vorliegen einer Einwilligung geschlossen werden.

Ein Verletzer kann unter Umständen darauf vertrauen, dass ein Rechtsinhaber auch weitere von ihm selbst begangene Verletzungen dulden wird. Aus der Duldung von

433 Dem Richtlinienvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, Grundfassung COM(2016) 593 final, nicht amtliche, konsolidierte Abschlussfassung abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_DE.pdf [letzter Abruf 28.03.2019] stimmte am 26.03.2019 das Europäische Parlament zu; es steht zu gegenwärtigen Zeitpunkt noch die Zustimmung des Rates der Europäischen Union aus. Siehe zur Frage, inwiefern die gefundene Lösung angemessen und sinnvoll ist, nachfolgend Kap. 5 B. II. 1.

Rechtsverletzungen durch andere Verletzer kann hingegen kein Vertrauen auf künftige Duldung entstehen. Jedoch ist denkbar, dass ein berechtigtes Vertrauen durch bestimmte fördernde und zustimmende Äußerungen unterhalb der Einwilligungsschwelle entstehen kann. Dieses Vertrauen ist jedoch nur dann schutzwürdig, wenn der rechtsverletzende Nutzer selbst Vertrauensinvestitionen getätigt hat. Im Regelfall der geduldeten Nutzung wird damit keine Verwirkung angenommen werden können, jedoch sind durchaus Fehler denkbar, in denen eine Verwirkung von Abwehrensprüchen für die Vergangenheit in Betracht kommt.

IV. Sonstige Formen der freiwilligen Rechtsbeschränkung

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass in der Vergangenheit und auch heute weitere vergleichbare Phänomene existieren, die durch einen „Verzicht“ auf nicht benötigte Urheberrechte gekennzeichnet sind. Vergleichbare Konstellationen gab es bereits im analogen Zeitalter, wenn auch mit weit geringerer Bedeutung. Dort hatte jedoch auch das Urheberrecht für die alltäglichen Geschäfte der Allgemeinheit eine geringere Bedeutung und eine Verletzung von Urheberrechten war technisch weitaus schwieriger. Bekannt ist etwa der Aufdruck „Nachdruck gestattet“ oder „Nachdruck erlaubt“ auf Schriftwerken, deren Verbreitung vom Urheber ausdrücklich erwünscht war. Der Aufdruck ist damit eine Art analoger Vorgänger des heutigen Systems freier Lizenzen.⁴³⁴

Im Internet finden sich vergleichbare Konstellationen etwa bei der konkludenten Einwilligung in bestimmte typische Nutzungshandlungen durch die Veröffentlichung eines Werks im Internet. Nach der Vorschau-Bilder-Rechtsprechung des BGH willigt derjenige, der ein Werk im Internet veröffentlicht, in die dadurch ermöglichten typischen Nutzungshandlungen – etwa die Indexierung durch Suchmaschinen oder Ausdrücke – ein, wenn er keine möglichen technischen Vorkehrungen gegen diese Nutzungshandlungen unternimmt.⁴³⁵ Das bedeutet, dass allein durch den Akt der Veröffentlichung bestimmte typische Nutzungshandlungen ermöglicht werden, die andernfalls rechtswidrig wären. Die Vorteile der großen Reichweite einer Veröffentlichung im Internet werden somit dadurch erkaufte, dass in damit verbundene typische Nutzungshandlungen eingewilligt wird. Auch dabei handelt es sich letztlich um eine Art von freiwilligem Selbstregulierungsmechanismus innerhalb des gesetzlichen Rahmens, der aufgrund des Fehlens situationsangemessener gesetzlicher Regelungen notwendig geworden ist. Die Rechtsprechung hat hier bestimmte informelle Praktiken im Internet rechtlich eingeordnet und damit de facto anerkannt. Dem Rechtsinhaber steht es frei, sein Werk im Internet allgemein zugänglich zu machen. Tut er dies aber, muss er mit bestimmten Einschränkungen seiner Rechte leben.

434 *Rosenkranz*, Open Contents, S. 7; *Hartmann/Jansen*, Open Content - Open Access, S. 16.

435 BGH, Urt. v. 29.04.2010, GRUR 2010, 628 - Vorschau-Bilder; Urt. v. 19.10.2011, GRUR 2012, 602 - Vorschau-Bilder II; siehe hierzu ferner *Peukert*, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), Festschrift Wandtke, S. 459, 465 ff.

Auch in anderen Bereichen finden sich vergleichbare freiwillige Einschränkungen: In der Softwareentwicklung zeigt sich insbesondere unter jüngeren Entwicklern immer häufiger eine Geisteshaltung, die unter dem Begriff „Post Open Source Software“ bekannt wurde. Dahinter verbirgt sich die Ansicht insbesondere unabhängiger Softwareentwickler, sämtliche Urheberrechte an Software, d. h. auch OSS Lizenzen, seien letztlich überflüssig und Zeitverschwendung.⁴³⁶ Hintergrund sind einerseits ein geringer Glaube an die Legitimation und Notwendigkeit eines Softwareurheberrechts, andererseits die praktischen Probleme im Umgang mit freien Softwarelizenzen.⁴³⁷ Dieses Verhalten steht in engem Zusammenhang mit der steigenden Verwendung immer liberalerer Softwarelizenzen, d. h. der Verwendung von Softwarelizenzen, die nahezu unbeschränkte Rechte einräumen und nur minimale Pflichtenkataloge beinhalten. Beispiele für beliebte liberale Lizenzen sind etwa die MIT-⁴³⁸, Apache 2.0⁴³⁹ oder BSD-Lizenz.⁴⁴⁰

Zudem gibt es Bereiche, bei denen man eigentlich erwarten würde, dass Urheber- und andere Immaterialgüterrechte eine wichtige Rolle spielen müssten, in denen die Beteiligten gleichwohl im Regelfall auch ohne genaue rechtliche Regelungen gut auskommen. Dort entwickelten sich zwischen den Beteiligten selbst soziale Normen, die unabhängig vom Urheberrecht einen, für den jeweiligen Einzelbereich möglicherweise effektiveren oder zumindest vorteilhafteren Ausgleichsmechanismus etablierten. Nachgewiesen wurden derartige alternative Systeme etwa bei Spitzenköchen,⁴⁴¹ Unterhaltungskünstlern⁴⁴² sowie großen Teilen der Modebranche.⁴⁴³ Auch in der Kunst-Szene trifft man häufiger auf die Ansicht, dass das Urheberrecht eigentlich unnötig bzw. für den konkreten kreativen Bereich sogar schädlich sei, da Bereiche reguliert würden, die ohne jede Regulierung stärker florieren würden.⁴⁴⁴ Auch die Regelmäßigkeit, mit der Fragen des wirksamen Verzichts auf

436 Siehe hierzu etwa *Asay*, We're living in a post-open source world, veröffentlicht auf InfoWorld.com am 17.07.2014, abrufbar unter <http://www.infoworld.com/t/open-source-software/were-living-in-post-open-source-world-246448> [letzter Abruf 14.02.2019]; *Villa*, Pushing back against licensing and the permission culture, veröffentlicht auf lu.is Open Law and Strategy am 28.01.2013, abrufbar unter <http://lu.is/blog/2013/01/27/taking-post-open-source-seriously-as-a-statement-about-copyright-law/> [letzter Abruf 14.02.2019].

437 Siehe hierzu ausführlicher nachstehend unter Kap. 4 A. IV., V.

438 Der Lizenztext ist abrufbar unter <https://opensource.org/licenses/MIT> [letzter Abruf 14.02.2019].

439 Der Lizenztext ist abrufbar unter <http://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0> [letzter Abruf 14.02.2019].

440 Der Lizenztext der BSD-Lizenz ist abrufbar unter <https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause> [letzter Abruf 14.02.2019]. Siehe zur wachsenden Bedeutung immer liberalerer Lizenzen allgemein *Vaughan-Nichols*, The fall of GPL and the rise of permissive open-source licenses, veröffentlicht auf ZDNet am 16.12.2014, abrufbar unter <http://www.zdnet.com/article/the-fall-of-gpl-and-the-rise-of-permissive-open-source-licenses/> [letzter Abruf 14.02.2019].

441 Eine Untersuchung zur Herausbildung eines alternativen Systems des Nachahmungsschutzes unter Spitzenköchen erfolgte durch *Fauchart/Hippel*, *Organ. Sci.* 2008, S. 187.

442 Siehe zur Herausbildung eines alternativen Schutzsystems zwischen Stand-Up-Comedians in den USA siehe *Oliar/Sprigman*, *Va. L. Rev.* 2008, S. 1787.

443 *Fauchart/Hippel*, *Organ. Sci.* 2008, S. 187.

Urheberrechte immer wieder aufkommen,⁴⁴⁵ belegt in gewissem Sinne, dass ein Interesse an der Möglichkeit freiwilliger Einschränkung des Urheberrechts seit jeher gegeben war.

Insgesamt ist zu erkennen, dass es neben den hier ausführlicher behandelten Fällen weitere Konstellationen gibt, in denen das Urheberrecht als suboptimale Lösung für die beteiligten Interessen angesehen wird und in denen daher mit Hilfe alternativer Mechanismen versucht wird, die Bedeutung des Urheberrechts durch freiwillige Maßnahmen der Urheber zu begrenzen.

B. Gemeinsamkeiten und Bedeutung

Alle die verschiedenen Arten freier Lizenzen, Konstellationen der geduldeten Nutzung und Vereinbarungen mit Plattformbetreibern weisen bei allen Unterschieden im Detail eine Reihe interessanter Gemeinsamkeiten auf. Die Feststellung dieser Gemeinsamkeiten erlaubt es, weitergehende Überlegungen zum Verhältnis informeller Praktiken, sozialer Normen und gesetzlicher Regelungen anzustellen. Interessant ist dabei insbesondere, ob es sich hier um eine atypische Ausnahmesituation handelt oder ob diese Formen von Selbstregulierung für Ausschließlichkeitsrechte typisch sind. Lässt eine starke Abweichung zwischen geschriebenem Recht und sozialer Praxis die Legitimation des Rechts schwinden oder ist sie Beleg für seine Vielfältigkeit? Sind Ausschließlichkeitsrechte das richtige Mittel zur Lösung dieser Interessenkonstellationen?

I. Gemeinsamkeiten der Selbstregulierungsansätze

Bei allen vorgenannten Selbstregulierungsansätzen handelt es sich um Sachverhalte, bei denen eine zu erwartende oder bereits ausgeübte Art der Nutzung oder Weiterverwendung eines bestehenden Werks einen Eingriff in gesetzlich festgeschriebene Ausschließlichkeitsrechte darstellen würde. Der Rechtsinhaber erteilt in sehr unterschiedlicher rechtlicher Form und Wirkung seine „Zustimmung“ zu einer Nutzung oder Weiterverwendung und legitimiert dadurch die Handlung in gewissen Grenzen. Diese Zustimmung wird bereits im Voraus für erst in der Zukunft zu erwartende Nutzungen oder Weiterverwendungen erteilt. Bei freien Lizenzen geschieht dies durch die Veröffentlichung eines Werks unter einer freien Lizenz, bei geduldeter Nutzung durch die Wirkung einer billigenden Haltung auf künftige Nutzerhandlungen bzw. die Vereinbarung zwischen Plattformbetreiber und Rechtsinha-

444 *o.V.*, Harv. L. Rev. 2005, S. 1940; *Ullrich*, Das Urheberrecht als Mittel der Markt- und Diskurskontrolle - Essay - Perlentaucher, veröffentlicht auf Perlentaucher.de am 07.11.2016, abrufbar unter https://www.perlentaucher.de/essay/das-urheberrecht-als-mittel-der-markt-und-diskurskontrolle.html?nle_id=6858 [letzter Abruf 14.02.2019]; *Becker u. a.*, Mehr Rechte gegen die Kunst?, veröffentlicht auf derstandard.at am 26.01.2012, abrufbar unter <http://derstandard.at/1326503743951/Mehr-Rechte-gegen-die-Kunst> [letzter Abruf 14.02.2019].

445 Siehe hierzu etwa *Seetzen*, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht; später BGH, Urt. 26.02.1995, GRUR 1995, 673, Tz. 23 ff. - Mauer-Bilder; oder *Hilty*, in: Becker (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, S. 259.

ber für künftige Rechtsverletzungen von Nutzern. Auch bei der Einwilligungs-
lösung des BGH für typische Nutzungshandlungen⁴⁴⁶ im Internet wird mit der Ver-
öffentlichung in erst künftig zu erwartende Handlungen eingewilligt.

Der Eingriff, der durch die Zustimmung legalisiert wird, erfolgt von Seiten des
Handelnden häufig ohne Unrechtsbewusstsein, weil er sozial akzeptiert ist. Der
Handelnde sieht typischerweise lediglich die technische Möglichkeit, ein fremdes
Werk in einer bestimmten Weise nutzen zu können, und hält dies für legitim. Zum
Teil werden daher Handlungen legalisiert, die ohnehin – nur rechtswidrig – stattge-
funden hätten. Im Fall freier Lizenzen dürfte jedoch eine darüber hinausgehende Si-
gnalwirkung zu noch weitaus mehr Nutzungen führen. Typisch ist ferner, dass die
Nutzung des Werks zur Verfolgung eigener kommunikativer oder kreativer Zwecke
erfolgt. Nutzer handeln innerhalb dieser Selbstregulierungsformen somit häufig in
Wahrnehmung ihrer Selbstentfaltungs-, Meinungs-, Informations- oder Kunst-
freiheit.

In Situationen, in denen der Nutzer erkennt, dass er für die von ihm beabsichtigte
Handlung (möglicherweise) in fremde Rechte eingreift, geht er gleichwohl häufig
aufgrund bestimmter Umstände davon aus, dass der Rechtsinhaber im Vorfeld in
irgendeiner Form seine „Zustimmung“ erteilt hat oder zumindest gegen die konkre-
te Form der Nutzung nichts einzuwenden hat. Er geht bereits vor Vornahme einer
Handlung davon aus, dass diese Handlung zumindest de facto „in Ordnung“ ist,
und hält sich somit, wenn auch möglicherweise fälschlicherweise, für berechtigt.⁴⁴⁷
Bei geduldeter Nutzung resultiert diese Annahme einer Zustimmung aus dem für
den Nutzer sichtbaren Verhalten des Berechtigten bzw. der Kenntnis, dass trotz be-
stehender Filtermöglichkeiten nichts unternommen wird, bei freier Lizenzierung
aus der Angabe, ein Werk sei unter einer bestimmten freien Lizenz nutzbar.

Typischerweise erhält der Rechtsinhaber für diese von ihm gebilligten Nutzungs-
handlungen keine unmittelbare Gegenleistung vom Handelnden selbst, sondern er-
hofft sich eine Vergütung für andere Leistungen, gegebenenfalls mittelbar, erhält
eine solche von Dritten oder handelt aus anderen, nicht-monetären Gründen. Es ist
seine eigene Entscheidung, die „Zustimmung“ zu diesen Nutzungshandlungen ohne
unmittelbares Entgelt zu erteilen. Obwohl er seine gesetzlichen Rechte auch gegen-
über diesem Nutzer durchsetzen könnte, verzichtet er aus unterschiedlichen Grün-

446 Siehe hierzu BGH, Urt. v. 06.12.2007, GRUR 2008, 245, Tz. 27 – Drucker und Plotter; Urt. v.
29.04.2010, GRUR 2010, 628, Tz. 37 – Vorschaubilder I.

447 Greenberg, U. Colo. L. Rev. 2014, S. 53, 55.

den auf eine vollumfängliche Geltendmachung seiner Rechte. Oftmals spielt es bei dieser Entscheidung aus Sicht des Rechtsinhabers eine Rolle, dass der Eingriff aus Sicht des Handelnden mit einem eigenen kreativen oder kommunikativen Hintergrund erfolgt oder dass dieser mit dem Eingriff keinen unmittelbaren eigenen wirtschaftlichen Gewinn unter einseitiger Ausnutzung des betroffenen Rechts anstrebt.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass es sich um verschiedene Arten des Umgangs mit gesetzlich garantierten Ausschließlichkeitsrechten handelt, deren Charakteristikum es ist, mit Blick auf kreative, kommunikative und soziale Realitäten eigene Ausschließlichkeitsrechte selbst in gewissem Umfang einzuschränken.

II. Selbstregulierung im Urheberrecht

Nun ist die Erkenntnis, dass geschriebenes Recht und gelebte Praxis auseinanderfallen, in vielen Rechtsbereichen alles andere als neu und ungewöhnlich. Die tatsächliche gesellschaftliche Regulierung erfolgt – je nach Rechtsgebiet – selten allein durch gesetzliche Bestimmungen, sondern vielmehr durch eine Mischung aus geschriebenem Recht, Sitten, Gebräuchen und sozialen Normen zum Umgang mit diesem Recht.⁴⁴⁸ Je nach Rechtsgebiet haben dabei entweder soziale Normen oder staatliche Regulierungsentscheidungen ein größeres Gewicht. Teilweise entsprechen soziale Normen den gesetzlichen Regelungen, teilweise weichen sie hiervon ab. Häufig haben formelle und informelle private Praktiken starken Einfluss auch auf spätere gesetzgeberische Entscheidungen.⁴⁴⁹ Jedes Rechtsgebiet, das eine privatautonome Entscheidung einzelner Personen ermöglicht, lässt damit stets Raum für bestehende oder noch zu entwickelnde alternative Normensysteme.⁴⁵⁰ Eine soziale Norm ist dabei im Verhältnis zum geschriebenen Recht keineswegs stets „schlechter“ oder „besser“, sie kann interessengerechter, flexibler oder weiter entwickelt sein als das Recht, sie kann aber auch unfair oder ungerecht sein.⁴⁵¹

Es handelt sich somit zunächst einmal um einen von vielen möglichen Wegen des Umgangs mit Urheberrechten. Auch informelle Praktiken im Umgang mit Urheberrechten stellen eine Art dispositives Recht dar.⁴⁵² Freie Lizenzen sind dabei nichts anderes als der Versuch, bestehende soziale Praktiken im Umgang mit Werken in eine standardisierte Form zu gießen.⁴⁵³ Dasselbe gilt letztlich für Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und Plattformbetreibern. Auch dort wird versucht, informelle Praktiken des kreativen Teilens durch Parteivereinbarungen in gewissem Umfang zu kontrollieren.

448 *Ellickson*, Order Without Law; *Hetcher*, U. Pa. L. Rev. 2009, S. 1869, 1873; *De Filippi*, Copyright Law in the Digital Environment, S. 37.

449 *Schoff Curtin*, IDEA 2013, S. 103, 105.

450 Zum Verhältnis gesetzlicher Regelung und informeller Praktiken bei Eigentumsrechten ausführlich *Merrill/Smith*, Yale L.J. 2000, S. 1, 54 ff.

451 *Hetcher*, U. Pa. L. Rev. 2009, S. 1869, 1874; *Rothman*, Va. L. Rev. 2007, S. 1899, 1972.

452 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1463.

453 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1540.

Bei anderen Ausschließlichkeitsrechten gibt es vergleichbare Konstellationen, in denen der Rechtsinhaber seine Ansprüche nicht in vollem Umfang durchsetzt, auf sie „verzichtet“ oder Rechtsverletzungen bewusst hinnimmt. Man könnte sogar so weit gehen, zu sagen, dass es zum Wesen von Ausschließlichkeitsrechten gehört, dass der Rechtsinhaber selbst darüber entscheiden kann, ob und was er mit seinem Recht macht, ob und wann er es durchsetzen will.⁴⁵⁴ Diese Entscheidung erfolgt jedoch nie im leeren Raum. Der Rechtsinhaber kann selbst in Abhängigkeit von den jeweiligen wirtschaftlichen, sozialen und moralischen Gegebenheiten entscheiden. Auch der Urheber sieht sich bei der Durchsetzung seiner Rechte oftmals an soziale Normen gebunden, die ihm ein Vorgehen gegen bestimmte Rechtsverletzungen faktisch erschweren.⁴⁵⁵ Im Rahmen der Rechtsdurchsetzung können soziale Normen und Moral somit sogar eine größere Rolle spielen als das Gesetz.⁴⁵⁶

In vielen Fällen ist ein gewisses Maß informeller Prozesse von großer Bedeutung für das Funktionieren des gesamten Regulierungssystems des jeweiligen Rechtsgebiets. Es ist gewissermaßen Selbstschutz gegen die Ineffizienzen gesetzgeberischer Entscheidungen und in bestimmtem Umfang zwingendes Element jeder gesetzlichen Regulierung. Schließlich erlauben informelle Praktiken einen wesentlich dynamischeren und individuelleren Umgang zwischen Individuen, als ihn der Gesetzgeber je vorab festlegen könnte.⁴⁵⁷ Gerade solche informellen, unscharfen und offenen Prozesse können dabei auch einen guten Nährboden für Kreativität bilden, wenn sie Freiräume schaffen, die vom Gesetz nicht vorgesehen sind.⁴⁵⁸ Teilweise wird ein gewisses Maß an Selbstregulierung daher als zwingendes Mittel für eine möglichst exakte „Kalibrierung“ des urheberrechtlichen Interessenausgleichs und maximaler ökonomischer Effizienz angesehen.⁴⁵⁹

Problematisch werden derartige Prozesse erst, wenn sie den gesetzlichen Wertungen zuwider laufen, sie torpedieren und wenn einzelne Beteiligte hierdurch einseitig Rechtssetzung betreiben können.⁴⁶⁰ Wenn einzelne Akteure ungleiche Einflussmöglichkeiten auf die Etablierung informeller Prozesse erhalten, wird auch der dadurch erreichte Ausgleich im Zweifel einseitig sein.⁴⁶¹ Wie anhand der vorgenann-

454 *Zittrain*, in: Brownsword/Yeung (Hrsg.), *Regulating Technologies*, S. 125, 147.

455 *McKay*, *Regent U. L. Rev.* 2011, S. 117, 131.

456 *Ellickson*, *Yale Faculty Scholarship Series* 1998, S. 537; grundlegend zum Verhältnis gesetzlicher und sozialer Normen *Ellickson*, *Order Without Law*; *Cohen u. a.*, NBER Working Paper No. 7552, 2000, kamen im Rahmen einer Studie zur Erkenntnis, dass US-Unternehmen im Bereich der Forschung und Entwicklung in der Auseinandersetzung mit Wettbewerbern und Rechtsverletzern ihnen zustehende Ausschließlichkeitsrechte nur als ultima ratio einsetzen.

457 *Lee*, *U. Ill. L. Rev.* 2008, S. 1459, 1546; *Spindler*, in: Hilty (Hrsg.), *Schutz von Kreativität und Wettbewerb*, S. 287, 307; *Goss*, *Chi.-Kent L. Rev.* 2007, S. 963, 970.

458 Siehe hierzu ausführlicher nachstehend unter Kap 3 B. II. 2. sowie etwa *Levine*, *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 2013, S. 717, 721; *Lee*, *U. Ill. L. Rev.* 2008, S. 1459.

459 *Greenberg*, *U. Colo. L. Rev.* 2014, S. 53, 83; *Leistner*, *ZGE/IPJ* 2009, S. 403, 439; *Maracke/Weitzmann*, in: Helfrich (Hrsg.), *Wem gehört die Welt?*, S. 178, 180.

460 *Balganesh*, *S. Cal. L. Rev.* 2012, S. 723.

461 *Wiebe*, in: Taeger/Wiebe/Kilian (Hrsg.), *Festschrift Kilian*, S. 603, 613.

ten Beispiele deutlich wird, wächst insbesondere im Internet die Bedeutung von Selbstregulierungsprozessen und sozialen Normen für den Umgang mit Urheberrechten.⁴⁶² Das Urheberrecht ist jedoch auch geradezu prädestiniert für die Entwicklung verschiedener Selbstregulierungsmechanismen. Dies liegt an einigen – im Vergleich zu anderen subjektiven Rechten – Besonderheiten des Urheberrechts, die für das Verhältnis von gesetzgeberischen Entscheidungen und informellen Praktiken relevant sind:

Zunächst ist das Urheberrecht kein gewöhnliches Ausschließlichkeitsrecht. Seine Besonderheit liegt darin, dass es einerseits das Ergebnis eines kreativen Prozesses ist, andererseits selbst immer wieder Grundlage für neue kreative Prozesse werden kann. Es ist somit – wie auch das Patentrecht – Produkt und Ressource desselben Prozesses.⁴⁶³ Der Urheber eines Werks ist auf den Inhalt anderer Werke angewiesen. Seine schöpferische Tätigkeit erfolgt nicht im leeren Raum, sondern innerhalb seines gegenwärtigen kulturellen Raums. Dieser kulturelle Raum bietet, zusammen mit individuellem Wissen und Erfahrungen, die kreative Sprache und die Rohstoffe für die Schaffung des eigenen Werks. Zugleich ist dieser kulturelle Raum die Echo-kammer, in der das Werk wiederum von Dritten wahrgenommen und rezipiert wird. Anders als etwa das Eigentum ist das Urheberrecht daher in hohem Maße auf andere Werke angewiesen und mit ihnen in vielfältiger Form verknüpft. Darüber hinaus sind urheberrechtlich geschützte Inhalte oftmals Medium der Kommunikation zwischen Individuen. Das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht reguliert somit nicht einfach nur eine Vermögenszuordnung, sondern auch Möglichkeiten und Grenzen des Meinungs-austauschs und kreativer Ausdrucksmöglichkeiten von Individuen. Des Weiteren ist das Urheberrecht in seiner Reichweite stets in weitaus größerem Maße von den aktuellen technischen Möglichkeiten abhängig als andere Ausschließlichkeitsrechte bzw. ändert seine Gestalt mit neuen technischen Möglichkeiten – man denke nur an Druckerpressen, Fotokopierer oder Musikkassetten. Sein Bestand kann durch den Gesetzgeber daher immer nur in Abhängigkeit der jeweiligen technischen Möglichkeiten geregelt werden.

Daraus folgt zweierlei: Aufgrund der hohen Abhängigkeit von den jeweils bestehenden technischen Möglichkeiten ist das Urheberrecht zum einen besonders anfällig für Praktiken, die sich bei der Verbreitung neuer Technologien in Abweichung von den bisherigen gesetzlichen Leitentscheidungen entwickeln.⁴⁶⁴ Zum anderen hat die Frage, wie das geschriebene Recht tatsächlich gelebt wird, eine hohe Bedeutung für jegliche Form der Kommunikation, Kultur und Schaffung neuer Werke.⁴⁶⁵ Das bedeutet, dass sich soziale Praktiken einerseits schneller entwickeln als bei an-

462 *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 194; *Hua*, More Balanced Approach, S. 198, spricht insoweit von einer immer häufiger anzutreffenden Form der „freiwilligen Liability Rule“. Solange sich der Nutzer in bestimmten individuell unterschiedlichen Grenzen bewegt, hat er nichts zu befürchten.

463 Im Patentrecht stellen sich insbesondere im Zusammenhang mit standardessentiellen Patenten ähnliche Probleme. Siehe hierzu und zu möglichen Lösungsansätzen jenseits des Kartellrechts etwa umfassend *Hilty/Slowinski*, GRUR Int. 2015, S. 781.

464 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1541.

deren Ausschließlichkeitsrechten, zugleich aber auch eine weitaus größere Bedeutung haben.

Nun ließe sich auch argumentieren, dass überhaupt keine Diskrepanz zwischen gesetzlichen Leitentscheidungen und alltäglicher Praxis im Internet besteht. Indem der Gesetzgeber dem Urheber weitreichende Ausschließlichkeitsrechte eingeräumt und ihn mit vielfältigen Handlungsoptionen ausgestattet hat, könnten auch alle oben genannten Praktiken durchaus vom Zweck der gesetzlichen Regelung umfasst sein. Es könnte eine zulässige gesetzgeberische Erwägung sein, lieber zu viele Rechte einzuräumen, die im Zweifelsfall dann einfach nicht durchgesetzt werden, als zu wenig Rechte einzuräumen, was anderweitige Nachteile nach sich ziehen könnte.

Das Urheberrecht ist wie jedes Ausschließlichkeitsrecht darauf angewiesen, vom Gesetzgeber ausgestaltet zu werden. Das bedeutet, dass die für das jeweilige Recht wesentlichen Rechte und Pflichten vom Gesetzgeber festgelegt werden müssen und nicht allein den Praktiken des Marktes oder der Kraft des Faktischen überlassen werden dürfen. Es spricht daher wenig dafür, dass sie ein Beleg für die Vielfältigkeit der gesetzlichen Möglichkeiten ist, sondern viel dafür, dass diese Diskrepanz ein starkes Indiz dafür ist, dass die bisherigen gesetzgeberischen Entscheidungen zur Regulierung des digitalen Urheberrechts im besten Fall realitätsfern und überflüssig, schlimmstenfalls aber schädlich für Kreativität, Kultur und Kommunikation waren. Ob und inwieweit angesichts der dargestellten Prozesse neue gesetzgeberische Entscheidungen nötig sind, wird anhand der folgenden Kapitel, welche sich mit den Hintergründen, Vor- und Nachteilen dieser Prozesse beschäftigen, deutlich werden.

Eine hiervon zu trennende Frage ist, welchen Einfluss diese festgestellte Diskrepanz zwischen den gesetzgeberischen Entscheidungen zur Gestaltung des digitalen Urheberrechts und der tatsächlich gelebten Praxis auf die Legitimation dieser gesetzgeberischen Entscheidung hat. Widerlegt die Tatsache, dass digitale Urheberrechte in sehr weitem Umfang trotz entsprechender Möglichkeiten nicht durchgesetzt werden, die hinter der gesetzlichen Regelung stehende Erwägung, das Urheberrecht müsse auch auf solche Nutzungshandlungen ausgedehnt werden?⁴⁶⁶ Zeigen sich hier möglicherweise schlicht die Grenzen des dogmatischen Konzepts von Ausschließlichkeitsrechten für ein eher von heterarchischen Netzwerken als hierarchischen Produktionsentscheidungen geprägtes Gut? Könnte es sein, dass das Urheberrecht zu stark auf den individuellen Rechtsinhaber fokussiert ist und den kommunikativen, vernetzten, sozialen und bei der Schöpfung neuer Werke iterativen Charakter kreativer Tätigkeit übersieht? Sind die Selbstregulierungstendenzen und das Problem, eine angemessene Lösung für massenhafte marginale Rechtsver-

465 Siehe allgemein zu den Voraussetzungen, unter denen sich informelle Prozesse entwickeln *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1494 ff.

466 Zur Möglichkeit des Einflusses der gegenwärtigen Praktiken im Internet auf künftige (soziale) Normen siehe *Niv*, *The Socio-Economic Contribution of Creative Commons*, S. 19.

letzungen zu finden,⁴⁶⁷ ein Beleg für diese Vermutung? Im besten Fall würde dies bedeuten, dass das digitale Urheberrecht in vielen Fällen eigentlich überflüssig ist; im schlimmsten Fall bedeutet es, dass die zu starke Fixierung auf den Inhaber des Ausschließlichkeitsrechts schädliche Auswirkungen auf eine Vielzahl anderer Bereiche hat.

467 *Wu, Colum. J.L. & Arts* 2008, S. 617, 617.

Kapitel 3: Selbstregulierung aus ökonomischer und psychologischer Perspektive

Da die zuvor vorgestellten Selbstregulierungsansätze vor allem im digitalen Umfeld immer stärker an Bedeutung gewinnen, drängt sich die Frage auf, wieso Individuen und Unternehmen kreative Werke unter freien Lizenzen veröffentlichen oder davon profitieren, Rechtsverletzungen nicht zu verfolgen. Eine genauere Untersuchung der hinter diesen Ansätzen stehenden ökonomischen Theorien kann möglicherweise Unterschiede zum klassisch ökonomischen Modell aufzeigen und damit klären, ob diese Prozesse aus ökonomischer Sicht sinnvoller sein könnten als die bisherigen ökonomischen Modelle des Urheberrechts.

Darüber hinaus erscheint es an dieser Stelle sinnvoll, die Zusammenhänge zwischen Urheberrecht und kreativem Handeln aus Sicht der Psychologie näher zu beleuchten und zu fragen, ob das Urheberrecht, im Gegensatz zu den Selbstregulierungsprozessen, möglicherweise von falschen Vorstellungen über kreative Prozesse ausgeht. Auf diesem Wege beantwortet sich möglicherweise auch die Frage, wieso Menschen überhaupt kreativ tätig werden und die Ergebnisse ihres kreativen Handelns auf möglichst einfache Art und Weise mit Anderen teilen wollen.

A. Ökonomische Hintergründe der Selbstregulierung

Die bewusste Duldung von Rechtsverletzungen, vor allem aber die gezielte Verwendung freier Lizenzen und anderer Mechanismen, die eine freiwillige Beschränkung eigener Rechte beinhalten, werfen Zweifel an der gängigen ökonomischen Rechtfertigung des Urheberrechts auf. So fragt sich, ob die bisherigen ökonomischen Theorien zum Urheberrecht die einzigen Modelle sind, anhand derer man die Erstellung und Verbreitung kreativer Werke umschreiben und untersuchen werden kann oder ob hinter diesen Selbstregulierungsansätzen nicht andere Modelle stehen könnten, die im Vergleich zum geltenden Urheberrecht aus verschiedenen Gründen ökonomisch vorteilhaft sind.

I. Ökonomische Analyse des Urheberrechts

Zur Beantwortung dieser Frage bietet die ökonomische Analyse des Rechts als Querschnittsmaterie einen sinnvollen Analyserahmen. Der im angloamerikanischen Raum verbreitete „law and economics“-Ansatz gehört inzwischen auch in der deutschen Rechtswissenschaft zu einer anerkannten Methode der Analyse von Normen und ihren Auswirkungen.⁴⁶⁸ Aus der Analyse lassen sich im Idealfall Schlussfolgerungen für Gesetzesanwendung und Gesetzgebung ableiten. Die ökonomische Analyse soll andere rechtliche Analysemethoden nicht ersetzen. Sie soll die Analyse komplettieren, indem rechtliche Fragen nach objektiv-sachlichen, wirtschaftlichen Gesichtspunkten analysiert und die daraus gewonnenen Erkenntnisse gemeinsam mit anderen Faktoren zum Gegenstand rechtlicher Überlegungen gemacht werden.⁴⁶⁹ Aus urheberrechtlicher Sicht erfolgten erste tiefer gehende Analysen in den USA seit den 1960er und 1970er Jahren.⁴⁷⁰ Hierbei wurden u. a. von *Coase*, *Calabresi* und *Posner* verschiedene Modelle und Begründungsansätze entwickelt, um die Funktionen von Immaterialgüterrechten zu beschreiben und zu analysieren.⁴⁷¹ Um die ökonomischen Besonderheiten der Selbstregulierungsansätze zu verstehen, ist daher zunächst eine kurze Darstellung der bisherigen ökonomischen Theorien zum Urheberrecht erforderlich.

468 Siehe hierzu allgemein *Mestmäcker*, in: Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.), *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik*, S. 103; *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip; zum Urheberrecht: Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484; *Bischoffshausen*, *Ökonomische Rechtfertigung; Reich*, *Ökonomische Analyse*.

469 *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484, 488.

470 *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, S. 461, 462; zur Geschichte des „Law and Economics“-Ansatzes ausführlicher *Elkin-Koren/Salzberger*, *Law and Economics of IP in the Digital Age*, S. 50 ff.

471 Siehe umfassend *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law; Peukert*, in: *Hilty* (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, S. 11, 15 ff.; *Reich*, *Ökonomische Analyse; Stallberg*, *Urheberrecht und moralische Rechtfertigung*, S. 231 ff.; *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484.

1. Anreizparadigma

Aus ökonomischer Sicht wurde die Funktion des Urheberrechts traditionell darin gesehen, einen Anreizmechanismus für die Produktion und Verbreitung neuer Werke bereitzustellen.⁴⁷² Auch dem deutschen Urheberrecht sind diese Erwägungen nicht völlig fremd, jedoch i. d. R. nur einer von mehreren Begründungsansätzen.⁴⁷³ Bedeutung für das deutsche Urheberrecht erhält das dieser Begründungsansatz vor allem durch die Festlegung dieser Begründung im Rahmen internationaler Verträge und des EU-Rechts.⁴⁷⁴

Immaterielle Güter wie z. B. Ideen weisen die Besonderheit auf, dass andere Personen nicht ohne Weiteres von einer Nutzung der Ideen oder Gestaltungen ausgeschlossen werden können („Non-Exklusivität“). Ferner können sie zeitgleich von einer unendlichen Zahl an Personen genutzt werden („Non-Rivalität“). Sie sind damit klassische öffentliche Güter im Sinne der ökonomischen Lehre, wie z. B. Straßenbeleuchtung oder Klimaschutz.⁴⁷⁵ Die klassische Anreizthese besagt, dass die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten Voraussetzung dafür ist, dass der Markt überhaupt Immaterialgüter bereitstellt. Da das Werk andernfalls von jedem frei genutzt werden könnte, hätte der Markt anders keinen Anreiz, in derartige Güter zu investieren. Nur dann, wenn der Schöpfer eines Werks durch das dafür verliehene Ausschließlichkeitsrecht die Möglichkeit erhält, seinen im Werk enthaltenen Aufwand zu amortisieren, würden in ausreichendem Maße immaterielle Güter geschaffen werden.⁴⁷⁶ Ohne die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten würde

472 Hansen/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR Int. 2007, S. 461, 463 f.; ausführlich bei Elkin-Koren/Salzberger, Law and Economics of IP in the Digital Age, S. 57 ff.; Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 129 ff.

473 Loewenheim in: Loewenheim, § 1 Rn. 4; Ohly, in: Ohly/Klippel (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 1, 5.

474 So lautet etwa Art. 7 TRIPS: „Der Schutz und die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums sollen zur Förderung der technischen Innovation sowie zur Weitergabe und Verbreitung von Technologie beitragen“. In Erwägungsgrund 4 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG heißt es: „Ein harmonisierter Rechtsrahmen zum Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte wird durch erhöhte Rechtssicherheit und durch die Wahrung eines hohen Schutzniveaus im Bereich des geistigen Eigentums substantielle Investitionen in Kreativität und Innovation einschließlich der Netzinfrastruktur fördern“. Auch Erwägungsgrund 10 geht vom Anreizparadigma aus. Hierauf wurde zurecht hingewiesen von Ohly, in: Ohly/Klippel (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 1, 4.

475 Peukert, in: Hilty (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11, 14; kritisch zur Einstufung von Werken als öffentliches Gut mit einigen interessanten Gedanken Brintzinger, Leviathan 2010, S. 331, 341 f.

476 Peukert, in: Hilty (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11, 13; Hansen/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR Int. 2007, S. 461, 463.

hingegen eine „Tragik der Allmende“⁴⁷⁷ drohen, d. h. jedermann würde diese Güter nach Belieben nutzen und es gäbe keinen Grund, neue Werke zu erschaffen.⁴⁷⁸

In neueren Veröffentlichungen wird der Gedanke stärker betont, dass eine vollständige Zuweisung sämtlicher aus der Schöpfung eines Werks ableitbarer positiver Externalitäten⁴⁷⁹ zugunsten des Schöpfers zu gravierenden Nachteilen wie erschwertem Zugang, höheren Kosten und Monopolstellungen führen kann.⁴⁸⁰ Die optimale Ausgestaltung soll daher in einer optimalen Balance zwischen dem zur Werkproduktion nötigen Anreiz und den durch die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts entstehenden Nachteilen zu suchen sein.⁴⁸¹ Der Vorteil eines solchen Modells liegt darin, dass es von vornherein auch negative Auswirkungen des Ausschließlichkeitsrechts berücksichtigt und der möglichen Optimierung von Zugang und Nutzung ein eigenständiges Gewicht zuweist.⁴⁸²

2. Neoklassischer Property-Rights-Ansatz

Der neoklassische Property-Rights-Ansatz (in Deutschland ist hierfür auch der Begriff „Funktionstheorie“ geläufig) geht hingegen davon aus, dass es Zweck des Urheberrechts sei, einen Markt für das immaterielle Gut zu erzeugen.⁴⁸³ Erst durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten werden immaterielle Güter handelbar und erlauben durch entsprechende Markttransaktionen eine effiziente Produktion und Verwertung immaterieller Güter.⁴⁸⁴ Der durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten erzeugte Markt führt schließlich dazu, dass wirtschaftlich denkende Personen von sich aus, durch private Verhandlungen, zu einer optimalen Verteilung und Produktion immaterieller Güter gelangen.⁴⁸⁵ So sorgt der Markt dafür, dass stets ein der Nachfrage entsprechendes Maß an immateriellen Gütern produziert und verbreitet wird.⁴⁸⁶ Diese Wirkung des Markts rechtfertigt es, dem Urhe-

477 Der Begriff stammt aus dem einflussreichen Beitrag von *Hardin*, *Science* 1968, S. 1243, in welchem er anhand verschiedener öffentlicher Güter darlegt, dass ohne eine Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten (für Privatpersonen oder den Staat) sich jeder nach Belieben daran bedienen würde und so das jeweilige Gut erschöpfen würde.

478 Siehe hierzu ausführlicher *Peukert*, in: Hilty (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, S. 11, 15; *Elkin-Koren/Salzberger*, *Law and Economics of IP in the Digital Age*, S. 118 ff.; instruktiv zur *Tragedy of Commons* auch *Osterloh/Luethi*, in: Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 145, 146 ff.

479 Gemeint sind positive Auswirkungen ökonomischer Entscheidungen auf unbeteiligte Marktteilnehmer, etwa die Möglichkeit des Werkgenusses.

480 *Leistner*, *ZGE/IPJ* 2009, S. 403, 409; *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, S. 52 f.

481 *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, *GRUR Int.* 2007, S. 461, 463.

482 *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, *GRUR Int.* 2007, S. 461, 464.

483 *Netanel*, *Yale L.J.* 1996, S. 283, 308; *Hansen*, *Warum Urheberrecht?*, S. 170 ff.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, *GRUR Int.* 2007, S. 461, 464.

484 *Wielsch*, *ZGE/IPJ* 2013, S. 274, 278; ausführlich bei *Elkin-Koren/Salzberger*, *Law and Economics of IP in the Digital Age*, S. 115 ff.

485 Siehe hierzu etwa *Goldstein*, *Copyright's Highway*, S. 178f., 218; *Merges*, *Colum. L. Rev.* 1994, S. 2655, 2656.

486 *Netanel*, *Yale L.J.* 1996, S. 283, 309, 318 f.

ber möglichst umfassende Rechte einzuräumen. Nur dann, wenn möglichst alle positiven Externalitäten des Werks auf dem Markt handelbar werden, ist eine optimale Verteilung möglich. Eine vom Gesetz vorgesehene Balance wie beim klassischen Anreizparadigma ist nach diesem Modell nicht nötig, da der Markt eine solche Balance von alleine bereitstellen wird.⁴⁸⁷

Hierbei erscheint es zunächst fraglich, ob die alleinige Fokussierung auf das Merkmal der ökonomischen Effizienz tatsächlich geeignet ist, Kreativität zu fördern – schließlich ist die Produktion von unkreativer Massenware oftmals ökonomisch sinnvoller als die Produktion tatsächlich individueller, kreativer Werke.⁴⁸⁸ Zudem geht das Modell illusorisch vom Fehlen jeglicher Transaktionskosten, vollständiger Information aller Marktteilnehmer und rein rational ökonomisch handelnder Akteure aus.⁴⁸⁹ Es ist daher eher zweifelhaft, ob der Property-Rights-Ansatz tatsächlich ein taugliches Modell für die Regelung von Immaterialgüterrechten darstellt.

3. Neuere Ansätze und Theorien

Ausgehend vom Property-Rights-Ansatz wurde mit Hilfe der Institutionenökonomik versucht, die Schwächen dieses Ansatzes zu beheben. Die Institutionenökonomik geht realitätsnäher davon aus, dass nicht alle Marktteilnehmer über vollständige Informationen verfügen, jegliche Markthandlung Transaktionskosten verursacht und die Akteure nicht nur ökonomisch-rational und egoistisch handeln.⁴⁹⁰ Die Transaktionskostenökonomik als Teilgebiet der Institutionenökonomik geht dabei davon aus, dass es gerade die Aufgabe des Staats sei, die Kosten von Markttransaktionen durch Schaffung von Regeln soweit wie möglich zu senken, um die Effizienz des Markts zu steigern. Das Urheberrecht wäre nach dieser Theorie daher primär ein Weg, um durch Senkung der Transaktionskosten für den Handel mit immateriellen Gütern Zahl und Ausmaß der Markttransaktionen zu erhöhen. Dies soll, so die Theorie, einerseits zu einer größtmöglichen wirtschaftlichen Partizipation der Schöpfer und andererseits zu einem möglichst effizienten Zugang zu Nutzungsrechten führen.⁴⁹¹

Damit verwandt sind neuere Ansätze, die – ebenfalls auf dem Boden des Property-Rights-Ansatzes – davon ausgehen, dass keineswegs sämtliche positiven Externalitäten durch das Urheberrecht internalisiert werden müssen, um eine effiziente Ressourcenallokation zu erreichen. Lediglich diejenigen Rechte, die erforderlich seien,

487 Siehe hierzu die Darstellungen bei *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 329, FN 1726; *Netanel*, Yale L.J. 1996, S. 283, 310; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, S. 461, 464; *Merges*, Cal. L. Rev. 1996, S. 1293.

488 Dies betont insbesondere *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 409.

489 *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, S. 461, 464; zu weiteren Kritikpunkten ausführlicher *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 178 ff.

490 Siehe hierzu ausführlicher *Jolls u. a.*, Stanford L. Rev. 1998, S. 1471; ferner *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, S. 461, 465.

491 *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, S. 461, 465; *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 408.

eine Unterproduktion von Werken zu verhindern, seien nötig. Diese Ansätze erkennen somit an, dass zu weitreichender Schutz schädlich sein kann, weil er durch falsche Anreize zu Verzerrungen führen kann und seinerseits die Kosten des Informationszugangs und der transformativen Werknutzung erhöht.⁴⁹² Dieser Ansatz versucht somit die Balance-Erwägungen des Anreizparadigmas mit den Möglichkeiten des marktbasiereten Property-Rights-Ansatzes zu verbinden.⁴⁹³

4. Zwischenergebnis und kritische Bewertung

Die vorstehenden Ausführungen zeigen einen ersten Blick auf die Bandbreite ökonomischer Modelle für das Urheberrecht. Sie eint, dass es in vielen Fällen an empirischen Belegen fehlt. Zudem hängt ihre argumentative Überzeugungskraft oftmals vom konkret zu betrachtenden Markt bzw. den individuellen Besonderheiten einzelner urheberrechtlicher Bereiche ab. Auch ist keine Theorie in der Lage, alle Aspekte des Urheberrechts zu berücksichtigen oder konkrete Handlungsempfehlungen für den Gesetzgeber zu gestalten. Selbst dort, wo Theorien versuchen, die der Allgemeinheit entstehenden Nachteile als Sozialkosten miteinzubeziehen, ist fraglich, ob das wirtschaftliche Kriterium der Sozialkosten in der Lage ist, gesamtgesellschaftliche Problematiken sinnvoll zu erfassen.⁴⁹⁴ Auch die beständige Fixierung auf die Maximierung von Gewinnen erscheint im Kontext eines Rechts zum Schutze kreativer Werke nicht unproblematisch;⁴⁹⁵ zudem begegnet das starre Ziel der Effizienz Gerechtigkeitsbedenken.⁴⁹⁶ Die starke Fokussierung auf die Rationalität von Entscheidungen lässt außer Acht, dass ein solch dauerhaft rationales Handeln empirisch eindeutig widerlegt ist.⁴⁹⁷ Ferner finden nur Kriterien Berücksichtigung, die in finanziellen Kosten ausgedrückt werden können, obwohl nicht alle relevanten Kriterien sinnvoll in Geldeinheiten ausgedrückt werden können.⁴⁹⁸ Elementare Werte wie Kunstfreiheit, Meinungsfreiheit oder der Schutz der individuellen Selbstentfaltung finden keine Berücksichtigung.

Vor allem aber haben sich viele der Ausgangsprämissen klassischer ökonomischer Forschung zum Urheberrecht durch die Digitalisierung radikal verändert. Die Anfertigung von Kopien und der Zugang zu bestehenden Werken erfordert bei digitalen Gütern (nahezu) keinerlei Kosten und Aufwand mehr. Technologie kennt keinen Status quo mehr, sondern nur noch den Status dynamischer Entwicklung, was die

492 Zusammenfassend *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 409 f.; ausführlich und grundlegend *Lunney*, Vand. L. Rev. 1996, S. 483, 582 ff.

493 *Lunney*, Vand. L. Rev. 1996, S. 483, 491.

494 *Wielsch*, ZGE/IPJ 2013, S. 274, 281.

495 Siehe ausführlicher bei *Elkin-Koren/Salzberger*, Law and Economics of IP in the Digital Age, S. 29; sowie *Goss*, Chi.-Kent L. Rev. 2007, S. 963, 971.

496 *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484, 488; *Towse*, Journal of Economic Surveys 2006, S. 567, 475 ff.

497 *Elkin-Koren/Salzberger*, Law and Economics of IP in the Digital Age, S. 32; siehe hierzu auch nachstehend unter Kap. 3 B. I. 1.

498 *Elkin-Koren/Salzberger*, Law and Economics of IP in the Digital Age, S. 31; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 168.

Postulation dauerhafter ökonomischer Wahrheiten erschwert und grundlegende ökonomische Theoreme unanwendbar macht.⁴⁹⁹ Ferner ist darauf hinzuweisen, dass das Verhältnis von Urhebern zu verschiedenen Arten von Intermediären und Verwertern aus ökonomischer Sicht bisher nicht umfassend untersucht wurde, ebenso wenig das Verhältnis zum Urheberpersönlichkeitsrecht.⁵⁰⁰ Es erscheint daher immer fraglicher, ob allein mit Hilfe einer einzigen ökonomischen Theorie die Vielzahl der denkbaren Nutzungskontexte und Nutzungsarten für kreative Werke adäquat modelliert werden kann.⁵⁰¹

Damit wird deutlich, dass die bisherigen ökonomischen Theorien für sich betrachtet nicht als alleinige Rechtfertigung für gesetzliche Regelungen im Bereich des Urheberrechts dienen können. Sie erlauben jedoch zumindest im Rahmen einer positiven ökonomischen Analyse,⁵⁰² bestehende Selbstregulierungspraktiken anhand ökonomischer Kriterien zu untersuchen. Wichtig ist jedenfalls, stets ihre begrenzte Aussagekraft und die normative Korrekturbedürftigkeit daraus abgeleiteter Schlussfolgerungen im Blick zu behalten.⁵⁰³

499 *Elkin-Koren/Salzberger*, Law and Economics of IP in the Digital Age, S. 33 ff.; *Salzberger*, in: Guibault/Hugenoltz (Hrsg.), The Future of the Public Domain, S. 27, 35, 48.

500 *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484, 487; zur ökonomischen Analyse des Urheberpersönlichkeitsrechts *Towse*, Journal of Economic Surveys 2006, S. 567, 571.

501 Zu dieser „ernüchternden“ Schlussfolgerung gelangt u.a. *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484, 488; kritisch in Bezug auf die ökonomische Analyse des Urheberrechts auch *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479, 482 ff.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 242 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 134 ff.

502 Siehe zur Abgrenzung von der normativen ökonomischen Analyse *Salzberger*, in: Guibault/Hugenoltz (Hrsg.), The Future of the Public Domain, S. 27, 32. Während die normative Analyse versucht, mit Hilfe von Modellen Gestaltungsvorgaben zu entwickeln, versucht die positive Analyse bestehende Zusammenhänge mit ökonomischen Analysemiteln zu verstehen.

503 Siehe zur eingeschränkten Eignung der ökonomischen Analyse für die Ermittlung einer optimalen rechtlichen Ausgestaltung bereits *Mestmäcker*, in: Raiser/Sauermann/Schneider (Hrsg.), Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, S. 103, 112.

II. Selbstregulierung für geringere Transaktionskosten

Einen möglichen Erklärungsansatz für das gesteigerte Aufkommen verschiedener Selbstregulierungsansätze könnte die stärkere Berücksichtigung von Transaktionskosten bieten.

1. Bedeutung der Transaktionskosten

Transaktionskosten sind Kosten, die für die Vornahme einer Markttransaktion, z. B. die Lizenzierung eines Nutzungsrechts, entstehen. Hierzu zählen Such- und Informationskosten, Verhandlungs- und Entscheidungskosten, Überwachungs- und Durchsetzungskosten sowie gegebenenfalls Anpassungskosten.⁵⁰⁴ Ein rein ökonomisch handelnder Akteur macht nach klassisch ökonomischem Verständnis seine Entscheidung darüber, ob er eine bestimmte Markttransaktion vornimmt, neben den aus der Transaktion entspringenden Vorteilen vor allem an den hierfür nötigen Transaktionskosten fest. Sind die Transaktionskosten höher als der zu erwartende Gewinn, wird er i. d. R. von der Vornahme der Transaktion Abstand nehmen. Das bedeutet aber auch, dass die Höhe der möglichen Gewinne und die für die Vornahme von Markttransaktionen nötigen Kosten in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen. In Bereichen, in denen die aus einer einzelnen Transaktion erzielbaren Gewinne minimal sind, kommt es nur dann zu ökonomisch erwünschten Transaktionen, wenn die Transaktionskosten entsprechend niedrig sind oder externe Faktoren die Durchführung der Transaktion trotz höherer Kosten aus Sicht des handelnden Akteurs rechtfertigen. Umgekehrt gilt: Je niedriger die Kosten der Transaktion sind, desto geringere Gewinne sind nötig, um eine Handlung ökonomisch vorteilhaft werden zu lassen.

Sämtliche eingangs vorgestellten ökonomischen Modelle zum Urheberrecht beruhen auf der Vornahme von Transaktionen. Transaktionen haben somit im Urheberrecht eine überragende Stellung. Gleichwohl ignorieren sämtliche ökonomischen Theorien zum Urheberrecht, mit Ausnahme der Transaktionskostenökonomik,⁵⁰⁵ die Existenz von Transaktionskosten. Akzeptiert man die Existenz dieser Kosten, wird deutlich, dass viele gesellschaftlich wünschenswerte Transaktionen (z. B. Nutzungsrechtseinräumungen) vor allem aufgrund von Transaktionskosten unterbleiben. Es existiert eine große Bandbreite potentieller Transaktionen mit Urheberrechten, die aufgrund der mit der Transaktion verbundenen Kosten entweder überhaupt nicht stattfinden oder nur deshalb stattfinden, weil der handelnde Akteur nicht allein rational ökonomisch entscheidet – statt einer „Tragedy of Commons“ droht eine „Tragedy of Anti-Commons“, also eine eigentlich unerwünschte Unter-
nutzung von Werken.⁵⁰⁶

504 Grundlegend *Coase*, J.L. *Econ.* 1960, S. 1; *Coase*, *Economica* 1937, S. 386; allgemein: *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, *GRUR Int.* 2007, S. 461, 462 FN 1.

505 Siehe hierzu vorstehend Kap. 3 A. I. 3.

506 *Bechtold*, *GRUR Int.* 2008, S. 484, 485; *Krujatz*, *Open Access*, S. 179 f.

Hierbei spielt auch eine Rolle, dass die Transaktionskosten für verschiedene Parteien keinesfalls stets gleich hoch sind. Je mehr Informationen eine Partei bereits besitzt und je häufiger sie vergleichbare Transaktionen durchführt, desto niedriger sind ihre damit verbundenen Kosten. Ein kommerziell agierender Verwerter oder Intermediär muss für eine Transaktion typischerweise weitaus geringere Kosten aufwenden als eine Einzelperson.⁵⁰⁷ Die zum Erhalt einer Bearbeitungslicenz nötigen Kosten sind für einen einzelnen Urheber, der noch dazu unregelmäßig und ohne kommerzielle Absicht in seiner Freizeit kreativ tätig werden möchte, ungleich höher als die Kosten eines Urhebers, der ständig mit derartigen Transaktionen zu tun hat, oder gar eines kommerziellen Verwerters, dessen gesamtes Betätigungsfeld einzig in der Vornahme vergleichbarer Transaktionen besteht.⁵⁰⁸ Dasselbe gilt für die Kosten der Internalisierung der eigenen Werkerstellungskosten, so dass ein Urheber, der nur einmalig ein Werk verwerten möchte, dafür ungleich höhere Kosten aufwenden muss als ein Profi. Eine Verwertung rentiert sich daher oftmals nicht.⁵⁰⁹

2. Transaktionskosten aus Sicht des Rechtsinhabers

Sowohl einem originären als auch einem derivativem Rechtsinhaber entstehen bei der Verwertung seines Rechts unterschiedliche Kosten. Die Inhaberschaft eines Rechts nützt dem Inhaber nichts, wenn er nicht zugleich auch die Möglichkeit hat, dieses gegenüber Dritten durchzusetzen.

Hierbei wird zunächst deutlich, dass die Durchsetzung eines Ausschließlichkeitsrechts aus ökonomischer Sicht nur dann sinnvoll ist, wenn der zur Durchsetzung erforderliche Aufwand in Relation zu den aus der Rechtsverletzung resultierenden Nachteilen steht. Zwar erlauben Abmahnungen und Meldungen bei Plattformbetreibern ein relativ einfaches und schnelles Verfahren, doch sind auch sie bei wirtschaftlich unbedeutenden Rechtsverletzungen mit prohibitivem Aufwand verbunden. Schließlich muss eine Rechtsverletzung überhaupt erst einmal entdeckt werden (Überwachungskosten), sodann der Verletzer ermittelt werden (Ermittlungskosten) und schließlich eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob gegen die Rechtsverletzung vorgegangen werden soll (Entscheidungskosten). Gerade bei massenhaften marginalen Rechtsverletzungen im Internet ist der Beseitigungsaufwand daher häufig prohibitiv.⁵¹⁰ Immer dann, wenn die Kosten der Durchsetzung eines Rechts höher sind als die Kosten einer Duldung und die aus der Dul-

507 *Elkin-Koren*, Fordham L. Rev. 2005, S. 375, 384.

508 *Goss*, Chi.-Kent L. Rev. 2007, S. 963, 973; *Van Houweling*, Va. L. Rev. 2010, S. 549, 616.

509 *Van Houweling*, Va. L. Rev. 2010, S. 549, 616.

510 Hieraus lässt sich nur der Schluss ziehen: Wenn die Durchsetzung in vielen Fällen ökonomisch nicht sinnvoll ist, muss entweder die Durchsetzung optimiert oder die Begründung für die Reichweite des Rechts angezweifelt werden. Siehe hierzu ausführlicher nachstehend unter Kap. 5 A. III. 1.

dung entstehenden Nachteile geringer sind als diese Kostendifferenz, ist eine Duldung in jedweder Form aus rational ökonomischer Sicht sinnvoll.⁵¹¹

Dasselbe gilt bei Eingehung freiwilliger Vereinbarungen mit Plattformbetreibern. Der Aufwand einer Individuallizenzierung an einzelne Nutzer ist im Regelfall prohibitiv.⁵¹² Die Vereinbarung erlaubt es hingegen, ohne größeren Aufwand aus zu erwartenden Rechtsverletzungen möglicherweise noch Kapital zu schlagen, zugleich aber die eigene Position nicht zu schwächen.⁵¹³ Der Einsatz von Filteralgorithmen in Kombination mit im Voraus erteilter Haftungsfreistellung für den Plattformanbieter bietet dem Rechtsinhaber die Möglichkeit, seinen Überwachungs- und Durchsetzungsaufwand radikal zu reduzieren.⁵¹⁴ Diese Vorteile machen sich jedoch wiederum bei Parteien mit vielen potentiellen Rechtsverletzungen (d. h. großen Verwertern) weitaus eher bemerkbar als bei Parteien, die nur einzelne bedrohte Rechte besitzen.⁵¹⁵

Die ökonomisch-utilitaristische Rechtfertigung des Urheberrechts geht davon aus, dass das Urheberrecht das richtige Mittel ist, um dem Urheber die Möglichkeit zu geben, die wirtschaftlichen Vorteile der Schöpfung zu vereinnahmen. Dabei bleibt jedoch unberücksichtigt, dass bereits die Internalisierung der positiven Externalitäten einer Schöpfung einen prohibitiven Aufwand erfordern kann.⁵¹⁶ Gerade im Laien-Umfeld und bei Urheberrechten von geringem wirtschaftlichen Wert kann der für eine entgeltliche Lizenzierung an Dritte nötige Aufwand höher sein als der hieraus resultierende Vorteil. Ein Laie, der noch nie zuvor Nutzungsrechte an einem Werk eingeräumt hat, hat oftmals bestenfalls rudimentäre Kenntnis von den ihm zustehenden Rechten und den damit verbundenen Möglichkeiten, Preisen etc., ganz zu schweigen von der Aufstellung angemessener Konditionen.

Die Creative Commons Initiative nimmt daher die Komplexität von Nutzungsrechtseinräumungen zum Anlass, um mit Hilfe vorgefertigter, standardisierter und mit allgemein verständlichen Erklärungen versehenen Lizenzvorlagen eine selbstständige Entscheidung ohne großen rechtlichen Prüf- und Gestaltungsaufwand zu ermöglichen.⁵¹⁷ Hierdurch soll der für den Laien nötige Aufwand einer Lizenzierung an Dritte auf das geringste mögliche Maß reduziert werden. Mit den CC-Lizenzen hat er die Möglichkeit, durch die Wahl einzelner Lizenzmodule zu entscheiden, was genau er welcher Gruppe von Dritten erlauben möchte. Sofern er

511 *Benkler*, Yale L.J. 2004, S. 273, 312 zu den wirtschaftlichen Vorteilen des freiwilligen Teilens eines Wirtschaftsguts.

512 Auch dies bestärkt den Verdacht, dass die Reichweite des gegenwärtigen digitalen Urheberrechts ökonomisch nur schwer zu rechtfertigen ist, siehe hierzu auch Kap. 5 A. III. 1.

513 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 150, 167.

514 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 140.

515 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 172.

516 Hierauf weist *Van Houweling*, Va. L. Rev. 2010, S. 549, 616 zu Recht hin.

517 *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 107, 123; *Corbett*, *MLR* 2011, S. 503, 515; *Weitzmann*, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *CopyRight.Now!*, S. 73, 75; *Niv*, *The Socio-Economic Contribution of Creative Commons*, S. 12.

grundsätzlich bereit ist, Dritten auch unentgeltlich bestimmte Rechte an seinem Werk einzuräumen, können freie Lizenzen daher zur Reduzierung der Transaktionskosten aus Sicht des Urhebers führen.⁵¹⁸

Dies dient vor allem der Ermöglichung von Nutzungen, die ansonsten aufgrund der damit verbundenen prohibitiven Transaktionskosten nicht (oder nur illegal, d. h. ohne Namensnennung und Verlinkung) stattgefunden hätten. Aufgrund der mit einer entgeltlichen Lizenzierung verbundenen Kosten wäre der mit diesen Nutzungsrechten verbundene Wert für den Rechtsinhaber an dieser Stelle ohnehin häufig nicht zu internalisieren, so dass ihm kein unmittelbarer Verlust entsteht. Auch die Erhöhung des ökonomischen Werts der eigenen Nutzungsrechte durch Marketingtätigkeiten ist häufig wieder mit einem Aufwand verbunden, der die Kosten einer entgeltlichen Lizenzierung in die Höhe treibt. Vergleichbare Erwägungen dürften hinter einer Vielzahl freier Lizenzierungen stecken. Die vom Gesetzgeber verliehenen Verbotsrechte sind ökonomisch nicht sinnvoll verwertbar, so dass die Rechte auf möglichst effizientem Wege frei lizenziert werden, um dadurch zumindest weitere potentielle mittelbare Vorteile zu erlangen.

Dieser Umstand hat eine größere Bedeutung als nur ein „Verschenken“ wirtschaftlich wertloser Rechte. Die wirtschaftlich „wertlosen“ Rechte, die der Urheber für sein Werk automatisch erhält, dürften in vielen urheberrechtlichen Bereichen quantitativ die Zahl der „werthaltigen“ Rechte weit übersteigen. Vor allem aber gibt es eine Reihe von Konstellationen, in denen zwar ein Recht möglicherweise wertvoll genug wäre, um „marktfähig“ zu sein, die vom Rechtsinhaber zur Vornahme der Transaktion aufzuwendenden Kosten aber aufgrund des hohen Aufwands und/oder niedriger Preise prohibitiv sind. Trotz Nachfrage kommt es zu keiner Etablierung eines entsprechenden Marktangebots. Dies betrifft etwa die Rechte an Werken, die „nebenbei“ im Rahmen einer anderen Tätigkeit entstehen, für den Urheber aber aus wirtschaftlicher Sicht unerheblich sind, weil der Aufwand ihrer Verwertung höher ist als der zu erwartende Gewinn.

Zu einer solchen Situation kommt es häufig bei Werken, die ohne Absicht der späteren Einzelverwertung erstellt wurden oder die als Beiprodukt anderer Tätigkeiten entstanden sind; ferner bei Werken, für deren Entstehen die Existenz eines Urheberrechts nicht ausschlaggebend war. Werden etwa Bilder während einer anderen Tätigkeit zu Dokumentationszwecken angefertigt, sind die damit verbundenen Rechte für den Ersteller oftmals nahezu wertlos. Ein Dritter kann jedoch – aufgrund des für ihn mit einer eigenen Erstellung eines solchen Bilds verbundenen Aufwands – großes Interesse an einer Nutzbarkeit eines dieser Bilder haben. Die digitale Technik vereinfacht hier nicht nur die Herstellung des Werks, sondern führt auch dazu, dass ein Teilen des Werks im Wege freier Lizenzen, d. h. mit möglichst geringen Transaktionskosten, für beide Beteiligten ökonomisch sinnvoll sein kann.

518 *Goss, Chi.-Kent L. Rev.* 2007, S. 963, 978; *Corbett, MLR* 2011, S. 503, 515 f.

3. Transaktionskosten aus Sicht (potentieller) Urheber

Urheber sind bekanntermaßen ihrerseits auf den Zugang zu fremden Werken sowie in vielen Fällen auch auf die Nutzung fremder Werke angewiesen. Der Aufwand für die Ermöglichung des Zugangs, vor allem aber für die Lizenzierung fremder Werke ist gerade bei Laien-Urhebern oftmals prohibitiv.⁵¹⁹ Dies umfasst nicht nur den für die Erlangung einer Lizenz nötigen Aufwand, sondern auch die mit der Inanspruchnahme einer Schranke gegebenenfalls verbundene Rechtsunsicherheit.

Sofern in einem konkreten Fall eine Nutzungsrechtseinräumung erforderlich werden könnte, entsteht ein sehr hoher Informationsaufwand auf Seiten des Interessenten. Er muss nicht nur ermitteln, ob das Werk (noch) urheberrechtlich geschützt ist, sondern auch, wer Inhaber der entsprechenden Rechte oder etwaiger verwandter Schutzrechte ist und in der Folge bei einer Vielzahl von Einzelpersonen oder Unternehmen um die Erteilung einer Lizenz bitten.⁵²⁰ Selbst wenn die jeweiligen Rechtsinhaber zu einer Lizenzierung bereit wären, führt allein dieser Ermittlungsaufwand oftmals dazu, dass ein Werk nicht genutzt wird und somit eine ökonomisch unerwünschte Unternutzung entsteht. Selbst dann, wenn die Ermittlung des Rechtsinhabers leicht möglich ist und dieser auch zu einer (unentgeltlichen) Lizenzierung bereit wäre, bleibt eine nicht zu unterschätzende psychische Hemmschwelle, fremde Personen zu kontaktieren und um das Recht zur Nutzung ihres Werks zu bitten. Die Nutzung des Werks unterbleibt in einem solchen Fall allein aufgrund des Aufwands der Kontaktaufnahme oder der mit einer „Bitte“ verbundenen, psychischen Hemmschwelle.⁵²¹ Dies zeigt, dass aufgrund des geltenden Urheberrechts selbst dann, wenn beide Seiten übereinstimmend eine bestimmte Nutzung für zulässig oder wünschenswert erachten, eine Nutzung häufig unterbleibt oder im Bewusstsein möglicher Rechtsverletzung geschieht, weil der Aufwand der Koordination beider Parteienwillen mit prohibitivem Aufwand verbunden ist.

An dieser Stelle versuchen freie Lizenzen trotzdem eine Nutzung bzw. eine Koordination der Parteienwillen zu ermöglichen. Durch die Verwendung standardisierter Hinweise und Lizenzsymbole kann jeder potentielle Lizenznehmer sofort erkennen, ob und was er mit dem Werk tun darf, ohne dafür irgendjemanden aktiv um Erlaubnis bitten zu müssen. Der Aufwand der Kontaktaufnahme und Rechtklärung entfällt.⁵²² Es ist somit eine Art standardisierte „Nutzungsbedingung“, welche individuelle Verhandlungen und die damit verbundenen Kosten überflüssig machen

519 Siehe hierzu vorstehend unter Kap. 1 A. II. 1.

520 Möchte ein Urheber etwa einen Song ausschnittsweise in einem Video verwenden und dieses Video verbreiten, bräuchte er dafür bis zu sieben unterschiedliche Nutzungsrechte von bis zu fünf verschiedenen Personen, so das Beispiel bei *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 123.

521 *Boyle*, *Public Domain*, S. 182; *Fitzgerald*, in: *Fitzgerald* (Hrsg.), S. 3, 6.

522 *Goss*, *Chi.-Kent L. Rev.* 2007, S. 963, 978; *Corbett*, *MLR* 2011, S. 503, 515 f.

soll.⁵²³ Die Symbole ermöglichen Wiedererkennungswert und Signaleffekt und können somit sogar zu mehr Nutzungen führen.⁵²⁴

Dies geht einher mit einer technischen Vereinfachung. Über spezielle Suchmaschinen oder Plattformen ist es möglich, anhand bestimmter Kriterien gezielt nach Werken zu suchen, die für die beabsichtigte Form der Nutzung vom Urheber lizenziert sind.⁵²⁵ Im Ergebnis übernehmen so Algorithmen die Koordination der Parteieninteressen.⁵²⁶ Anstatt zuerst ein Werk zu suchen, die Zulässigkeit einer Verwendung zu überprüfen, sodann sämtliche Rechtsinhaber zu ermitteln, zu kontaktieren und die Bedingungen einer Nutzungsrechtseinräumung auszuhandeln, kann gezielt nach Werken gesucht werden, die von vornherein für eine bestimmte Nutzung unter bestimmten Bedingungen freigegeben worden sind.

Dies zeigt, dass standardisierte Lizenzen zu einer Senkung von Transaktionskosten und damit zu einer stärkeren Nutzung einzelner Werke führen können. Zwar wären sämtliche Nutzungen auch auf „klassischem“ Wege möglich – werden aber realistisch nie stattfinden.⁵²⁷ Da dies jeweils nur dann geschieht, wenn der Rechtsinhaber einer solchen Nutzung ex ante zustimmt, können freie Lizenzen ökonomisch effizienter sein als eine gewöhnliche Nutzungsrechtseinräumung. Zudem erhalten nicht nur Nutzer, sondern auch andere Urheber auf diesem Weg besseren Zugang und mehr Nutzungsmöglichkeiten – schließlich ist es gerade für Urheber von elementarer Bedeutung, einen möglichst großen Pool an fremden Werken als Anregung, Vorlage etc. zur Verfügung zu haben. Diese Rolle, die im klassischen urheberrechtlichen Kontext durch die Gemeinfreiheit erfüllt wird, kann somit zum Teil auch durch freie Lizenzen erfüllt werden.

4. Verhinderung der „Tragedy of Anti-Commons“

Freie Lizenzen können auch eine Methode sein, um die „Tragedy of Anti-Commons“ zu verhindern. Hierunter wird – in Anlehnung an den gegensätzlichen Begriff der „Tragedy of Commons“⁵²⁸ – die Unternutzung immaterieller Güter infolge zu hoher Transaktionskosten, strategischen Verhaltens einzelner Parteien oder asymmetrischer Informationsverteilung verstanden.⁵²⁹ Eine bestehende Ressource wird nicht genutzt, weil keine perfekten Marktbedingungen herrschen.⁵³⁰ Im Urheberrecht kann es insbesondere dann zu einer solchen „Tragik“ kommen, wenn ein

523 *Van Houweling*, Va. L. Rev. 2010, S. 549, 633.

524 *Niv*, The Socio-Economic Contribution of Creative Commons, S. 16 ff.

525 Siehe hierfür etwa die Suchmaschine von Creative Commons mit einer Auflistung weiterer Suchmöglichkeiten, abrufbar unter <https://search.creativecommons.org/> [letzter Abruf 14.02.2019].

Auch Google, Youtube und nahezu alle größeren Plattformen bieten inzwischen eine gezielte Suche nach (bestimmten) unter Creative Commons lizenzierten Inhalten an.

526 *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 516.

527 *Boyle*, Public Domain, S. 182.

528 Siehe zu diesem Begriff *Hardin*, Science 1968, S. 1243.

529 Siehe hierzu grundlegend die Untersuchungen von *Heller*, Harv. L. Rev. 1998, S. 621; *Heller/Eisenberg*, Science 1998, S. 698.

530 *Krujatz*, Open Access, S. 179.

Urheber ein auf Werken Dritter aufbauendes Werk schaffen möchte und hierfür auf die Zustimmung anderer Rechtsinhaber angewiesen ist.⁵³¹

Merges wies als einer der Ersten nach, dass private Initiativen und Parteiabsprachen ein geeignetes Mittel sein können, um die durch zu weitreichende Ausschließlichkeitsrechte drohende Unternutzung von Ressourcen zu verhindern.⁵³² Parteivereinbarungen, private Institutionen oder Standards innerhalb bestimmter Gruppen können auf effizientere Art und Weise das Problem der Unternutzung beseitigen, als es der Staat je könnte. Mit der Verwendung freier Lizenzen erklärt ein Rechtsinhaber ex ante bestimmte Nutzungen gegenüber der Allgemeinheit für zulässig, für die ansonsten eine Zustimmung im Einzelfall erforderlich wäre. Er schränkt somit den gesetzlich bestehenden Schutzzumfang soweit ein, wie er es für das betreffende Werk in der aktuellen Marktsituation für sinnvoll hält. Ein solches Vorgehen kann ein wirksames Gegenmittel gegen eine drohende Tragedy of Anti-Commons sein.

Durch bewusste Offenheit gegenüber jedermann wird zudem ein (auf ein bestimmtes Gebiet beschränktes) Gegenmodell etabliert, das in der Lage ist, etwaige durch strategische Entscheidungen oder zu weitreichende Ausschließlichkeitsrechte entstandenen Verkrustungen zu lockern. Am eindrucksvollsten zeigte sich diese Wirkung im Bereich der Softwareentwicklung. Hier konnte das OSS-Modell eine unerwünschte Zentralisierung und Monopolisierung von Informationsprodukten durch ein System relativ frei nutzbarer und zugänglicher Software verhindern. So konnte vor allem grundlegende und für das Funktionieren des Internets wesentliche Software der Herrschaft einzelner Parteien entzogen und ein selbstbestimmter Umgang der Menschen mit Technik überhaupt erst ermöglicht werden.⁵³³ Im Bereich der allgemeinen Versorgung mit Wissen und Informationen gelang es Wikipedia, eine – gegebenenfalls einseitige – Konzentration der Macht zur Wissensverteilung durch einen allgemein offenen und damit neutralen Weg der Wissensbereitstellung zu verhindern.⁵³⁴ Auch im Bereich Open Access können zu starke Marktkonzentrationen grundsätzlich durch ein System freierer Verbreitung bekämpft werden.⁵³⁵

531 Siehe hierzu insbesondere die vorstehend genannten Beispiele unter Kap. 1 A. II. 1.

532 *Merges*, Cal. L. Rev. 1996, S. 1293; *Merges*, U. Chi. L. Rev. 2004, S. 183, 183.

533 Siehe hierzu vorstehend Kap. 2 A. I. 2. a).

534 Die Objektivität bzw. die Darstellung einer Information aus allen denkbaren Blickwinkeln ist elementarer Bestandteil der Philosophie der Wikipedia, siehe hierzu etwa *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 72 f.; die Objektivität der Wikipedia im Vergleich zu anderen Nachschlagewerken wurde inzwischen auch anhand von Studien belegt, siehe hierzu *Greenstein/Zhu*, Harvard Business School Working Paper 15-023, 2014.

535 Siehe hierzu allgemein: *Hirschfelder*, Anforderungen an eine gesetzliche Verankerung des Open Access Prinzips; *Malina* (Hrsg.), *Open Access*; *Krujatz*, *Open Access*; *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen; *Hilty*, GRUR Int. 2006, S. 179; *Spindler*, in: *Hilty* (Hrsg.), *Schutz von Kreativität und Wettbewerb*, S. 287; *Peukert*, in: *Grünberger/Leible* (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, S. 145.

III. Ökonomische Vorteile kollaborativen Werkschaffens – Peer Production

Aufgrund des für manche Beobachter überraschenden Erfolgs des Produktionsmodells der OSS wuchs rasch das wissenschaftliche Interesse an möglichen, bisher zu wenig bekannten ökonomischen Vorteilen einer derartigen Produktionsform. Hieraus wurde insbesondere von *Benkler* ein Entwicklungsmodell der „commons-based peer production“ als weitere Form der Produktion vor allem immaterieller Güter neben den bekannten Formen des Markts sowie der hierarchischen Organisation herausgearbeitet.⁵³⁶ *Benkler* versteht darunter ein Entwicklungsmodell, bei dem Ausgangsmaterialien und Produkte grundsätzlich frei verfügbar sind (Einschränkungen sind aber möglich) und bei dem jeder Beteiligte selbst jederzeit frei darüber entscheiden kann, ob, inwiefern oder inwieweit er seine Ressourcen in die Produktion einbringt.⁵³⁷ Anstelle möglichst weitreichender Ausschließlichkeitsrechte soll möglichst freier Zugang zu bestehenden Werken und Wissen die Produktivität und Kreativität befördern.⁵³⁸ Während beim Marktmodell die einzelnen Schritte der Entwicklung eines Produkts durch eine Vielzahl einzelner Markttransaktionen erfolgen, kann eine Entwicklung innerhalb eines hierarchischen Systems durch Reduktion von Transaktionskosten Produktionsvorteile erzielen.⁵³⁹ Im Rahmen des kollaborativen Werkschaffens werden hingegen statt Individuen Netzwerke von Individuen in den Blick genommen. Ein solches Produktionsmodell lebt i. d. R. von sozialen Normen und nicht allein von rechtlichen Vorgaben.⁵⁴⁰ Das Entwicklungsmodell ist keineswegs auf Software beschränkt, sondern kann bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auch auf andere Güter übertragen werden.⁵⁴¹ Es tritt nicht in Konkurrenz zu anderen Entwicklungsmodellen, sondern komplementiert sie und kann bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen effizienter sein als andere Produktionsformen. Auch die Verwendung freier Lizenzen und ein auf Gegenseitigkeit beruhender freizügigerer Umgang mit Urheberrechten können so in effizienterer Art und Weise als der der ökonomischen Rechtfertigung zugrundeliegende Markt die Entwicklung kreativer und innovativer Güter ermöglichen.

1. Lizenzen und Netzwerke

Ein wesentliches Element dieser Produktionsform ist das dezentrale, heterarchische Netzwerk.⁵⁴² Die Produktion erfolgt grundsätzlich auf einer horizontalen Ebene durch unterschiedliche Einzelpersonen oder Unternehmen, deren Verbindung die gemeinsame Arbeit an etwas „Größerem“ ist. Hierbei kann es sich um ein konkre-

536 Siehe hierzu die grundlegenden Arbeiten *Benkler*, Yale L.J. 2002, S. 369; *Benkler*, Yale L.J. 2004, S. 273; *Benkler*, *Wealth of Networks*; instruktiv ferner *Wielsch*, *Zugangsregeln*, S. 192 ff.

537 *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 62.

538 *Wielsch*, *Zugangsregeln*, S. 192.

539 Grundlegend: *Coase*, *Economica* 1937, S. 386.

540 *Benkler*, Yale L.J. 2002, S. 369, 380; *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 356 ff.

541 *Benkler*, Yale L.J. 2004, S. 273.

542 *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 63; *Ladueur/Vesting*, in: Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 123, 132 ff.

tes Projekt oder Ziel handeln, aber auch um eher abstrakte Elemente wie Innovation, kulturelle Entwicklung oder die Fortentwicklung des Stands der Wissenschaft. Das Paradebeispiel hierfür ist die Entwicklung von OSS. Nach dem dafür typischen Entwicklungsmodell arbeiten verschiedene, unabhängige Entwickler ohne unmittelbare persönliche Verbindung parallel oder nacheinander und aufeinander aufbauend an der Herstellung eines gemeinsamen Endprodukts.⁵⁴³ Damit vergleichbar ist die klassische wissenschaftliche Forschung. Auch dort wird auf ein nicht zwingend definiertes höheres Ziel („Erkenntnis“) hin geforscht, wobei die einzelnen Beteiligten wiederum parallel oder nacheinander und aufeinander aufbauend, Wissen oder Informationen erzeugen.⁵⁴⁴ Auch kultureller Fortschritt ist das Produkt paralleler, aufeinander aufbauender Beiträge verschiedener Individuen. Das zu schaffende Produkt entstammt also nicht der Leistung eines Einzelnen, sondern den verknüpften Leistungen vieler Beteiligter.

Immaterielle Güter (und damit etwa auch wissenschaftlicher Fortschritt und Kultur) sind ihrer Natur nach besonders geeignet für die Produktion durch ein Netzwerk mehrerer Beteiligter. Zunächst können immaterielle Güter aufgrund ihrer Nicht-Rivalität gleichzeitig von einer Vielzahl an Individuen innerhalb des Netzwerks genutzt werden. Hinzu kommt, dass die Produktion neuer immaterieller Güter i. d. R. von drei Voraussetzungen abhängt: (1) bestehenden immateriellen Gütern, (2) der Möglichkeit der physischen Fixierung und (3) menschlicher Kreativität oder Innovationsfähigkeit.⁵⁴⁵ Ein oder mehrere immaterielle Güter sind somit nicht nur das Endprodukt des Schöpfungsprozesses, sondern auch eine der wesentlichen Ressourcen für den Schöpfungsprozess. Sofern nun der Zugang zu einer Ressource für ein Individuum innerhalb eines Netzwerks ohne weitere Kosten für die Allgemeinheit möglich ist, erfordert die Produktion eines neuen Guts innerhalb des Netzwerks lediglich noch die Möglichkeit einer physischen Fixierung und menschliche Kreativität.⁵⁴⁶

Im Fall der unter einer freien Lizenz veröffentlichten Software wird diese kostenlose Verfügbarkeit durch die Lizenz selbst ermöglicht. Im Fall der wissenschaftlichen Forschung ergibt sie sich aus der Tatsache, dass die in einem urheberrechtlich geschützten wissenschaftlichen Beitrag enthaltene Information selbst grundsätzlich nicht geschützt ist. Da die Kosten der physischen Fixierung im digitalen Umfeld gegen Null gehen, ist die einzige Hürde für die Produktion neuer Werke nach diesem Entwicklungsmodell nur noch Kreativität oder Innovationsfähigkeit. Somit

543 Es sei an dieser Stelle klarstellend darauf hingewiesen, dass die Verwendung eines solchen Entwicklungsmodells keine zwingende Voraussetzung der Definition einer Open Source Software ist. Es repräsentiert jedoch den „klassischen“ Typus und trifft auf die bekanntesten und am weitesten verbreiteten Programme zu.

544 Weitere Beispiele finden sich bei *Benkler*, Yale L.J. 2002, S. 369, 384 ff.; Beispiele für eine Ausweitung dieses Ansatzes auf andere Güter bei *Benkler*, Yale L.J. 2004, S. 273.

545 *Benkler*, *Wealth of Networks*, S. 52; *Wielsch*, *Zugangsregeln*, S. 196.

546 *Benkler*, Yale L.J. 2002, S. 369, 404; *Wielsch*, *Zugangsregeln*, S. 196.

kann ein solches Netzwerk selbst als eigene Institution der Generierung neuer immaterieller Güter angesehen werden.⁵⁴⁷

Bei der Produktion von Wissen ist die Bedeutung entsprechender offener Austauschnetzwerke für Produktivität und Innovationsfähigkeit bereits seit längerem bekannt.⁵⁴⁸ Die aus der Wissenschaft bekannte Form der akkumulierten Produktion durch gemeinsame Mehrung des Wissens war historisch betrachtet auch ein wesentliches Element der frühen Softwareentwicklung. OSS-Lizenzen dienen dazu, die tatsächlich bereits bestehende Produktionskultur des gemeinsamen „Teilens“ von Informationen zwischen Entwicklern auch nach der Schaffung des Softwareurheberrechts weiterhin zu bewahren.⁵⁴⁹ Auch außerhalb des Softwarebereichs können freie Lizenzen die Etablierung solcher Netzwerke in gewissem Umfang steuern, fördern und den Ablauf der Entwicklung von Gütern, d. h. kreativer Werke, positiv beeinflussen.

2. Ökonomische Vorteile

Die Produktion immaterieller Güter in heterarchischen Netzwerken kann, bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen, effizienter, d. h. ressourcenschonender, sein als die Produktion desselben Guts im Rahmen einer markt- oder hierarchisch orientierten Produktion. Die Produktion kreativer Werke im Wege freier Lizenzen kann somit ökonomisch effizienter sein als nach den Marktmodellen der klassischen urheberrechtlich-ökonomischen Rechtfertigung.

Voraussetzung einer erfolgreichen netzwerkbasierten Werkproduktion ist die einfache Teilnahme eines größeren Kreises an Personen, die jeweils selbst in der Lage sind, einen Teil zur Produktion beizusteuern. Hierfür ist es erforderlich, dass die innerhalb des Netzwerks bereits bestehenden Ressourcen möglichst leicht und einfach genutzt werden können.⁵⁵⁰ Dies versuchen freie Lizenzen zu ermöglichen. Die Entscheidung über das ob und wie der eigenen Tätigkeit liegt in der alleinigen Entscheidung des Beitragenden. Es muss ferner die Möglichkeit bestehen, den für den eigenen Beitrag nötigen Aufwand zu variieren und an die konkrete individuelle Situation anzupassen.⁵⁵¹ Das „Endziel“ muss durch eine Häufung vieler Einzelschritte erreichbar und die hierfür nötigen Einzelschritte entsprechend den jeweiligen Wünschen der Beitragenden modifizierbar sein.⁵⁵² Diese Voraussetzungen können durch die Verwendung freier Lizenzen befördert werden.

Sind diese Voraussetzungen gegeben, können Netzwerke die Kosten senken, die entstehen, weil aufgrund unzureichender Informationen die Humanressourcen (Arbeitskraft) der möglichen Miturheber nicht optimal genutzt werden können (In-

547 *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 194.

548 *Ladueur/Vesting*, in: Eifert (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Innovation, S. 123, 134.

549 *O'Reilly*, in: Feller (Hrsg.), Perspectives on Free and Open Source Software, S. 461, 468.

550 *Benkler*, Yale L.J. 2004, S. 273, 349.

551 *Benkler*, Yale L.J. 2004, S. 273, 336.

552 *Benkler*, Yale L.J. 2004, S. 273, 336.

formationsopportunitätskosten).⁵⁵³ Niemand ist zu jeder Zeit, in jedem Bereich und auf Grundlage desselben Inputs gleich produktiv. Insbesondere die menschliche Kreativität kann als Ressource nur sehr schwer standardisiert abgerufen werden. Indem ein solches Netzwerk dafür sorgt, dass stets nur derjenige, der im Moment seines Beitrags über Zeit, Motivation und Ideen verfügt (da er selbst frei darüber entscheidet) seine Arbeitskraft und Kreativität einbringt, können die Probleme, die bei der Nutzung der Ressource „Kreativität“ durch Märkte oder innerhalb von Hierarchien bestehen, umgangen werden.⁵⁵⁴

Vor allem im Rahmen von Märkten sind Preise als wichtigster Informationsträger zudem viel zu simpel, um komplexe Informationen über Ausgangsmaterial und Kreativität korrekt wiedergeben zu können.⁵⁵⁵ Die Beziehungen innerhalb der Netzwerke weisen einen weitaus höheren Informationsgehalt als Märkte auf und erlauben zudem eine weitaus größere soziale Interaktion.⁵⁵⁶ Auf Seiten des Beitragenden reduziert das Netzwerk zudem Unsicherheiten bei der Entscheidung darüber, was der Beitragende nun machen soll, da er auf dem bereits Bestehenden aufbauen kann und selbst weiß, wie viel er gerade beitragen kann.⁵⁵⁷ Zudem profitiert diese Form der Entwicklung von einem allgemeinen Vorteil dezentraler Systeme gegenüber zentralisierten Systemen. Durch die direkte Kommunikation der Beteiligten auf gleicher Ebene werden potentielle Informationsverluste, die im Rahmen einer hierarchischen Entscheidungskette typischerweise entstehen, reduziert.⁵⁵⁸ Durch den gesteigerten Informationsaustausch wird die kritische Ressource „Kreativität“ effizienter genutzt als in anderen Produktionsformen.⁵⁵⁹ Diese Probleme adressieren freie Lizenzen, in dem sie die Kommunikation der Beteiligten vereinfachen und gleichzeitig jedermann die Möglichkeit geben, nach eigenem Wunsch aufbauend auf den bisher unter der Lizenz veröffentlichten Werken selbst etwas Kreatives beizutragen.

IV. Strategischer Nutzen durch Erzeugung oder Förderung von Sekundärmärkten

Auch strategische Erwägungen können erklären, wieso Individuen und Unternehmen freiwillig auf einzelne ihnen zustehende Rechte gegenüber der Allgemeinheit verzichten. Die mittelbaren Vorteile eines Verlusts an Kontrollfähigkeit können die Nachteile bei entsprechender strategischer Planung in vielen Situationen übertreffen. Zudem führt die kostenlose Weitergabe eines Guts nicht zwangsläufig zu dessen Entwertung.⁵⁶⁰

553 *Benkler*, Yale L.J. 2002, S. 369, 408, 413.

554 *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 203; *Benkler*, Yale L.J. 2002, S. 369, 414.

555 *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 196.

556 *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 197, 205; *Benkler*, Yale L.J. 2002, S. 369, 413.

557 *Benkler*, Yale L.J. 2002, S. 369, 407 ff.

558 *Benkler*, Yale L.J. 2004, S. 273, 320.

559 *Benkler*, Yale L.J. 2002, S. 369, 377.

560 *Foong*, J. Media Commun. Stud. 2010, S. 64, 7.

1. Erzeugung von Sekundärmärkten

Eine insbesondere im Zusammenhang mit der Herstellung von OSS eingehender wissenschaftlich untersuchte Strategie ist die Schaffung neuer sekundärer Märkte durch die kostenlose Bereitstellung eines Wirtschaftsguts.⁵⁶¹ Im Bereich der OSS hat sich dabei ein Geschäftsmodell etabliert, bei dem das Grundprodukt kostenfrei angeboten wird und Einnahmen mit komplementären Produkten wie individuellen Anpassungen an Sonderwünsche oder Servicedienstleistungen erzielt werden. Angestellte Entwickler stellen Arbeitszeit und Knowhow für die Mitarbeit an einem Softwareprojekt zur Verfügung. Umso besser und bekannter dieses Projekt wird, desto besser lassen sich komplementäre Dienstleistungen vermarkten. Da die komplementären Dienstleistungen von den Personen durchgeführt werden, die auch mit der Ausarbeitung des eigentlichen Produkts befasst sind, werden ihr Wissen und ihre Erfahrungen immer wertvoller. Durch eine möglichst weitreichende Verbreitung des eigenen Werks wird ein Markt erzeugt, auf dem weitere Produkte gegen Entgelt erbracht werden können. Auf diesem Markt besitzt der ursprüngliche Urheber den Vorteil, dass er das Produkt am besten kennt und namentlich damit in Verbindung gebracht wird.

Eine vergleichbare Strategie wird auch in anderen Bereichen der kreativen Produktion etwa von einer Reihe von Musikern verfolgt. Ihre Musik wird unter einer freien Lizenz allgemein zugänglich gemacht, wodurch sich im Idealfall die Bekanntheit und Reichweite erhöhen. Dies erlaubt es den Musikern wiederum, verschiedene Dienstleistungen oder weitergehende Produkte zu verkaufen oder Produktionen im Wege des Crowdfunding zu finanzieren.⁵⁶² Die typische Dienstleistung in diesem Zusammenhang ist der Live-Auftritt, jedoch sind auch andere Dienstleistungen wie Workshops, Schulungen, persönliche Treffen oder Ähnliches kommerzialisierbar. Vermarktet wird somit immer weniger ein bestimmtes Werk als Produkt, sondern eine Dienstleistung, deren Preis durch den Erfolg des Produkts bestimmt wird.⁵⁶³ Auch im Bereich der Fotografie finden sich vergleichbare Geschäftsmodelle. Fotografen nutzen ihre durch die weite Verbreitung ihrer Bilder im Internet in den jeweils interessierten Kreisen erlangte Popularität zur Vermarktung von Workshops, Schulungsbüchern und Videos und erzielen damit den größten Teil ihres Lebensunterhalts. Das Entwerfen wissenschaftlicher Beiträge durch Anwälte oder Ärzte erfolgt häufig allein in der Absicht, eine Dienstleistung besser zu vermarkten bzw. deren Wert für den potentiellen Kunden zu erhöhen.⁵⁶⁴ Zwar wird hierbei typischerweise keine freie Lizenz verwendet, die dahinterliegende Strategie ist jedoch

561 *Lerner/Tirole*, J. Ind. Econ. 2002, S. 197, 224 f.; *Spindler/Zimbehl*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 51, 60.

562 Dieses Modell wird sehr erfolgreich etwa von der Sängerin und Künstlerin Amanda Palmer verfolgt, siehe hierzu www.amandapalmer.net, [letzter Abruf 05.03.2017].

563 *Foong*, J. Media Commun. Stud. 2010, S. 64, 8.

564 *Benkler*, Wealth of Networks, S. 45.

dieselbe. Kommerzialisiert wird nicht das eigentliche Werk, sondern die Beziehung zwischen Urheber und Nutzer.

Diese Vermarktungsstrategie ist eng verwandt mit der gezielten freien Veröffentlichung einer reduzierten oder rein digitalen Variante eines Werks mit dem Ziel größtmöglicher Verbreitung. Die Verbreitung der reduzierten oder digitalen Variante des Werks führt wiederum zu mehr potentiellen Nachfrage nach physischen Vielfältigungsstücken, besonderen Auflagen oder besserer Qualität.⁵⁶⁵ So können etwa Bilder in geringer Auflösung unter einer freien Lizenz jedermann zur Verfügung gestellt werden und hierdurch die Verbreitung und Bekanntheit gesteigert werden, während die für einen Druck nötige Auflösung vom Urheber zurückgehalten wird und so kommerzialisiert werden kann. Vergleichbare Ansätze gibt es auch im Literaturbereich sowie in der Wissenschaft. Hier wird etwa die digitale Version eines Buchs unter Verwendung einer freien Lizenz jedermann zugänglich gemacht. Wer jedoch die gedruckte Version des Textes lesen möchte, muss eine physische Kopie beim Verleger des Urhebers erwerben.

Häufig vorzufinden ist auch eine Dual-Licensing-Strategie. Dabei werden bestimmte Rechte zurückgehalten oder Pflichten auferlegt, für deren Einräumung bzw. Befreiung ein Entgelt verlangt werden kann. Typische Anwendungsfälle hierfür sind die Befreiung von Copyleft-Verpflichtungen im Fall einer Copyleft- bzw. Share-Alike Lizenz oder die Einräumung von Nutzungsrechten für eine kommerzielle Verwertung bei Verwendung der Non-Commercial-Variante der CC-Lizenzen. Durch die Verwendung dieser Lizenzen kann der Urheber seine Reichweite und Bekanntheit steigern. Nutzer, die keine weitergehenden Rechte benötigen, können die Werke „frei“ nutzen, Nutzer, die weitergehende Rechte benötigen, können diese gegen Entgelt erwerben.

Kennzeichnend für diese Art von Geschäftsmodellen ist somit das Ziel, eine möglichst weite Verbreitung der eigenen Werke und eine damit einhergehende Steigerung des eigenen Bekanntheitsgrads zu erreichen und dies zu nutzen, um bestimmte Rechte gesondert zu verwerten sowie ergänzende Dienstleistungen zu erbringen, deren Nachfrage durch die gesteigerte Bekanntheit erzeugt wird. Ein so erzeugter Markt kann für den Urheber unter Umständen wesentlich lukrativer sein als eine klassische Verwertung.⁵⁶⁶

2. Werterhöhung durch Komplementierung

Die Verbreitung und Bearbeitung eines Werks kann außerdem mittelbar den wirtschaftlichen Wert des Originals erhöhen, am einfachsten durch Steigerung der Bekanntheit des Werks oder Urhebers. Doch nicht nur die Verbreitung eines Werks, auch seine Bearbeitung können unter Umständen werterhöhend sein. So kann etwa im Softwarebereich der Wert eines Werks dadurch gesteigert werden, dass mög-

⁵⁶⁵ Siehe hierzu etwa *Fitzgerald*, in: *Fitzgerald* (Hrsg.), S. 3, 7.

⁵⁶⁶ *Ku*, *U. Chi. L. Rev.* 2002, S. 263, 310.

lichst viele andere Programme von Drittanbietern an das Werk „andocken“ können, insbesondere über gemeinsame Schnittstellen oder Plugins. Eine derartige „Offenheit“ kann viele Nutzungsvorteile bieten, welche wiederum zu gesteigerter Nutzung, Bekanntheit und damit zu Wertzuwächsen führen können.

Auch in anderen Fällen kann die Bearbeitung oder Bezugnahme auf ein Werk ökonomische Vorteile haben. Das Urheberrecht hat diese Vorteile in der Vergangenheit wohl zu wenig berücksichtigt. Man sah in Bearbeitungen durch Dritte oder Verweisen auf das eigene Werk häufig eher ein Risiko als eine Chance. Es wurde befürchtet, jeder Verweis oder jede Bearbeitung könne irgendwann das Original ersetzen und die Verwertungsmöglichkeiten des Originalurhebers schmälern.⁵⁶⁷ Diese Befürchtung mag bei einem nur auf die individuelle Verwertung durch Einzellizenzierung fixierten Blickwinkel möglicherweise noch rational nachvollziehbar sein; in der komplexen Realität der modernen medialen Verwertung dürften Bekanntheitsvorteile die Risiken häufig weit überwiegen. Natürlich kann eine Bearbeitung oder ein Verweis die isolierte Verwertbarkeit des Originals auch schmälern – in den meisten Fällen dürften jedoch die summierten Vorteile für den Urheber des Originals überwiegen.⁵⁶⁸

Der durch die Komplementierung, Bearbeitung oder Verbreitung erlangte wirtschaftliche Mehrwert des Werks kann sodann auf einem Sekundärmarkt abgeschöpft werden. Besonders deutlich wird dies im Bereich der geduldeten Nutzung. Dort profitieren Rechtsinhaber unmittelbar davon, den Wert des eigenen Produkts oder der eigenen Marke durch die verschiedenen Arten von transformativer Fan-Kultur zu vermarkten.⁵⁶⁹ Das gesamte Konzept des viralen Marketings fußt letztlich auf diesem Ansatz. Je mehr Personen über das Werk sprechen und sich damit beschäftigen, desto wertvoller wird es. Hinzu kommt der Wunsch, hierdurch Goodwill innerhalb der Zielgruppe aufzubauen oder als besonders liberal und modern zu gelten. Solange der Rechtsinhaber weiterhin ein gewisses Maß an Kontrolle über sein Werk behält und den Wertzuwachs in irgendeiner Form internalisieren kann, ist eine entsprechende Vermarktung des Werks daher in vielen Konstellationen eine wirtschaftlich sinnvolle Strategie.

V. Alternative soziale Regelungssysteme für öffentliche Güter

Einen weiteren ökonomischen Erklärungsansatz bietet möglicherweise ein Blick auf alternative Regelungssysteme im Umgang mit gemeinschaftlich genutzten oder nutzbaren Gütern. Nach *Hardin* droht bei einem Wirtschaftsgut, das durch jedermann genutzt werden kann, stets eine Übernutzung sowie ein Verlust an Anreizen

⁵⁶⁷ Als Beleg hierfür mögen die Sorgen vor einer zu weiten Auslegung des Zitatrechts nach § 51 UrhG dienen, siehe etwa *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 51 UrhG Rn. 3 f. *Schulz* in: *Möhring/Nicolini*, § 51 UrhG Rn. 12 f. *Dustmann* in: *Fromm/Nordemann*, § 51 UrhG Rn. 1.

⁵⁶⁸ *Arai/Kinukawa*, *J. Cult. Econ.* 2013, S. 131, konnten etwa nachweisen, dass sich im Wege des UGC der Wert des Originals erhöhen kann.

⁵⁶⁹ Siehe hierzu die Nachweise bei *Arai/Kinukawa*, *J. Cult. Econ.* 2013, S. 131.

zur weiteren Produktion dieses Wirtschaftsguts.⁵⁷⁰ Es gibt nur zwei Möglichkeiten, diese Risiken zu beseitigen: die Zwangsverwaltung der Ressource durch eine zentrale Leitgewalt oder die Etablierung eines Markts durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten an diesen Ressourcen.⁵⁷¹ Übersehen wurde jedoch, dass neben den Extremen Zwangsverwaltung und freier Markt durch Interaktion der Betroffenen, soziale Normen und Erfahrungen auch andere nachhaltige Lösungen zum Umgang mit gemeinschaftlich nutzbaren Gütern existieren können.⁵⁷² Möglicherweise stellen freie Lizenzen ein derartiges alternatives Regelungssystem zur gemeinsamen Verwaltung kollektiver Ressourcen in Form von urheberrechtlich geschützten Werken dar.

1. Kollektive Verwaltung von Gemeinschaftsressourcen

Insbesondere die umfassenden Untersuchungen von *Ostrom* zeigten, dass in der Praxis eine Vielzahl weiterer Systeme für die Lösung des „Allmendeproblems“ entwickelt worden sind.⁵⁷³ So kann eine allgemein zugängliche Ressource – wie etwa geistige Erzeugnisse – unter gewissen Umständen auch durch kollektive Verwaltung durch die potentiellen Nutzer nachhaltig bewirtschaftet werden. Eine solche Kollektivverwaltung kann aufgrund ihrer größeren Flexibilität und Sachnähe sowohl staatlicher Kontrolle als auch der Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten überlegen sein. Nach *Ostrom* entstehen derartige Systeme vor allem in Umgebungen, die von einem hohen Maß an Unklarheit, Unsicherheit und Komplexität geprägt sind. In einer solchen Konstellation, die für staatliche Zwangsverwaltung oder freie Märkte weniger geeignet ist, können Gemeinschaften selbständige Normen für den Umgang mit gemeinsamen Ressourcen entwickeln.⁵⁷⁴

Ein solches alternatives Verwaltungssystem kann nach *Ostrom* jedoch nur dann nachhaltig sein, d. h. Trittbrettfahrer oder eine Übernutzung vermeiden und Investitionen in die Ressource dauerhaft fördern, wenn eine Reihe von Voraussetzungen erfüllt sind:

Bei sämtlichen erfolgreichen Systemen gab es klare Bestimmungen, welche Personen zur Nutzung der Ressource berechtigt sind und wie weit diese Personen die

570 Grundlegend: *Hardin*, *Science* 1968, S. 1243; siehe aus aktueller Sicht *Elkin-Koren/Salzberger*, *Law and Economics of IP in the Digital Age*, S. 118 ff.; *Osterloh/Luethi*, in: Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 145, 146 ff.; *Peukert*, in: Hilty (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, S. 11, 15.

571 Zusammenfassend *Hess/Ostrom*, in: Hess/Ostrom (Hrsg.), *Understanding Knowledge as a Commons*, S. 1, 11.

572 Allgemeine Kritik zu diesen beiden, die Debatte lange Zeit bestimmenden Wegen findet sich bei *Ostrom*, *Die Verfassung der Allmende*, S. 11 ff.

573 Grundlegend: *Ostrom*, *Governing the Commons*; auch die Arbeit von *Stevenson*, *Common Property Economics* befasst sich auf Basis vergleichbarer Untersuchungen mit der Frage, ob und wann Gemeinschaftseigentum eine weitere Alternative darstellen könnte.

574 *Ostrom*, *Governing the Commons*, S. 88; ein vergleichbarer Katalog für „Gemeinschaftseigentum“ findet sich bei *Stevenson*, *Common Property Economics*, S. 40.

Ressource nutzen dürfen.⁵⁷⁵ Die Regeln, die die allgemeine Nutzung der Ressource bestimmen, müssen auf die konkrete Art der Ressource, lokale und personelle Besonderheiten angepasst sein. Oftmals können die Betroffenen selbst Einfluss auf eine Veränderung der Regeln nehmen. Hierdurch wird gewährleistet, dass sich die tatsächlich Betroffenen in die Normentwicklung einbringen können, so dass die Regeln angemessener und eher befolgt werden.⁵⁷⁶ Dennoch muss die Einhaltung der Regeln durch eine gesonderte Instanz oder die Allgemeinheit der Nutzer überwacht werden.⁵⁷⁷ Im Fall eines Regelverstößes gibt es ein abgestuftes System von Sanktionen. Die Kombination einer Art freiwilliger Selbstüberwachungsinstanz mit Sanktionen führt zu einer freiwilligen Regelbefolgung. Alle Betroffenen halten sich an die Regeln, wenn sie davon ausgehen, dass das gemeinsame Ziel (dauerhafte Nutzung der Ressource) erreicht wird und sich auch alle anderen Betroffenen an die Regeln halten. Im Idealfall werden die Regeln daher nicht aufgrund von Zwang oder reiner Freiwilligkeit eingehalten, sondern aufgrund erwarteter Regelkonformität aller Beteiligten.⁵⁷⁸ Da dennoch Nutzungskonflikte zwischen den einzelnen Berechtigten nicht ausbleiben, ist es für die nachhaltige Bewirtschaftung der Ressource wesentlich, dass im Streitfall einfach und kostengünstig erreichbare Konfliktlösungsmechanismen bereitstehen.⁵⁷⁹ Zudem ist es förderlich, wenn das von den Betroffenen selbst gewählte Verwaltungssystem auch von externen rechtlichen Regelungen anerkannt wird, sich also in das gesamte Rechtssystem einfügt.⁵⁸⁰

Sind diese Bedingungen gegeben, kann eine gemeinsame Verwaltung einer Ressource eine Alternative zur Verwaltung durch eine zentrale Gewalt oder der Gewährung von individuellen Rechten an der Ressource darstellen. Diese Überlegungen lassen sich grundsätzlich auch auf die Nutzung unkörperlicher Ressourcen wie etwa geistigen Erzeugnissen übertragen.⁵⁸¹ Es darf dabei aber nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich bei den von *Ostrom* untersuchten Situationen ausschließlich um die Nutzung physischer Ressourcen handelte, die in weitaus stärkerem Maße eine Ausschließung Dritter erlauben als geistige Ressourcen. Jedoch wird die Nutzung einer geistigen Ressource, etwa einer Idee, durch die Nutzung Dritter in keiner Weise beeinträchtigt – bei physischen Ressourcen kommt eine schädliche Übernutzung wesentlich eher vor.⁵⁸²

575 *Ostrom*, *Governing the Commons*, S. 91 f.

576 *Ostrom*, *Governing the Commons*, S. 93.

577 *Ostrom*, *Governing the Commons*, S. 94 f.

578 *Ostrom*, *Governing the Commons*, S. 97, 99.

579 *Ostrom*, *Governing the Commons*, S. 100.

580 *Ostrom*, *Governing the Commons*, S. 101.

581 *Hess/Ostrom*, in: *Hess/Ostrom* (Hrsg.), *Understanding Knowledge as a Commons*, S. 1, 13; *Boyle*, in: *Hess/Ostrom* (Hrsg.), *Understanding Knowledge as a Commons*, S. 123.

582 Hierauf weisen auch *Hess/Ostrom*, in: *Hess/Ostrom* (Hrsg.), *Understanding Knowledge as a Commons*, S. 1, 13 ausdrücklich hin.

2. Funktionale Äquivalente zum Urheberrechtssystem auf der Grundlage sozialer Normen

Ausgehend von diesen grundlegenden Feststellungen im Bereich körperlicher Ressourcen lassen sich vergleichbare Systeme auch im Umgang mit immateriellen Ressourcen beobachten. Dort haben sich in einzelnen Bereichen funktionale Äquivalente zum gesetzlichen Schutz von Immaterialgütern in Form sozialer Normen oder Industriepraktiken entwickelt. Sie können das geltende Recht sowohl ergänzen, als auch ersetzen.⁵⁸³ So wiesen *Fauchart* und *Hippel* nach, dass französische Spitzenköche untereinander ein eigenes System entwickelt haben, um sich vor Nachahmungen zu schützen und die Verbindung zwischen dem Erfinder eines neuen Rezepts und dem Rezept aufrechtzuerhalten.⁵⁸⁴ Vergleichbare Systeme wurden auch bei Zauberkünstlern und Komikern nachgewiesen.⁵⁸⁵ Auch im Wissenschaftsbereich dürfte es vergleichbare, vor allem auf sozialen Normen basierende Systeme geben.⁵⁸⁶

Ihre Gemeinsamkeit liegt darin, dass sie auf sozialen Normen innerhalb einer Gruppe basieren und anstelle oder ergänzend zum geltenden Recht Anerkennung der Urheberschaft und ein Minimum an Schutz vor Nachahmung bieten. Es handelt sich um eine auf sozialen Normen fußende kollektive Verhaltensnorm zum Umgang mit – rein theoretisch von allen nutzbaren – Ressourcen und damit um eines der von *Ostrom* beschriebenen kollektiven Selbstverwaltungssysteme.⁵⁸⁷ Bei französischen Spitzenköchen gilt etwa die Regel, dass ein Koch niemals das Rezept eines anderen einfach kopieren darf. Sofern ein Koch einem anderen ein Rezept offenbart, darf diese Information nicht an Dritte weitergegeben werden. Wird – mit Erlaubnis des ursprünglichen Kochs – ein Rezept oder eine Verfahrensweise öffentlich bekannt gegeben oder nachgekocht, ist stets der ursprüngliche Koch als eigentlicher Entwickler zu benennen.⁵⁸⁸ Köche, die dagegen verstoßen, werden von den anderen Köchen mit Missachtung und Ausschluss aus der informellen Weitergabe von Ideen bestraft.

Nach *Fauchard* und *Hippel* entstehen solche alternativen Systeme immer dann, wenn eine bestimmte Art des Schutzes für die Mitglieder der Gruppe wichtig ist, das geltende Recht aber nicht die optimal passenden Regelungen dafür bietet. Ein alternatives System sozialer Normen funktioniert immer dann, wenn die Mitglieder einer Gruppe durch soziale Belohnungen oder Strafen die Nichteinhaltung der Norm sanktionieren können und ein Normverstoß von außerhalb der Normbeziehung Stehenden keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Norm innerhalb der Gemein-

583 *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484, 486, bezeichnet diese Systeme als „funktionale Äquivalente“; siehe auch *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 443.

584 *Fauchart/Hippel*, Organ. Sci. 2008, S. 187.

585 *Oliar/Sprigman*, Va. L. Rev. 2008, S. 1787; *Loshin*, in: Corcos (Hrsg.), S. 123.

586 *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 443.

587 *Fauchart/Hippel*, Organ. Sci. 2008, S. 187, 187.

588 *Fauchart/Hippel*, Organ. Sci. 2008, S. 187, 193.

schaft hat.⁵⁸⁹ Könnte ein außenstehender Dritter durch einen Normverstoß die Geltung der Norm zwischen den eigentlich der sozialen Norm Unterworfenen beeinträchtigen, wäre die Dauerhaftigkeit der Norm stark gefährdet.

Die einzelnen Normen sind dabei in den einzelnen Bereichen keineswegs gleich. Einige Normen finden sich nur in manchen Bereichen, andere – wie etwa die Pflicht zur Namensnennung – nahezu überall.

Auch zwischen rechtsverletzenden Kreativen gibt es entsprechende soziale Normen. Insbesondere im Bereich der transformativen Kreativität, etwa im Fanfiction- oder Sampling-Bereich, lässt sich zwischen den einzelnen Mitgliedern einer Community oder Subkultur ein vergleichbares Verhalten beobachten.⁵⁹⁰ Autoren von Fan-Geschichten möchten untereinander ihre Werke gerne teilen, dabei jedoch als Urheber neuer Ideen anerkannt werden und zugleich vor Dritten außerhalb der Gemeinschaft geschützt sein.⁵⁹¹ Es gehört zu den anerkannten Regeln des Samplings, dass das übernommene Sample als „Zitat“ noch erkennbar bleibt.⁵⁹² Auch hier gibt es somit soziale Normen, die an Stelle des Urheberrechts die Zulässigkeit bestimmter Praktiken innerhalb einer Gemeinschaft regeln.

Im Bereich der Immaterialgüterrechte findet sich somit eine ganze Reihe von Konstellationen, in denen jenseits des geltenden Rechts auf Grundlage sozialer Normen eine dem Urheberrecht vergleichbare Regelungsstruktur etabliert ist. Namensnennung, Anerkennung der Urheberschaft und eine gewisse Begrenzung der Nutzbarkeit sind elementare Bestandteile dieser Regelungssysteme. Zwar handelt es sich dabei oftmals nur um kleinere Nischen und keine Massenphänomene. Dennoch belegen diese sozialen Normen, dass es möglich und teilweise auch effektiver ist, alternative Systeme unabhängig vom geltenden Rechts zum Umgang mit immateriellen Gütern aufrechtzuerhalten oder zu entwickeln.⁵⁹³

3. Freie Lizenzen als Beispiel für ein alternatives Verwaltungssystem

Können nun freie Lizenzen – etwa in Form von CC oder OSS-Lizenzen – als ein solches alternatives, aber äquivalentes Urheberrechtssystem angesehen werden, welches den Interessen der Parteien näherliegt als das geltende Recht?⁵⁹⁴ Ein wichtiger Unterschied zu anderen alternativen Regelungssystemen liegt darin, dass freie Lizenzen gerade keine informelle Lösung darstellen, sondern im Gegenteil möglichst formal Rechte und Pflichten in Anlehnung an das Gesetz regeln wollen. Ziel ist nicht die Etablierung eines alternativen Urheberrechtssystems jenseits des bestehenden Rechts, sondern eine Art Verschmelzung sozialer Praktiken mit dem gelten-

589 *Fauchart/Hippel*, *Organ. Sci.* 2008, S. 187, 199.

590 *Rothman*, *Va. L. Rev.* 2007, S. 1899, 1926.

591 *Tushnet*, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 2007, S. 135, 153 ff.

592 *Tushnet*, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 2007, S. 135, 159.

593 *Rothman*, *Va. L. Rev.* 2007, S. 1899, 1925.

594 *Osterloh/Luethi*, in: *Eifert* (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 145.

den Recht.⁵⁹⁵ Freie Lizenzen weisen daher auch eine ganze Reihe von für diese alternativen Regelungssysteme typischen Kriterien auf:

Auffällig ist, dass alle auf der Basis sozialer Normen etablierten Alternativen zum Urheberrechtssystem ein hohes Gewicht auf die Anerkennung der Urheberschaft legen.⁵⁹⁶ Eine Verbreitung oder Bearbeitung unter Anerkennung der fremden Urheberschaft ist akzeptabel, nicht aber ein reines Plagiat. Auch freie Lizenzen setzen einen starken Fokus auf die Kennzeichnung des Urhebers.⁵⁹⁷ Anders als einige auf sozialen Normen basierende Systeme richten sich freie Lizenzen aber bewusst nicht nur an die Mitglieder einer bestimmten Gemeinschaft, sondern an jedermann.⁵⁹⁸ Sie beruhen jedoch ebenfalls auf der Einschätzung, dass das geltende Recht in einem bestimmten Bereich nicht die optimale Lösung darstellt. Sofern in einem bestimmten Bereich eine soziale Norm existiert, die das Teilen eines Werks mit Anderen und die Bearbeitung fremder Werke als zulässig oder erstrebenswert erklärt, kann die Wahl einer freien Lizenz durch den Urheber bedeuten, dass er die in diesem Bereich herrschenden sozialen Normen für angemessener oder geeigneter hält als den gesetzlichen Standardfall. Freie Lizenzen sind somit etwas anderes als die sozialen Praktiken innerhalb von Gemeinschaften. Sie sind eine Weiterentwicklung dieser Praktiken, die von vielen Mitgliedern unterschiedlicher Gemeinschaften untereinander als gegenüber dem geschriebenen Recht vorteilhaft angesehen werden. Sie erlauben es dem Urheber, eine soziale Norm in rechtlich klare Strukturen zu fassen.

Freie Lizenzen besitzen aufgrund ihrer Konzeption als Angebot einer Lizenz an jedermann eine wesentlich größere Reichweite als soziale Normen, die stets nur innerhalb einer bestimmten Gruppe Geltung erlangen. Das bedeutet, dass Dritte, die sich nicht an die sozialen Normen gebunden fühlen, die Grundlage der Lizenzierung waren, einseitig von der Lizenzierung profitieren können. Ihnen gegenüber zählt nur der Lizenztext, nicht irgendwelche sozialen Normen der Gemeinschaft.⁵⁹⁹

595 Rothman, Va. L. Rev. 2007, S. 1899, 1928.

596 Tushnet, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works 2007, S. 135, 153, 158 mit weiteren Beispielen aus anderen Bereichen.

597 Siehe etwa Zif. 3 a. aller CC-Lizenzen mit „BY“ (Namensnennung) Modul sowie Zif. 7 Abs. 3 GPLv3.

598 Die Non-Commerical Variante der CC-Lizenzen ist hierbei eine Ausnahme.

599 Zu welchen Problemen dabei ein falsches Verständnis freier Lizenzen führen kann, zeigt die Auseinandersetzung zwischen dem Fotoportal Flickr und einigen seiner Nutzer. So beklagten sich zahlreiche Fotografen, die ihre Bilder auf Flickr unter einer freien Lizenz veröffentlicht hatten, darüber, dass Flickr ankündigte, derart lizenzierte Bilder gegen Entgelt drucken zu lassen, ohne die Urheber hieran zu beteiligen. Dieser Vorgang – der rechtlich von der Lizenz gedeckt gewesen wäre – zeigt, dass Urheber, die es offenbar für angemessen erachteten, ihre Werke frei mit anderen Kreativen zu teilen, nicht beachtet haben, dass sie hierdurch auch Dritten weitreichende Rechte einräumen bzw. die Reichweite sozialer Normen falsch eingeschätzt haben. Siehe hierzu exemplarisch Dredge, Flickr takes flak for selling Creative Commons photos as wall-art prints, veröffentlicht auf theguardian.com am 02.12.2014, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/technology/2014/dec/02/flickr-creative-commons-photos-wall-art> [letzter Abruf 14.01.2019].

Bestehende soziale Normen, die einen alternativen Umgang mit fremden Werken betreffen, können daher nur zum Teil als Erklärung für die Verwendung freier Lizenzen dienen. Freie Lizenzen stellen zwar ein alternatives Regelungssystem dar, das auf einer Verschmelzung von sozialen Normen und geltendem Recht basiert. Die Verwendung einer freien Lizenz ist dabei jedoch nicht zwingend Folge einer sozialen Norm, sondern eine bewusste individuelle Entscheidung.

4. Geduldete Nutzung und soziale Normen als Regelungssysteme

Zum Teil dürften auch hinter der Duldung von Verletzungen (insbesondere bei UGC) soziale Normen stehen, die das Verhältnis zwischen dem Urheber (bzw. Verwerter) eines Werks und dem Nutzer des Werks regeln.

Obwohl das Gesetz dem Urheber die Möglichkeit bietet, jede noch so geringe Rechtsverletzung zu verfolgen, unterbleibt eine solche Verfolgung häufig.⁶⁰⁰ Neben rein wirtschaftlichen Überlegungen spielen hierfür auch soziale Zwänge oftmals eine Rolle. Es wird von der Gesellschaft heutzutage häufig als unangemessen und überzogen angesehen, wenn Verwerter allzu radikal gegen transformative Nutzungen ihrer Werke durch Fans vorgehen. Soziale Normen gestatten weitaus mehr Nutzungen fremder Werke als das Urheberrecht selbst, sie sind flexibler und passen sich besser unterschiedlichen Situationen an. Viele der kreativen Nutzungen, die von Urhebern und Verwertern bewusst geduldet werden, sind wohl sozial anerkannt, obwohl sie gegen geltendes Recht verstoßen.

Ein starkes Indiz für die Existenz einer sozialen Norm ist immer die wahrnehmbare Bestrafung von Normabweichungen.⁶⁰¹ Die Bestrafung und damit die Durchsetzung sozialer Normen erfolgt mit Hilfe verschiedener Stimuli, denen die Zielperson – in diesem Fall also ein Urheber oder Verwerter – Bedeutung beimisst. Je wichtiger dieser, von der Allgemeinheit kontrollierte Stimulus für die Person ist, desto eher wird sie sich an die sozialen Normen halten.⁶⁰² Für Urheber und Verwerter ist vor allem die Anerkennung und Zuneigung ihrer Fans ein wichtiges Gut. Gehen Verwerter „zu streng“ – also unter Verletzung sozialer Normen – gegen kreative Nutzer vor, laufen sie Gefahr, diese als Fans zu verprellen und die Anerkennung der Zielgruppe zu verlieren.

Es spricht daher viel dafür, dass auch zwischen kommerziellen Rechtsinhabern und Nutzern ein vom geltenden Recht abweichendes System sozialer Normen besteht, welches anstelle des Urheberrechts regelt, welche Nutzungen „in Ordnung“ sind.⁶⁰³ Insbesondere im digitalen Bereich dürften die Unterschiede zwischen geltendem Recht und sozialen Normen teilweise gravierend sein. Wenn Urheber oder Verwerter solche Rechtsverletzungen dulden, unterwerfen sie sich lediglich dieser sozialen

600 Siehe hierzu ausführlich vorstehend unter Kap. 2 A. II.

601 *Fauchart/Hippel*, *Organ. Sci.* 2008, S. 187, 188.

602 *Fauchart/Hippel*, *Organ. Sci.* 2008, S. 187, 199.

603 Ausführlich zu verschiedenen sozialen Normen in diesem Kontext *Hetcher*, *U. Pa. L. Rev.* 2009, S. 1869, 1880 ff.

Norm aus Angst vor den Konsequenzen. Es lässt sich somit feststellen, dass sich inzwischen verschiedene soziale Normen zum Umgang mit kreativen Nutzungen im Internet entwickelt haben, die durchaus als alternative Regelungssysteme neben dem Urheberrecht angesehen werden können und deren sichtbare Folge die weitreichende Duldung offensichtlicher Rechtsverletzungen ist.

VI. Zwischenergebnis

Es zeigte sich, dass die gängigen ökonomischen Modelle des Urheberrechts bei weitem zu kurz greifen. Die Erstellung und Verbreitung kreativer Werke kann auch anhand anderer ökonomischer Modelle erklärt werden, die zudem innerhalb eines bestimmten Bereichs oder bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen effizienter sein können als die klassischen ökonomischen Modelle des Urheberrechts. Vor allem die Funktion und Bedeutung von Transaktionskosten wurde bisher zu wenig beachtet. Hier bieten die vorgestellten Selbstregulierungsansätze effizientere Methoden an, um Transaktionskosten in bestimmten Konstellationen zu verringern und so Werknutzung und Werkproduktion zu steigern. Freie Lizenzen können zudem dazu dienen, alternative Produktionsmodelle zu etablieren, die ebenfalls auf effizientere Art und Weise kreative Werke bereitstellen können als Märkte mit Ausschließlichkeitsrechten. Indem ein möglichst einfacher Austausch und eine einfache Weiterentwicklung kreativer Ideen ermöglicht wird, kann zugleich der kreative Output gesteigert werden.

Bereits mit klassisch ökonomischen Modellen lassen sich hingegen strategische Vorteile einer freiwilligen Beschränkung von Rechten im Wege der Selbstregulierung erklären. Zudem hat sich gezeigt, dass es durchaus noch weitere Möglichkeiten außer Ausschließlichkeitsrechten gibt, um geistige Erzeugnisse nachhaltig zu verwalten. Hierbei spielen insbesondere soziale Normen innerhalb von Gemeinschaften eine wichtige Rolle. Sie waren Ausgangspunkt für die Entwicklung und Verbreitung freier Lizenzen und können zum Teil weiterhin als Erklärung für ihre Verwendung dienen. Zudem dürften vom geschriebenen Recht abweichende soziale Normen, denen sich auch Verwerter nicht vollends entziehen können, eine wichtige Erklärung für die Duldung von Nutzungen im digitalen Bereich bieten.

B. Verhaltensökonomie, Psychologie und Kreativitätsforschung

Nicht nur die Ökonomie, sondern auch die Erkenntnisse anderer Wissenschaftsbereiche, die für die Erstellung und Verbreitung kreativer Werke relevant sind, können die Verwendung freier Lizenzen und die Duldung von Nutzungen erklären. Unter Berücksichtigung der Erkenntnisse der Verhaltensökonomie, Psychologie und Kreativitätsforschung kann ferner überprüft werden, ob diese Formen der Selbstregulierung möglicherweise eher als das geltende Urheberrecht geeignet sind, den kreativen Prozess zu unterstützen.⁶⁰⁴

Ziel dieses Abschnitts ist es, einen Überblick über den Forschungsstand bezüglich urheberrechtlich relevanter Handlungen aus Sicht dieser Disziplinen zu bieten. Es ist jedoch einschränkend anzumerken, dass diese Arbeit nicht in der Lage sein kann, eine umfassende Darstellung des gesamten aktuellen Forschungsstandes dieser Disziplinen zu bieten. Es werden daher vor allem diejenigen Erkenntnisse dargestellt, die zur Förderung des Verständnisses der Beziehungen zwischen Urheber, Werk und sozialer Umwelt dienlich sind. Bereits dies lässt erkennen, dass viele grundlegende Prämissen des Urheberrechts über menschliches Verhalten keineswegs selbstverständlich sind.

I. Zusammenhang zwischen Verhaltensökonomie, Psychologie, Kreativitätsforschung und Urheberrecht

Kreativität ist eines der zentralen Regelungsobjekte des Urheberrechts. Einerseits ist die persönliche Kreativität je nach Rechtfertigungstheorie entweder Schutzzweck oder Förderungsziel des Urheberrechts. Andererseits werden gerade bei rechtspolitischen Debatten oftmals vermeintlich überzeugende Argumente im Zusammenhang mit dem Schöpfungsprozess als „Totschlagargument“ herangezogen.⁶⁰⁵ Dennoch haben Kreativitätsforschung und Psychologie für die Gestaltung des Urheberrechts bisher eine untergeordnete Bedeutung. Das Urheberrecht beschäftigte sich nicht mit dem Warum und Wie des kreativen Handelns, sondern setzte dies voraus.⁶⁰⁶ Die fehlende Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft für den schöpferischen Prozess ist jedoch problematisch. Es kann zwar zum Teil mit der im Verhältnis zur Geschichte des Urheberrechts relativ späten Entwicklung dieser Forschungsgebiete erklärt werden. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, neue wissenschaft-

604 Die Bedeutung einer Einbeziehung anderer Disziplinen zur Ermittlung eines angemessenen Interessenausgleichs betonen auch: *Leistner*, BRJ 2014, S. 120, 120; *Bechtold*, GRUR Int. 2008, S. 484, 488; siehe allgemeiner zum Verhältnis von benachbarten Wissenschaften, Rechtssetzung, Dogmatik und Politik instruktiv *Engel*, JZ 2005, S. 581.

605 *Cohen*, *Configuring the Networked Self*, S. 63.

606 Die bisher fehlende Rückkopplung des Urheberrechts an Psychologie und Kreativitätsforschung beklagt auch *Rehbinder*, in: *Rehbinder (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 9, 9.

liche Erkenntnisse auch bei künftigen Gestaltungsentscheidungen außen vor zu lassen.

1. Grundlegende Erkenntnisse anderer Disziplinen

Aus diesem Grund ist es zunächst wichtig, die Forschungsbereiche zu identifizieren, die aus urheberrechtlicher Sicht von Bedeutung sein können. Hierzu zählen die Verhaltensökonomie als Teilgebiet der Ökonomie, die psychologische Forschung, die Kreativitätsforschung als Querschnittsmaterie und die Erforschung sozialer Einflüsse auf Kreativität bzw. allgemeiner die rechtssoziologische Forschung.

a) Verhaltensökonomie: Grenzen des homo oeconomicus

Die Verhaltensökonomie als Teilgebiet der Wirtschaftswissenschaften beschäftigt sich mit Situationen, in denen Individuen in Abweichung vom Rational Choice Modell handeln.⁶⁰⁷ Ihr liegt die „Entdeckung“ zugrunde, dass Individuen aus unterschiedlichen Gründen keineswegs immer so mathematisch rational und nutzenmaximierend handeln, wie es die Modelle der klassischen Ökonomie voraussetzen.⁶⁰⁸ Diese Erkenntnis beruht auf der Beobachtung von Anomalien der menschlichen Entscheidungsfindung, die durch experimentelle psychologische Forschung aufgedeckt wurden. Während das der klassischen Ökonomie zugrundeliegende Modell des homo oeconomicus von einem modellhaften Individuum ausgeht, das stets rational handelt, seinen Eigennutz maximieren möchte, frei von Emotionen ist und keine Fehler in der Informationsaufnahme und -verarbeitung macht,⁶⁰⁹ zeigte die Psychologie, dass Menschen bei ihrer Entscheidungsfindung nur sehr begrenzt rational und egoistisch handeln.⁶¹⁰ Grundlage dieses „Umbruchs“⁶¹¹ in der ökonomischen Forschung waren die im Rahmen psychologischer Experimente insbesondere von *Kahneman* festgestellten Anomalien oder Bias im Rahmen von Entscheidungsfindungen.⁶¹² Die Verhaltensökonomie versucht deshalb, die Erkenntnisse der Psychologie über menschliche Entscheidungen und Verhaltensweisen stärker in ökonomische Modelle einfließen zu lassen.⁶¹³

b) Psychologie: Feststellung kognitiver Verzerrungen

Die Psychologie beschäftigt sich mit dem Verhalten, Erleben und Bewusstsein von Menschen, seiner Entwicklung und deren inneren und äußeren Ursachen und Be-

607 *Johnson*, Fla. St. U. L. Rev. 2012, S. 623, 641; *Leistner*, BRJ 2014, S. 120, S. 120 FN. 6; eine gute deutschsprachige Zusammenfassung dieses weiten Forschungsgebiets bietet *Beck*, Behavioral Economics; siehe ferner für einen umfassenden Überblick *Camerer/Loewenstein/Rabin* (Hrsg.), Advances in Behavioral Economics.

608 Siehe zu diesen Modellen vorstehend unter Kap. 3 A. I.

609 *Beck*, Behavioral Economics, S. 1 ff.

610 *Beck*, Behavioral Economics, S. 10 ff.; ausführlich zur Prospect Theory (auch: Neue Erwartungstheorie) als Versuch einer realitätsnäheren Theorie menschlicher Entscheidungsfindung S. 126 ff.

611 *Johnson*, Fla. St. U. L. Rev. 2012, S. 623, 641.

612 Siehe hierzu etwa *Kahneman u. a.*, JPE 1990, S. 1325; *Kahneman u. a.*, JEP 1991, S. 193.

613 *Beck*, Behavioral Economics, S. 9.

dingungen.⁶¹⁴ Dabei wurden im Wege experimenteller Forschung eine Reihe von Anomalien im Rahmen menschlicher Entscheidungsfindung bestätigt. Dies betrifft insbesondere die Beurteilung eigener Leistungen und Potentiale sowie die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit künftiger Ereignisse.⁶¹⁵

Der sogenannte „Endowment Effect“ (deutsch Besitzumseffekt), zum Teil auch als „Status Quo Bias“ bezeichnet, umschreibt die Tatsache, dass Individuen den Wert eines Guts oder eine Rechtsposition unrealistisch hoch einschätzen, wenn sie es selbst besitzen. Umgekehrt wird der Wert eines Guts, das sie nicht besitzen, zu niedrig bewertet.⁶¹⁶ Individuen sind nur dann bereit, eine eigene Rechtsposition aufzugeben, wenn der Preis hierfür (willingness- to-accept-Preis) über dem tatsächlichen wirtschaftlichen Wert liegt, setzen umgekehrt aber für den Erwerb fremder Rechtspositionen einen zu niedrigen Wert an (willingness-to-pay-Preis). Dieser Effekt wurde zwischenzeitlich in einer Vielzahl von Anwendungsgebieten beobachtet und tritt grundsätzlich unabhängig von besonderen emotionalen Beziehungen zum Gegenstand bzw. der Rechtsposition auf. Die Entscheidung für den Verkauf eines Guts oder – im Kontext des Urheberrechts – die Einräumung einer Lizenz fällt somit nicht auf rein rationaler Ebene.

Der Effekt ist am stärksten bei Gütern, deren Wert unklar ist, etwa bei nicht alltäglichen Gütern oder Gütern ohne messbaren fixen Preis.⁶¹⁷ Urheberrechtliche Nutzungsrechte haben typischerweise keinen messbaren Preis und sind nicht eindeutig ökonomisch bewertbar. Bereits aus diesem Grund ist diese Verzerrung im Urheberrecht möglicherweise stärker als in anderen Bereichen. Auch die Beziehung zwischen Individuum und Gut kann Einfluss auf die Stärke des Effekts haben. Ob der Effekt mit steigender Markterfahrung der Individuen verschwindet, ist nach bisherigem Kenntnisstand unklar.⁶¹⁸ Die dem Effekt zugrundeliegenden psychologischen Prozesse sind bisher noch nicht in vollem Umfang aufgeklärt; ein möglicher Erklärungsansatz ist eine weitere psychologische Verzerrung in Form der Verlustaversion: Der Verlust eines Guts wird stärker gewichtet als entsprechende gleich wertvolle Gewinne. Es ist Menschen wichtiger, einen Verlust zu verhindern, als Gewinne zu erzielen.⁶¹⁹

Weitere relevante Verzerrungen sind Überoptimismus und Selbstüberschätzung. Eigene Chancen und nur möglicherweise zukünftig eintretende, positive Ereignisse werden überschätzt. Dasselbe gilt für die eigene Leistung oder den eigenen Beitrag

614 Peukert, in: Reh binder (Hrsg.), Psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113, 117.

615 Leistner, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 211, 214 ff.; Leistner, BRJ 2014, S. 120, 123; ein sehr umfassenden Überblick über eine Vielzahl dieser Anomalien findet sich bei Beck, Behavioral Economics, S. 28 ff.

616 Siehe hierzu umfassend Korobkin, Nw. U.L.Rev. 2003, S. 1227, 1232 ff.; grundlegend Kahneman u. a., JPE 1990, S. 1325; Kahneman u. a., JEP 1991, S. 193, 194 ff.

617 Buccafusco/Sprigman, Cornell L. Rev. 2010, S. 1, 9 m. W. n.

618 Buccafusco/Sprigman, Cornell L. Rev. 2010, S. 1, 10 f. zum Forschungsstand.

619 Kahneman u. a., JEP 1991, S. 193, 199 ff.

zu einer Leistung.⁶²⁰ Menschen sind nicht sehr gut darin, die Wahrscheinlichkeit künftiger Ereignisse realistisch einzuschätzen. Die eigene Position wird stets zu positiv bewertet. Erfolge werden der eigenen Leistung zugeschrieben, während für Niederlagen oder Verluste der Zufall verantwortlich gemacht wird.

Darüber hinaus werden Entscheidungen in starkem Umfang durch die Art und Weise der Präsentation einer Entscheidungsmöglichkeit beeinflusst (sogenannte Framing-Effekte).⁶²¹ Die Entscheidung ist in irrationaler Art und Weise von den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten im Moment der Entscheidungsfindung abhängig, z. B. der konkreten Formulierung einer Frage. Auch die Auffassung über den Wert eines Guts kann durch Framing beeinflusst werden.⁶²² Zudem werden risikante Entscheidungen stark davon beeinflusst, ob die Entscheidungsvarianten einen vermeintlich „positiven“ oder „negativen“ Effekt haben – unabhängig davon wie wahrscheinlich der Eintritt dieser Effekte ist. Dies hängt offenbar damit zusammen, dass Menschen Risiken scheuen, wenn es um die Erzielung von Gewinnen geht, jedoch bereit sind, Risiken einzugehen, um drohende Verluste zu verhindern.⁶²³

Aus psychologischer Sicht lässt sich daher anhand einer Vielzahl von Effekten die Schwierigkeit belegen, menschliche Entscheidungen im Rahmen von Modellen exakt zu erfassen. Entscheidungen erfolgen meistens nicht rational, sondern auf Grundlage falscher Erwartungen, Bewertungen oder zufälliger, für die Entscheidung irrelevanter Begleitumstände.

c) Kreativitätsforschung: Variablen für die Entstehung von Kreativität

Die Kreativitätsforschung selbst ist ein psychologisches Querschnittsgebiet.⁶²⁴ Sie war aufgrund ihrer Komplexität und dem lange Zeit verbreiteten Glauben an „mystische“ Umstände des Schaffensprozesses zunächst eine Art Waisenkind der Psychologie.⁶²⁵ Es findet sich bereits früh eine Reihe psychoanalytischer und psychodynamischer Ansätze, mit deren Hilfe versucht wurde zu verstehen, welche psychologischen Vorgänge bei bekannten Künstlerpersönlichkeiten während kreativer Phasen ablaufen.⁶²⁶ Die aus diesen Untersuchungen gewonnenen Erkenntnisse sind jedoch nach heutiger Ansicht nur sehr begrenzt verallgemeinerungsfähig.⁶²⁷ In der Folge wurde der wissenschaftliche Akzent zunächst stärker auf pragmatischen Fragen gesetzt, etwa wie Kreativität (insbesondere am Arbeitsplatz) auf möglichst

620 Beck, Behavioral Economics, S. S. 58 ff.

621 Siehe hierzu Beck, Behavioral Economics, S. 153 ff.

622 Buccafusco/Sprigman, Cornell L. Rev. 2010, S. 1, 3, 4; Korobkin, Nw. U.L.Rev. 2003, S. 1227, 1227, 1229.

623 Beck, Behavioral Economics, S. 155.

624 Peukert, in: Reh binder (Hrsg.), Psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113, 129; Jakob, in: Reh binder (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 77, 77.

625 Siehe zur Geschichte der Kreativitätsforschung u.a. Sternberg/Lubart, in: Sternberg (Hrsg.), Handbook of Creativity, S. 1.

626 Siehe für einen (kritischen) Überblick Sternberg/Lubart, in: Sternberg (Hrsg.), Handbook of Creativity, S. 1, 6; Runco, Creativity, S. 126.

627 Peukert, in: Reh binder (Hrsg.), Psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113, 128.

effiziente Weise erzwungen werden kann.⁶²⁸ Dennoch konnte die Forschung in der Zwischenzeit ein extrem vielseitiges Bündel an Erkenntnissen über Kreativität und kreative Prozesse hervorbringen.⁶²⁹

Sozial-persönlichkeitsorientierte Ansätze versuchten, auf Grundlage von Experimenten und Beobachtungen Erkenntnisse zu individuellen Voraussetzungen, Motivationsvariablen und der Bedeutung der soziokulturellen Umgebung für Kreativität zu gewinnen.⁶³⁰ Hierbei wurde insbesondere die elementare Bedeutung intrinsischer Motivation herausgearbeitet.⁶³¹

In jüngerer Zeit finden sich vermehrt Forschungsarbeiten, die versuchen, Kreativität als Teil eines gesamtgesellschaftlichen Prozesses kultureller Entwicklung zu betrachten.⁶³² Da soziale Prozesse und Strukturen einen starken Einfluss auf die Kreativität haben können, könne Kreativität nicht allein mit Blick auf das Individuum erforscht werden, sondern nur unter Berücksichtigung der gesamten kulturellen Entwicklung.⁶³³ Der kreative Prozess soll daher eher eine Frage der Soziologie, als der Psychologie oder der Ökonomie sein.⁶³⁴ In jedem Fall kann wohl nicht daran gezweifelt werden, dass auch das soziokulturelle Umfeld mitursächlich dafür ist, Kreativität zu fördern oder zu behindern.⁶³⁵

Die aus der Vielzahl dieser unterschiedlichen Ansätze resultierende Komplexität zeigt sich bereits beim Versuch, den Begriff der Kreativität zu definieren. Dieser eigentlich zentrale Begriff des Urheberrechts ist in seiner Reichweite sehr umstritten, gilt als komplex⁶³⁶ und wird aufgrund seiner Vielschichtigkeit teilweise als undefinierbar angesehen.⁶³⁷ Meistens werden damit Fähigkeiten und Handlungen umschrieben, die Ausdruck eines neuen, unter Umständen ungewöhnlichen, originellen und nicht unsinnigen Handelns sind.⁶³⁸ Kreativität ist mehr als reine Innovation: Die Begriffe Innovation und Kreativität haben zwar weitgehende Überschnei-

628 Sternberg/Lubart, in: Sternberg (Hrsg.), Handbook of Creativity, S. 1, 5.

629 Für einen Überblick über die verschiedenen Ansätze der Kreativitätsforschung sowie einen umfassenden aktuellen Überblick siehe etwa Runco, Creativity.

630 Siehe hierzu insbesondere die umfassenden Forschungen von Amabile, Creativity in Context; Csikszentmihalyi, Creativity; Csikszentmihalyi, The Systems Model of Creativity; siehe für einen kurzen Überblick Sternberg/Lubart, in: Sternberg (Hrsg.), Handbook of Creativity, S. 1, 8 ff.

631 Peukert, in: Reh binder (Hrsg.), Psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113, 140; siehe zur Bedeutung intrinsischer Motivation und Gründen kreativer Tätigkeit ausführlicher nachstehend unter Kap. 3 B. II. 2.

632 Runco, Creativity, S. 145; Cohen, in: Guibault/Hugenholtz (Hrsg.), Future of the Public Domain, S. 121, 137.

633 Siehe hierzu insbesondere die Arbeiten von Csikszentmihalyi, The Systems Model of Creativity; Cohen, Configuring the Networked Self.

634 Cohen, in: Guibault/Hugenholtz (Hrsg.), Future of the Public Domain, S. 121, 151; Cohen, Configuring the Networked Self.

635 Cohen, Configuring the Networked Self, S. 80 ff.; Jakob, in: Reh binder (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 77, 78.

636 Runco, Creativity, S. 389 ff.; Reh binder, in: Reh binder (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 9, 11.

637 Siehe zu dieser Problematik insbesondere Amabile, Creativity in Context, S. 19 ff.

dungen, sind jedoch nicht identisch.⁶³⁹ Innovation dürfte vielfach das Ergebnis kreativer Prozesse sein. Es gibt wohl nicht *den* Begriff der Kreativität. Kreativität umfasst je nach Betrachtungsansatz andere Handlungen oder Positionen, weist also mehrere Ebenen auf. Die Gemeinsamkeit sämtlicher Ebenen liegt darin, dass es um eine Art „Neuformation“ von Informationen geht,⁶⁴⁰ um „schöpferisches Denken“ und Problemlösen.⁶⁴¹ Es ist zu unterscheiden zwischen der persönlichen Ebene, die das individuelle Wissen, die individuellen Fähigkeiten und Erfahrungen des Einzelnen berücksichtigt, und der gesellschaftlichen Ebene, die die Originalität und Neuartigkeit beurteilt. Ferner ist zu differenzieren zwischen dem Prozess an sich, seinen Voraussetzungen (in Bezug auf Persönlichkeitsvariablen und Umgebungsbedingungen) und dem Produkt des kreativen Prozesses. Hiervon zu unterscheiden ist wiederum die Frage, was Menschen überhaupt dazu bewegt, kreativ tätig zu werden.⁶⁴²

In der Summe festigt sich die Erkenntnis, dass eine Vielzahl von Variablen für das Auftreten von Kreativität relevant sind und die Erkenntnisse aller bisherigen Forschungsansätze zu einem integrativen Gesamtmodell gebündelt werden müssen.⁶⁴³ Kreativität erfolgt demnach im Zusammenspiel aus intrinsischer Motivation, bestehendem Wissen und Erfahrungen sowie Möglichkeiten und praktischen Fähigkeiten.⁶⁴⁴ Ob ein Produkt seinerseits kreativ ist, kann nur mit Blick auf den sozialen, kulturellen und historischen Hintergrund beurteilt werden.⁶⁴⁵

Geht man davon aus, dass das Urheberrecht (zumindest auch) Kreativität bzw. kreatives Handeln fördern soll,⁶⁴⁶ ist aus urheberrechtlicher Sicht von besonderem Interesse, wieso Menschen kreativ tätig werden, was Kreativität fördert oder behindert und welchen Einfluss das geltende Urheberrecht auf die Ausübung von Kreativität hat. Der Kreativitätsforschung ist es gelungen, hierfür eine ganze Reihe von Erkenntnissen herauszuarbeiten. Schwierig bleibt jedoch weiterhin eine exakte Bestimmung des genauen Zusammenspiels der einzelnen relevanten Faktoren bzw. ih-

638 *Sternberg/Lubart*, in: Sternberg (Hrsg.), *Handbook of Creativity*, S. 1, 3; *Peukert*, in: Reh binder (Hrsg.), *Psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 113, 129.

639 Siehe zur Abgrenzung zwischen „kultureller Kreativität“ und „Innovationsförderung“ als denkbaren Zwecken des Urheberrechts *Ohly*, in: Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 279, 287 f.; aus kreativitätspsychologischer Sicht *Runco*, *Creativity*, S. 395.

640 Siehe hierzu etwa aus neurologischer Sicht *Holm-Hadulla*, *Kreativität zwischen Schöpfung und Zerstörung*, S. 56 ff.

641 *Jakob*, in: Reh binder (Hrsg.), *Die psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 77, 77; *Pink*, *Drive*, S. 23.

642 Siehe zu dieser Aufteilung u.a. *Rehbinder*, in: Reh binder (Hrsg.), *Die psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 9, 11; *Jakob*, in: Reh binder (Hrsg.), *Die psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 77, 77.

643 *Sternberg/Lubart*, in: Sternberg (Hrsg.), *Handbook of Creativity*, S. 1, 10.

644 Siehe hierzu umfassend *Amabile*, *Creativity in Context*, S. 81 ff.

645 *Amabile*, *Creativity in Context*, S. 38; *Csikszentmihalyi*, *The Systems Model of Creativity*, S. 54 f.

646 *Ohly*, in: Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 279, 287; *Peukert*, in: Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 299, 300.

rer Gewichtung. Nichtsdestotrotz kann insoweit auf Grundlage der soeben referenzierten Literatur als gemeinsamer Nenner zusammenfassend festgehalten werden, dass

- intrinsische Motivation für kreative Tätigkeiten eine wesentliche Triebfeder darstellt,
- Kreativität von individuellem Wissen und persönlichen Erfahrungen abhängt,
- die soziokulturelle Umgebung für Entstehung und Bewertung von Kreativität stets miteinzubeziehen ist und
- die praktischen Möglichkeiten und Fähigkeiten zur Ausübung kreativer Tätigkeiten essentielle Voraussetzung dafür sind, dass überhaupt entsprechende kreative Denkprozesse anlaufen.

2. Bedeutung der Erkenntnisse für das Urheberrecht

Für die vorliegende Untersuchung ist relevant, welche Aussagen sich auf Grundlage dieser Erkenntnisse über die aktuelle Gestaltung des Urheberrechts, Gestaltungsalternativen und die unterschiedlichen Formen selbstregulierender Prozesse im digitalen Urheberrecht treffen lassen. Dabei ist zunächst festzustellen, dass die zuvor vorgestellten klassischen ökonomischen Modelle des Urheberrechts aufgrund psychologischer Verzerrungen noch realitätsferner und ineffizienter sind als aus rein ökonomischer Sicht. Dies mag wiederum zum Teil ergänzend erklären, wieso sich abweichende ökonomische Modelle im Rahmen einer liberaleren Selbstregulierung entwickelt haben. Darüber hinaus lässt sich anhand der psychologischen Forschung auch belegen, welche Bedeutung einzelne Komponenten dieser Selbstregulierungsansätze für die beteiligten Personen haben – insbesondere der Wunsch, in irgendeiner Art und Weise mit dem eigenen Werk in Beziehung gebracht zu werden.

a) Divergenzen zwischen Modell und Realität

Auch das deutsche Urheberrecht wird mit klassisch-utilitaristischen Erwägungen gerechtfertigt.⁶⁴⁷ Soll das Urheberrecht dabei nicht nur ein reines Investitionsschutzrecht darstellen, muss es sich zwangsläufig daran messen lassen, ob es Kreativität fördert oder möglicherweise sogar behindert.⁶⁴⁸ Neben der wichtigsten Frage nach einer Bestätigung oder Widerlegung der Anreizthese⁶⁴⁹ haben die Erkenntnisse der Psychologie auch Einfluss auf andere Aspekte der ökonomisch-utilitaristischen

647 Siehe hierzu beispielhaft *Loewenheim* in: *Loewenheim*, § 1 Rn. 4.

648 Das Ziel der Förderung von Kreativität und Innovation belegen etwa auch die Erwägungsgründe 9 ff. der InfoSoc Richtlinie 2001/29/EG; siehe ferner *Ohly*, in: Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 279, 287; *Peukert*, in: Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 299, 300.

649 Siehe hierzu ausführlicher sogleich unter Kap. 3 B. II.

Rechtfertigung des Urheberrechts. In einigen Konstellationen zeigte bereits die ökonomische Analyse, dass das Urheberrecht aufgrund systemimmanenter Ineffizienzen kreative Prozesse auch behindern kann. Dies lässt sich auch anhand der Kreativitätsforschung belegen. Die ökonomischen Modelle sind aufgrund fehlerhafter Annahmen über menschliche Entscheidungsfindungen nochmals kritischer zu beurteilen.

Kognitive Verzerrungen führen zu einer starken Divergenz der subjektiven Wahrnehmung durch einen Urheber oder Verwerter, der etwa über die Einräumung eines Nutzungsrechts entscheidet, und der Realität. Der Endowment-Effekt führt dazu, dass eigenen Werken ein unrealistisch hoher ökonomischer Wert beigemessen wird. Dieser Effekt ist bei selbst geschaffenen kreativen Werken nochmals stärker als bei anderen Gütern („Creativity-Effekt“).⁶⁵⁰ Ein Interessent muss somit für ein Nutzungsrecht einen aus objektiver Sicht überhöhten Preis zahlen. *Buccafusco* und *Sprigman* vermuten auf Grundlage ihrer Experimente, dass hierfür neben der Verlustaversion⁶⁵¹ die Unsicherheit darüber, ob das Werk – vergleichbar mit dem Los bei einer Lotterie – nicht doch eines Tages als wertvoll eingestuft wird, eine wichtige Rolle spielt.⁶⁵² Gerade bei kreativen Werken kann sich schließlich der Wert eines Werks durch spätere Entwicklungen wie der „Entdeckung“ des Künstlers drastisch erhöhen. Hinzu kommt verstärkend der nachweisbare Überoptimismus betreffend nur möglicher künftiger Ereignisse. Urheber schätzen die Wahrscheinlichkeit, dass sie eines Tages mit ihren Werken kommerziell erfolgreich sein werden, regelmäßig falsch ein.⁶⁵³ Diese, auf Überoptimismus beruhende Fehleinschätzung vieler Urheber dürfte einer der Gründe sein, weshalb viele Urheber in der utopischen Hoffnung auf künftigen kommerziellen Erfolg lieber darauf verzichten, in der Gegenwart einträglichere Tätigkeiten auszuüben.⁶⁵⁴

Zudem sind Framing-Effekte durch das Urheberrecht und gängige urhebervertragrechtliche Gebräuche feststellbar.⁶⁵⁵ Da Urheberrechte kraft Gesetzes entstehen und über ein System von Lizenzverträgen anderen zugänglich gemacht werden können, wird die Entscheidung über die Einräumung von Nutzungsrechten durch diesen Umstand einseitig beeinflusst. Dies hat auch Auswirkungen auf die Verwendung bestimmter Selbstregulierungsmechanismen.⁶⁵⁶ In der Summe führen psychologische Verzerrungen daher dazu, dass die Gestaltung des Urheberrechtssystems noch-

650 *Buccafusco/Sprigman*, Cornell L. Rev. 2010, S. 1. Inwiefern urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte hierbei eine Rolle spielen, wurde von *Buccafusco und Sprigman* nicht untersucht. Siehe hierzu jedoch nachstehend Kap. 3 B. I. 2. b].

651 Siehe zu dieser Theorie *Kahneman u. a.*, JEP 1991, S. 193, 199 ff.

652 *Buccafusco/Sprigman*, Cornell L. Rev. 2010, S. 1, 27; ebenso *Zimmerman*, *Theoretical Inquiries in Law* 2011, S. 29, 41 f.

653 *Kretschmer*, *Does Copyright Law Matter?*, S. 35; *Buccafusco/Sprigman*, Cornell L. Rev. 2010, S. 1, 27.

654 *Abbing*, *Why are artists poor?*, S. 115.

655 *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 418.

656 Siehe zum Einfluss des Status quo auf die Entscheidungsfindung zur Verwendung freier Lizenzen und der Duldung von Nutzungen ausführlicher nachstehend unter Kap. 4 A. II. 1. c).

mals ineffizienter ist, als bei einer rein rational-ökonomischen Betrachtung.⁶⁵⁷ Transaktionen, die aus ökonomischer Perspektive sinnvoll sind, finden oftmals aufgrund kognitiver Verzerrungen nicht statt.

Diese Ineffizienz aufgrund psychologischer Verzerrungen fällt umso stärker ins Gewicht, je größer der Anteil der Werke ist, die kommerziell eher unbedeutend sind. Je näher der ökonomische Wert eines Werks gegen Null geht, desto stärker wirken die Verzerrungen im Verhältnis.⁶⁵⁸ Im Bereich des Urheberrechts dürfte quantitativ betrachtet der Großteil aller Werke kommerziell unbedeutend sein. Diese Ineffizienz wirkte sich in der Vergangenheit bei weitem nicht so stark aus wie heute, weil die Kosten der Vervielfältigung oder Verbreitung kommerziell nahezu unbedeutender Werke ein solches Handeln bereits ökonomisch nicht erstrebenswert machten. Da inzwischen jedoch die Vervielfältigungs- und Verbreitungskosten im digitalen Raum ebenfalls nahe Null sind, fällt diese Ineffizienz des Urheberrechts beim Umgang mit kommerziell unbedeutenderen Werken und Nutzungsrechten immer stärker ins Gewicht.⁶⁵⁹ Gerade in diesem Bereich nicht primär kommerziell ausgerichteter Werkschöpfungen oder Nutzungshandlungen finden die eingangs vorgestellten Selbstregulierungsmechanismen jedoch ihre größte Anwendung.

b) Urheberpersönlichkeitsrecht und Anerkennung der Urheberschaft

Ebenso aufschlussreich ist es, einige weitere Erkenntnisse psychologischer Forschung im Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Urheberrecht zu beleuchten.

Man könnte auf die Idee kommen, die vorstehend genannten Abweichungen zwischen rationaler Bewertung eigener Werke und deren eigener Bewertung durch den Urheber mit ideellen und ökonomisch nicht messbaren Werten zu erklären. Wenn man unterstellt, dass ideelle, aus der Urheberpersönlichkeit stammende Beziehungen zwischen Urheber und Werk für diese Verzerrungen verantwortlich sind, wäre die vorgenannte Ineffizienz nicht unbedingt nachteilig, sondern ließe sich möglicherweise über den Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts erklären.

Das Urheberpersönlichkeitsrecht wird vom Gesetz als Form der „geistigen und persönlichen Beziehungen“ des Urhebers zu seinem Werk bezeichnet (§ 11 S. 1 UrhG). Tatsächlich ist eine besondere Art der Bindung zwischen einem Urheber und seinem Werk in vielen Fällen durchaus „fühlbar“. Etwas selbst Geschaffenes wird in stärkerem Maße als etwas „Eigenes“ angesehen.⁶⁶⁰ Dies erklärt jedoch noch nicht, wieso das Urheberpersönlichkeitsrecht in einigen Ländern als

657 *Buccafusco/Sprigman*, Cornell L. Rev. 2010, S. 1, 35.

658 *Buccafusco/Sprigman*, Cornell L. Rev. 2010, S. 1, 39.

659 *Buccafusco/Sprigman*, Cornell L. Rev. 2010, S. 1, 39.

660 *Buccafusco/Sprigman*, U. Chi. L. Rev. 2011, S. 31, 39 f.

elementar betrachtet wird, in anderen jedoch weit weniger;⁶⁶¹ ebenso wenig, wieso einige Elemente des Persönlichkeitsrechts geschützt sind, andere hingegen nicht.⁶⁶²

Oft wird zur Begründung darauf verwiesen, dass ein urheberrechtlich geschütztes Werk ein Abbild der Persönlichkeit des Urhebers darstelle.⁶⁶³ In der individuellen Gestaltung des Werks manifestieren sich Wesen, Wahrnehmung, Gefühle und Einsichten des Schöpfers.⁶⁶⁴ Diese geistige Verbindung soll auch nach Beendigung der Schöpfung und Veröffentlichung des Werks fortbestehen.⁶⁶⁵ Zugleich soll die Frage, inwieweit Urheberpersönlichkeitsrechte an einem Werk schützenswert sind, vom Grad der Individualität des Werks abhängen.⁶⁶⁶ An dieser Stelle verwischen somit die Grenzen zwischen Urheberpersönlichkeitsrecht und den Voraussetzungen des Urheberrechtsschutzes in Form der notwendigen Schöpfungshöhe.

Gegen diese Annahmen spricht zunächst, dass nicht jedes Werk, das dem Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts unterliegt, als Ausdruck der Persönlichkeit des Urhebers angesehen werden kann.⁶⁶⁷ Zudem verändert sich mit Vollendung und Veröffentlichung nachweislich die Beziehung zwischen Urheber und Werk und damit auch sein ideelles Interesse am Werk.⁶⁶⁸ Urheberrechtliche Schöpfungshöhe und die Möglichkeit des tatsächlichen Nachweises eines „Abdrucks“ der Persönlichkeit sind nicht kongruent. Die einzige verbleibende Begründung für einen Schutz des Persönlichkeitsrechts ist in diesen Fällen somit die Tatsache der Urheberschaft als solcher, also die Offenlegung der Verbindung zwischen einem Werk und seinem Schöpfer.

In der Tat konnten *Buccafusco* und *Sprigman* eine solche psychologische Verbindung experimentell nachweisen.⁶⁶⁹ Sogar bei gewöhnlichen Besitzümern lässt sich ein Zusammenhang zwischen Persönlichkeit und Besitz bzw. Eigentum feststellen, da auch diese in gewissem Umfang ihre Persönlichkeit nach außen hin repräsentieren – etwa ein Ehering oder ein Haus.⁶⁷⁰ Dies gilt auch für unkörperliche Dinge wie

661 Siehe hierzu auch *Peukert*, in: Reh binder (Hrsg.), *Psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 113, 119.

662 *Peukert*, in: Reh binder (Hrsg.), *Psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 113, 121 f.

663 BGH, Urt. v. 25.04.1954, GRUR 1955, 197, 198 – Hjalmar Schacht; RGZ 79, 397, 399 – Felsenland mit Sirenen; *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, vor § 12 UrhG Rn. 1; *Kroitzsch/Göring* in: BeckOK UrhG, § 11 UrhG Rn. 5.

664 *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, vor § 12 UrhG Rn. 1.

665 *Dustmann* in: Fromm/Nordemann, vor § 12 UrhG Rn. 2.

666 *Kroitzsch/Göring* in: BeckOK UrhG, § 11 UrhG Rn. 5; *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, vor § 12 UrhG Rn. 8.

667 Siehe hierzu u.a. die Untersuchungen von *Metzger*, *Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht*, S. 127 f.; *Strönholm*, GRUR Int. 1989, S. 15, 17 f.; zusammenfassend *Peukert*, in: Reh binder (Hrsg.), *Psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 113, 124.

668 Es kommt dabei zu einer Art „Entfremdung“ zwischen Urheber und Werk, siehe hierzu *Peukert*, in: Reh binder (Hrsg.), *Psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 113, 145 f.

669 *Buccafusco/Sprigman*, U. Chi. L. Rev. 2011, S. 31, 39 f.

670 *Radin*, Stan. L. Rev. 1982, S. 957, 959; *Prelinger*, Journal of Psychology 1959, S. 13, 18.

etwa Ideen.⁶⁷¹ Ferner lässt sich zwar ein nachprüfbarer, genereller Zusammenhang zwischen emotionalen Zuständen und persönlichen Eigenschaften des Urhebers und seinem Werk belegen.⁶⁷² Inwiefern dies bei einem Werk tatsächlich der Fall ist, ist jedoch weniger eine empirisch überprüfbare als eine wertende Frage.⁶⁷³ Konkrete Aussagen, die darüber hinausgehen, lassen sich jedoch auf Grundlage der bisherigen psychologischen Forschung nicht treffen. Tatsächlich bestehende Interessen, die über die Anerkennung der Urheberschaft hinausgehen, lassen sich nicht belegen.⁶⁷⁴ Es erscheint mehr als fraglich, ob diese unklare und dünne Verbindung zwischen dem Urheber und seinem Werk tatsächlich geeignet sein kann, besondere schützenswerte Interessen des Urhebers an seinem Werk wissenschaftlich zu rechtfertigen.⁶⁷⁵

Festzuhalten ist daher, dass das Gesetz zwar vom Bestehen von Urheberpersönlichkeitsrechten ausgeht und ihren Schutz festschreibt, jedoch zumindest psychologisch bisher nicht belegt werden konnte, wieso ein über die Anerkennung der Urheberschaft hinausgehender Schutz ideeller Interessen am selbst geschaffenen Werk gerechtfertigt ist. Es bleibt somit mangels eindeutigerer wissenschaftlicher Erkenntnisse beim bereits vom Reichsgericht zur Begründung herangezogenen „modernen Rechtsempfinden“⁶⁷⁶ als einziger Rechtfertigung für das Urheberpersönlichkeitsrecht.

Diese Beziehung zwischen Werk und Urheber bleibt auch bei sämtlichen Arten der Selbstregulierung weiterhin intakt. Zum Teil sind sie gezielt darauf ausgelegt, dieses „Band“ der Anerkennung der Urheberschaft zu erhalten, zugleich aber in einem weitaus stärkeren Umfang als das Gesetz fremde Nutzungen zuzulassen und so die zuvor genannten Ineffizienzen einzuschränken. Es erfolgt somit eine Art Konzentration auf das „Wesentliche“ des Urheberschutzes – die Anerkennung der Urheberschaft als solcher – unter Ausschluss klassischer Verwertungsüberlegungen.

Dies lässt sich mit weiteren Untersuchungen belegen. So hat etwa die Urheberbenennung an sich bereits signifikanten Einfluss auf die Bereitschaft zur Einräumung von Nutzungsrechten.⁶⁷⁷ Im Zusammenhang mit der empirischen Untersuchung kognitiver Verzerrungen im Urheberrecht wurde festgestellt, dass das Angebot einer weiteren Urheberbenennung den Preis für die Veräußerung eines Werks (willingness-to-accept-Preis) signifikant senkte. Bei einer Studie mit semi-professionellen und Amateurfotografen waren diese eher bereit, ihre Werke zu einem niedrigeren

671 *Pierce u. a.*, Review of General Psychology 2003, S. 84, 85 f.

672 *Peukert*, in: Reh binder (Hrsg.), Psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113, 135.

673 *Peukert*, in: Reh binder (Hrsg.), Psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113, 136.

674 Zu diesem Schluss gelangte auch *Peukert*, in: Reh binder (Hrsg.), Psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 113, 142.

675 Nachvollziehbarer ist hingegen ein Zusammenhang zwischen der durch den Urheber geschaffenen Individualität seines Werks und der Schutzwürdigkeit dieses Werks, siehe hierzu etwa *Reh binder*, in: Reh binder (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 9, 19.

676 RGZ 79, 397, 399 – Felseneiland mit Sirenen.

677 *Sprigman u. a.*, B.U. L. Rev. 2013, S. 1389.

Preis zu veräußern, sofern weiterhin ihr Name im Zusammenhang mit dem Werk genannt werden sollte.⁶⁷⁸ Gleichwohl blieb die persönliche Einschätzung des Werts höher als bei einer rationalen Beurteilung. Es konnte dadurch jedoch belegt werden, dass der Verbreitung unter Namensnennung ein gewisser ökonomischer Wert beigemessen wird, der die kognitiven Verzerrungen verringert. Das könnte darauf hindeuten, dass insbesondere freie Lizenzen dazu dienen, diesen Wert der Namensnennung zu sichern. Bei sämtlichen freien Lizenzen ist die Namensnennung i. d. R. integraler Bestandteil, viele Motive für eine freiwillige Einschränkung eigener Rechte beruhen darauf, dass stets ein Bezug zum Original-Urheber erhalten bleibt. Die Anerkennung der Urheberschaft als solcher hat damit für viele Urheber möglicherweise weitaus stärkere Bedeutung als die ebenfalls vom Urheberrecht geschützten Verwertungsinteressen.

II. Anreize für kreative Tätigkeiten

Im Rahmen diverser Selbstregulierungsansätze verzichten Urheber freiwillig auf bestimmte, ihnen kraft Gesetzes zustehende Rechte. Die Verleihung dieser Rechte ist nach der gängigen Rechtfertigung des Urheberrechts jedoch essentiell dafür, dass Urheber überhaupt kreative Tätigkeiten ausüben. Anhand der Erkenntnisse der Kreativitätsforschung wird aber deutlich, dass die Kreativität an sich weitaus weniger durch externe Anreize wie Ausschließlichkeitsrechte gefördert wird als durch innere Faktoren wie Spaß, Selbstbestätigung oder Neugier. Potentielle Verwertungsmöglichkeiten haben für die Ausübung kreativer Tätigkeiten nur eine sekundäre Funktion, indem sie etwaige Investitionen sichern, sind aber in vielen Fällen nicht Anlass kreativer Tätigkeit.

1. Kritik am Anreizparadigma

Die Annahme, mit Hilfe wirtschaftlicher Belohnungen kreative Tätigkeiten zu ermöglichen und zu fördern, ist eine zentrale Prämisse der Rechtfertigung des geltenden Urheberrechtssystems.⁶⁷⁹ Bereits die klassische ökonomisch-utilitaristische Untersuchung und verschiedene spieltheoretische Modellierungen legen nahe, dass diese Prämisse in ihrer Pauschalität nicht zutrifft und in einem weitaus größeren Ausmaß differenziert werden müsste.⁶⁸⁰ Diese Frage stellt sich nicht nur im klassisch utilitaristisch geprägten Copyright System, sondern auch im Droit d'Auteur

678 *Sprigman u. a.*, B.U. L. Rev. 2013, S. 1389, 1412 ff.

679 *Kerber*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 31, 32; *Musso*, in: Ohly (Hrsg.), Common Principles Of European Intellectual Property Law, S. 33; *Sunder*, From Goods to a Good Life, S. 23 ff. spricht von einer „Dominanz dieses einseitigen und eingeengten Blickwinkels“.

680 Siehe zur Kritik aus ökonomischer Sicht etwa *Kerber*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 31; *Leistner*, BRJ 2014, S. 120, 121; *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 416 f.; *Zimmerman*, Theoretical Inquiries in Law 2011, S. 29, 43 ff.; *Sunder*, From Goods to a Good Life, S. 23 ff.; *Ohly*, in: Eifert (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Innovation, S. 279, 289; *Kretschmer*, Does Copyright Law Matter?; *Tushnet*, Wm. & Mary L. Rev. 2009, S. 513; *Musso*, in: Ohly (Hrsg.), Common Principles Of European Intellectual Property Law, S. 33.

System. Zwar wird das Urheberrecht hier nicht allein mit ökonomisch-utilitaristischen Überlegungen begründet. Utilitaristische Erwägungen auf Grundlage der Annahme, dass das Urheberrecht in irgendeiner Form für die Entstehung und/oder Verbreitung von Kreativität förderlich ist, sind jedoch auch innerhalb des Droit d'Auteur Systems an vielen Orten zu finden und haben insbesondere unter dem Einfluss des EU-Rechts und internationaler Verträge wachsende Bedeutung erlangt.⁶⁸¹ Die Existenz des Urheberrechts scheint somit teilweise die Vorbedingung jeglicher kreativer Tätigkeit zu sein.⁶⁸²

a) Unzureichende Differenzierung

Schon eine oberflächliche Betrachtung der hinter diesen Theorien stehenden Annahmen zeigt, dass das Urheberrecht in den meisten Situationen keine Voraussetzung für kreatives Schaffen ist, sondern allenfalls einen Anreiz für Dritte schafft, in Urheberrechte zu investieren. Es gibt selbstverständlich Bereiche des Urheberrechts, in denen Ausschließlichkeitsrechte als Investitionsanreize für Verwerter notwendig sind, damit überhaupt bestimmte Werke geschaffen werden können – etwa aufwendige Filmproduktionen oder sonstige Werke, die einen hohen finanziellen und zeitlichen Aufwand erfordern. Dasselbe gilt auch für Werke, die im Rahmen einer Arbeits- oder Auftragstätigkeit erstellt werden. Hier ermöglichen Arbeits-, Werkvertrags- und Urheberrecht eine Investition in die Arbeitskraft und Fähigkeiten des Urhebers. Das Urheberrecht dient dabei aber nur der Amortisation der Aufwendungen des Auftraggebers oder Investors. Die eigentliche kreative Tätigkeit wird dann weniger aufgrund der Existenz des Urheberrechts, sondern aufgrund (arbeits-)vertraglicher Verpflichtungen ausgeübt.

Umgekehrt zeigt sich, dass kreativ tätige Menschen ihre Tätigkeit in sehr vielen Fällen nicht aufgrund ökonomischer Erwägungen ausüben. Die wenigsten kreativ Tätigen dürften rein berechnende Profitmaximierer sein, die vor einer Tätigkeit stets die zu erwartende Gegenleistung gegenrechnen.⁶⁸³ Die meisten von ihnen würden sich darüber freuen, wenn sie ihre Werke wirtschaftlich verwerten und davon ihren Lebensunterhalt bestreiten könnten, auch wenn dies für den allergrößten Teil der Kreativen eine Illusion ist.⁶⁸⁴ Gleichwohl kann das Urheberrecht für sie eine Bedeutung haben, wengleich eine völlig andere, als die Lehre vom Anreizparadigma vermittelt: Aus Sicht des Urhebers dürfte es vor allem darauf ankommen, dass das Urheberrecht ihm durch die Anerkennung seiner Urheberschaft zumindest die *Möglichkeit* gibt, seine Werke eigenverantwortlich zu verwerten.⁶⁸⁵ Es hat für viele Urheber somit vor allem eine Schutzfunktion und keine Anreizfunktion. Es ist eine

681 Siehe hierzu ausführlicher vorstehend unter Kap. 3 A. I.

682 *Zimmerman*, *Theoretical Inquiries in Law* 2011, S. 29, 31.

683 *Zimmerman*, *Theoretical Inquiries in Law* 2011, S. 29, 32.

684 *Tushnet*, *Wm. & Mary L. Rev.* 2009, S. 513, 517 f.; *Zimmerman*, *Theoretical Inquiries in Law* 2011, S. 29, 38.

685 Siehe zum Zweck des Urheberrechts insoweit *Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, Einl. Rn. 19 ff.

Art Lotterieschein, der die zumindest hypothetische Option einer Verwertung bis zu 70 Jahre nach dem eigenen Tod sichert.⁶⁸⁶

Dies macht bereits im ersten Schritt deutlich, dass für die Rechtfertigung des Urheberrechts eine wesentlich stärkere Differenzierung erforderlich ist als bisher. Keineswegs alle Kreativen sind direkt oder mittelbar aufgrund der Existenz des Urheberrechts kreativ tätig. Es müsste wesentlich stärker zwischen den verschiedenen Typen von Urhebern, Werken, Branchen, Motivationen, wirtschaftlichen Hintergründen und Verwertungsarten differenziert werden.⁶⁸⁷ Einen wirtschaftlichen Anreiz kann das Urheberrecht nur für wirtschaftlich berechnende Personen bieten – dies sind i. d. R. die Verwerter.⁶⁸⁸ Umgekehrt gibt es keinen Anreiz, etwas zu schaffen oder in seine Produktion zu investieren, das sowieso nicht gekauft wird – obwohl es möglicherweise kulturell bedeutsam wäre. Dadurch bestimmen diejenigen, die finanziell in der Lage sind, in Urheberrechte zu investieren, darüber, was produziert wird.⁶⁸⁹ Diese grundlegende Differenzierung zwischen Urheber- und Verwerterinteressen wird jedoch insbesondere bei internationalen Verträgen sowie EU-Richtlinien schlicht ignoriert und eine möglichst effiziente Verwertung durch Verwerter als Urheberschutz verkauft.⁶⁹⁰

Ferner bleibt im Rahmen des Anreizparadigmas unberücksichtigt, dass längst nicht alle Werke jemals kommerziell verwertbar sind oder dass viele Werke bereits kurz nach ihrer erstmaligen Veröffentlichung wirtschaftlich wertlos sind.⁶⁹¹ Vor allem aber bleibt vollkommen unberücksichtigt, welchen Effekt bereits bestehende Urheberrechte auf Möglichkeiten und Anreiz zur Schaffung kreativer Werke haben. Es wird einseitig geprüft, welche wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Schaffung kreativer Werke nötig sind, jedoch übersehen, dass bestehende Werke Dritter selbst eine elementare Ressource für neue kreative Werke sind.⁶⁹² Der ökonomische Wert eines Werks wird damit nicht nur durch den Wert des Werks selbst bestimmt, sondern ebenso durch den Umstand, dass künftige Werke darauf aufbauen können.⁶⁹³ Durch die starke Fokussierung auf eine wirtschaftliche Verwertung durch Dritte geht der Investitionsschutzgedanke an den Interessen vieler Urheber vorbei. In Wahrheit ist somit ein „Anreiz“ zur Produktion kreativer Werke nur dort nötig, wo es um den Schutz von wirtschaftlichen Investitionen geht.

686 *Zimmerman*, *Theoretical Inquiries in Law* 2011, S. 29, 41 f. m.w.N.

687 *Leistner*, *ZGE/IPJ* 2009, S. 403, 443; *Zimmerman*, *Theoretical Inquiries in Law* 2011, S. 29, 32.

688 *Goss*, *Chi.-Kent L. Rev.* 2007, S. 963, 972.

689 *Sunder*, *From Goods to a Good Life*, S. 29.

690 *Musso*, in: Ohly (Hrsg.), *Common Principles Of European Intellectual Property Law*, S. 33, 33; *Leistner*, *ZGE/IPJ* 2009, S. 403, 445 mahnt aus diesem Grund auch eine wesentlich stärkere Differenzierung zwischen Verwerter- und Urheberinteressen innerhalb der ökonomischen Forschung an.

691 *Goss*, *Chi.-Kent L. Rev.* 2007, S. 963, 972.

692 *Goss*, *Chi.-Kent L. Rev.* 2007, S. 963, 971.

693 *Grünberger/Leible* (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, S. 44.

Diesen Umstand berücksichtigen wiederum vor allem freie Lizenzen. Hinter ihnen steht der Gedanke, dass Urheberrechte nicht als Anreiz für kreative Tätigkeiten erforderlich sind, aber ein taugliches Mittel sind, um dem Urheber die Möglichkeit zu geben, selbst über die Art und Weise der Verbreitung seines Werks zu entscheiden und seine Urheberschaft anzuerkennen. Zugleich wird durch liberalere Regeln auch die Möglichkeit des Aufbaus auf fremden Werken vereinfacht und damit – in Form einfacher rechtlicher und technischer Nutzbarkeit – eine vollkommen andere Art des Anreizes zur Werkproduktion geschaffen. Insbesondere diese auf gegenseitigen Austausch ausgerichteten Arten der Selbstregulierung im Internet unterlaufen daher die Annahme, dass das Urheberrecht zur Produktion kreativer Werke nötig ist.⁶⁹⁴

b) Schaden durch externe Anreize

Die Verleihung von Ausschließlichkeitsrechten zur Anregung kreativer Handlungen kann jedoch nicht nur wirkungslos, sondern sogar kontraproduktiv sein.⁶⁹⁵ Externe Anreize können nicht nur die intrinsische Motivation für bestimmte Tätigkeiten negativ beeinflussen, sondern auch die Dynamik, Vielfältigkeit und Kreativität an sich.⁶⁹⁶ Zahlreiche Studien zeigten, dass finanzielle Anreize für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit negative Auswirkungen auf intrinsische Motivation zur Ausübung dieser Tätigkeit haben können. Im Rahmen der bisher umfassendsten Meta-Analyse von 128 Studien zur Frage der Auswirkung externer Anreize auf intrinsische Motive kamen *Deci*, *Koestner* und *Ryan* zum Ergebnis, dass externe Anreize dazu tendieren, substantiell negative Wirkungen auf die intrinsische Motivation auszuüben.⁶⁹⁷ Tätigkeiten werden bei Vorhandensein externer Belohnungen offenbar häufig nur noch als Mittel zur Erlangung der externen Belohnung angesehen, worunter Freude und Spaß an der Tätigkeit und die mit der intrinsischen Motivation verbundene Dynamik der jeweiligen Tätigkeit leiden. Externe Belohnungen können daher sogar dazu führen, dass das generelle Interesse an der Ausübung einer Tätigkeit sinkt. Auch eine Reihe vorangegangener Metaanalysen konnte bestätigen, dass jedenfalls materielle Belohnungen oder Anreize für die Durchführung einer konkreten Tätigkeit negativen Einfluss auf die entsprechende intrinsische Motivation und Dynamik hatten.⁶⁹⁸ Die Stärke des Effekts variierte jedoch signifikant zwischen einzelnen Studien.⁶⁹⁹ Ebenso lassen sich unterschiedlich starke Effekte feststellen, je nachdem ob es sich bei der belohnten Tätigkeiten um eine für den Handelnden interessante oder langweilige Tätigkeit handelt. Gerade bei eigentlich interessanten

694 *Sunder*, From Goods to a Good Life, S. 29.

695 Siehe hierzu umfassend einschließlich eines historischen Forschungsüberblicks *Amabile*, Creativity in Context, S. 153 ff.

696 *Amabile*, Creativity in Context, S. 15; *Pink*, Drive, S. 37.

697 *Deci u. a.*, Psychol. Bull. 1999, S. 627, 658 f.

698 *Tang/Hall*, Appl. Cogn. Psychol. 1995, S. 365; *Wiersma*, J. Occup. Organ. Psych. 1992, S. 101; *Rummel/Feinberg*, Soc. Behav. Pers. 1988, S. 147; eine gute Zusammenfassung des bisherigen Forschungsstandes findet sich bei *Deci u. a.*, Psychol. Bull. 1999, S. 627, 630 ff.

699 *Deci u. a.*, Psychol. Bull. 1999, S. 627, 638.

Tätigkeiten hatten externe Belohnungen einen stärkeren negativen Effekt, wohingegen bei langweiligen, repetitiven Tätigkeiten kein vergleichbar starker negativer Effekt messbar war.⁷⁰⁰ Die Stärke des Effekts hängt jedoch nicht nur von der Art der konkreten Tätigkeit ab, sondern auch von der Art des externen Anreizes. Der negative Effekt war stets umso stärker, je mehr die Belohnung eine kontrollierende Funktion aufwies, wohingegen positives Feedback im Sinne einer Ermunterung positive Effekte auf die intrinsische Motivation ausübte.⁷⁰¹

Externe Anreize haben jedoch nicht nur nachweislich Einfluss auf die Motivation zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit, sondern können auch die Qualität und Vielfältigkeit der kreativen Tätigkeit und die Aufmerksamkeit, die der Tätigkeit gewidmet wird, negativ beeinflussen.⁷⁰² Sie führen somit nicht nur zu geringerer Motivation, sondern auch zu weniger kreativen und vielfältigen Ergebnissen.

Zur Erklärung der hinter diesen Effekten stehenden psychologischen Prozesse finden sich verschiedene Ansätze. Ein relevanter Faktor scheint der Umstand zu sein, dass durch externe Anreize eine Art externe Kontrollinstanz geschaffen wird, die – bewusst oder unbewusst – die Freiheit der Tätigkeit beeinträchtigt. Menschen haben jedoch gerne selbst die Kontrolle über das, was sie tun und wie sie es tun. Das Bewusstsein einer möglichen externen Kontrollinstanz scheint daher starken Einfluss auf die kreative Leistung zu haben.⁷⁰³

Ein weiterer Erklärungsansatz besteht darin, die soziale Außenwirkung der kreativen Tätigkeit als wichtigen Faktor heranzuziehen.⁷⁰⁴ Während die auf intrinsischen Motiven beruhende Tätigkeit bei anderen Personen den Eindruck erwecken kann, die handelnde Person sei engagiert, kompetent oder begabt, scheint ein entsprechender positiver Eindruck zu schwinden, wenn eine Bezahlung für die Tätigkeit offeriert wird. Schließlich droht dann die Gefahr, dass Andere davon ausgehen, die Tätigkeit würde nur wegen der damit verbundenen Belohnung ausgeübt. Andere erklären diese Effekte damit, dass die Tätigkeit durch externe Belohnungen einen bestimmten Preis erhält. Die Kenntnis dieses Preises kann sich aber insbesondere dann, wenn die eigene Wertschätzung für die Tätigkeit höher ist als der dafür gezahlte Preis, negativ auf die Motivation auswirken.⁷⁰⁵ Berücksichtigt man nun, dass der Wert eigener Leistungen von den meisten Menschen stets als viel zu hoch eingeschätzt wird,⁷⁰⁶ erscheint es durchaus nachvollziehbar, dass ein niedrigerer tatsächlicher Preis negative Auswirkungen auf die Motivation haben kann.

700 *Deci u. a.*, Psychol. Bull. 1999, S. 627, 651.

701 *Deci u. a.*, Psychol. Bull. 1999, S. 627, 653.

702 *Amabile*, Creativity in Context, S. 156 m. w. N.

703 *Amabile*, Creativity in Context, S. 142 ff.

704 *Bénabou/Tirole*, AER 2006, S. 1652.

705 *Bolle/Otto*, Kyklos 2010, S. 9, 11. Dieser Effekt funktioniert jedoch auch umgekehrt: wird der Wert der eigenen Leistung zu niedrig eingeschätzt, kann ein höherer externer Anreiz positiven Einfluss auf die Motivation haben, siehe a.a.O., S. 20.

706 Siehe hierzu vorstehend Kap. 3 B. I. 1. b).

Die Frage, inwieweit externe Belohnungen in verschiedener Form negativen Einfluss auf Motivation und Kreativität haben, ist jedoch nicht unumstritten. Vor allem *Eisenberger* geht davon aus, dass sich ein entsprechender negativer Effekt stets nur dann einstellt, wenn das Studiendesign entsprechend angepasst ist. Im Ergebnis soll die Frage, ob ein negativer Einfluss vorhanden ist, vor allem von der konkreten Art der Belohnung abhängen.⁷⁰⁷ An den von *Eisenberger* durchgeführten Metaanalysen gibt es jedoch wiederum von anderer Seite starke methodologische Kritik.⁷⁰⁸ Insgesamt scheint sich jedoch in der jüngeren Forschung abzuzeichnen, dass in diesem Umfeld noch weitaus stärker als bisher zwischen verschiedenen Arten von Tätigkeiten und Anreizen differenziert werden muss.⁷⁰⁹ Ein Beispiel dafür, wie mit freiwilligen Selbstregulierungsmaßnahmen unterschiedliche Arten von Anreizen geschaffen werden können, zeigen freie Lizenzen. Das Urheberrecht ermöglicht es, nachfolgenden Bearbeitern strenge Pflichten aufzuerlegen. Der Umstand, dass nachfolgende Bearbeiter ebenfalls denselben strengen Pflichten unterliegen, könnte für manche Entwickler elementare Voraussetzung dafür sein, sich selbst an einem entsprechenden Softwareprojekt zu beteiligen und kreativ einzubringen.⁷¹⁰ Umgekehrt dürfte in vielen Fällen freier Lizenzierung gerade das Fehlen jeglicher Kontrollinstanz einen förderlichen Einfluss ausüben. Der Urheber schafft sein Werk nicht zum Zweck einer bestimmten Art der Verwertung, sondern stellt es jedem frei, damit das zu tun, was er für nötig oder sinnvoll hält. Dies erlaubt eine weitaus größere Bandbreite möglicher Nutzungen und damit ein weitaus geringeres Maß an Einfluss auf die Kreativität durch den ansonsten vorhandenen Druck zur Wahrung der Verwertungsfähigkeit.

Fest steht somit, dass externe Anreize einen negativen Einfluss auf die Motivation kreativer Tätigkeiten haben können. Ebenso kann die Kreativität an sich, insbesondere Vielfältigkeit und Qualität produzierter Werke, negativ beeinflusst werden. Die Stärke des Effekts hängt jedoch stark vom jeweiligen Studiendesign ab, so dass eine stärkere Differenzierung der Anreize nötig wäre.⁷¹¹ Versuche, in denen die versprochene Belohnung eine eher kontrollierende Funktion ausübte, führten zu einem stärkeren negativen Effekt als Versuche, bei denen gezielt versucht wurde, die Versuchspersonen lediglich zu unterstützen und zu ermuntern, kreativ tätig zu werden.⁷¹² Zuletzt scheint der Effekt auch von der Persönlichkeit des jeweils Handelnden abzuhängen. Personen, die von sich aus schon sehr kreativ sind, werden durch externe Belohnungen eher negativ beeinflusst als Personen, die sich selbst als weni-

707 *Eisenberger/Cameron*, *Am. Psychol.* 1996, S. 1153.

708 *Deci u. a.*, *Psychol. Bull.* 1999, S. 627, m.w.N.

709 Siehe hierzu das „Update“ bei *Amabile*, *Creativity in Context*, S. 175 ff.; ferner *Eisenberger/Shanock*, *Creat. Res. J.* 2003, S. 121.

710 Siehe zu dieser Theorie *McGowan*, *U. Chi. L. Rev.* 2011, S. 207. Siehe zur Motivation von Entwicklern freier Software-Projekte ausführlicher nachstehend unter Kap. 3 B. III.

711 *Choi*, *Soc. Behav. Pers.* 2012, S. 681; *Peukert*, in: Reh binder (Hrsg.), *Psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 113, 141 f.; *Eisenberger/Shanock*, *Creat. Res. J.* 2003, S. 121.

712 *Amabile*, *Creativity in Context*, S. 177.

ger kreativ einschätzen würden.⁷¹³ Urheberrechte könnten damit gerade bei besonders kreativen Menschen eher negativen Einfluss haben als bei weniger kreativen Menschen – ein Effekt, der als eher kontraproduktiv bezeichnet werden kann.

c) Zwischenergebnis

Inwiefern die Existenz des geltenden Urheberrechts negative Auswirkungen auf die Ausübung und Produkte kreativer Tätigkeit hat, entzieht sich somit einer eindeutigen Antwort. In jedem Fall bestehen berechtigte Zweifel an der weit verbreiteten Annahme, das Urheberrecht habe auch jenseits der Bereitstellung von Investitionsschutzrechten für Werkvermittler eine positive Wirkung auf kreative Tätigkeiten oder sei gar essentielle Voraussetzung kreativer Tätigkeit. Eine derartige Annahme wäre auf Grundlage dessen, was wir aktuell über die Produktion kreativer Werke wissen, in vielen Fällen schlicht falsch. Das bedeutet, dass das Anreizparadigma in vielen Konstellationen als widerlegt anzusehen ist und zum Teil sogar davon ausgegangen werden muss, dass Kreativität durch das Urheberrecht negativ beeinflusst wird. Im Ergebnis geht das Urheberrecht somit von einem Kreativitätsverständnis aus, dass mit der Realität der Werkschöpfung nur wenig zu tun hat.⁷¹⁴

2. Gründe für kreative Tätigkeiten

Wenn aber weder das Streben nach finanziellem Erfolg, noch die Existenz des Urheberrechts eine hinreichende Begründung dafür liefern können, wieso Menschen kreativ tätig werden, muss es alternative Gründe für die Ausübung einer kreativen Tätigkeit geben.⁷¹⁵ Dies ist meistens eine rein intrinsische Motivation. Ihr Vorhandensein kann nicht erzwungen werden, jedoch durch Umweltbedingung positiv oder negativ beeinflusst werden.⁷¹⁶

a) Bedeutung intrinsischer Motivation

Die wichtigste Erkenntnis ist, dass kreative Tätigkeiten vor allem durch intrinsische Motive, d. h. den inneren Wunsch, etwas tun zu wollen, ausgelöst werden.⁷¹⁷ Untersuchungen zur Motivation professioneller Schriftsteller und Autoren von Fan-Geschichten ergaben, dass sowohl Profis als auch Amateure sich vor allem deshalb literarisch betätigen, weil sie dabei einem inneren Wunsch und nicht finanziellen Anreizen folgen.⁷¹⁸ Zum selben Ergebnis kamen Studien bei Softwareentwicklern, welche dem inneren Drang folgen, eine Lösung für ein bestimmtes Problem zu finden.⁷¹⁹ Bei OSS-Entwicklern wurden als treibende Faktoren vor allem Spaß, Freude am Lernen und das Gefühl, etwas nach eigenen Vorstellungen schaffen zu können

713 *Amabile*, Creativity in Context, S. 151.

714 Mit demselben Fazit *Merges*, Hofstra L. Rev. 2008, S. 1179, 1181.

715 *Shirky*, Cognitive Surplus, S. 56.

716 *Jakob*, in: Reh binder (Hrsg.), Die psychologische Dimension des Urheberrechts, S. 77, 89.

717 *Zimmerman*, Theoretical Inquiries in Law 2011, S. 29, 43.

718 *Tushnet*, Wm. & Mary L. Rev. 2009, S. 513, 527 ff.

719 *Tushnet*, Wm. & Mary L. Rev. 2009, S. 513, 535.

und das Geschaffene kontrollieren zu können, nachgewiesen. Hinzu kommt oftmals das positiv besetzte Gefühl, aktiver Teil einer Gemeinschaft von Gleichgesinnten zu sein und sich in der Gemeinschaft mit eigenen Leistungen einzubringen.⁷²⁰

Diese Erkenntnisse können wohl auf einen Großteil kreativer Tätigkeiten übertragen werden. Es sind somit Faktoren wie Spaß, Neugier, Unterhaltung, Herausforderung, Gestaltungs- und Entdeckerdrang und der Wunsch, sich in dieser Form anderen mitzuteilen, die als Hauptursachen für die Ausübung kreativer Tätigkeiten angesehen werden können.⁷²¹ Hinzu kommen können Persönlichkeitsfaktoren wie Verspieltheit, Neugier und Experimentierfreudigkeit.⁷²² Selbst wenn man bei professionellen Urhebern noch davon ausgehen dürfte, dass auch finanzielle Erwägungen eine gewisse Rolle spielen, ist hiervon bei den Millionen von Laien-Urhebern nicht auszugehen.⁷²³ Jedoch macht auch bei professionellen Urhebern die oft karge Realität deutlich, dass finanzielle Erwägungen selten die Hauptmotivation sein dürfte. Wie Untersuchungen zum Einkommen professioneller Urheber immer wieder zeigen, profitiert nur ein verschwindend geringer Teil der professionellen Urheber tatsächlich finanziell vom Urheberrecht.⁷²⁴ Dies wird durch Untersuchungen bestätigt, die zeigen, dass Personen in wissenschaftlichen oder künstlerischen Berufen zu ihrer Arbeit in weitaus stärkerem Maße intrinsisch motiviert sind als andere Berufsgruppen.⁷²⁵

Aus psychologischer Sicht dient die kreative Tätigkeit daher vor allem der Befriedigung grundlegender Bedürfnisse.⁷²⁶ Zu diesen Bedürfnissen zählen insbesondere die Wahrnehmung persönlicher Autonomie, eigenen Könnens⁷²⁷ und ein innerer Drang nach Darstellung und Präsentation der eigenen Wünsche, Gedanken und Ideen gegenüber Anderen.⁷²⁸ Diese Bedürfnisse sind wiederum eng verwandt mit dem Streben nach individueller Selbstbestätigung.⁷²⁹ Es geht somit darum, selbst etwas zu tun, sich gegebenenfalls etwas zu beweisen und eigene persönliche Zielsetzungen zu erreichen. Ein weiterer wichtiger Faktor intrinsischer Motivation können

720 *Hippel/Krogh*, *Organ. Sci.* 2003, S. 209, 216; *Zimmerman*, *Theoretical Inquiries in Law* 2011, S. 29, 44.

721 *Pink, Drive*, S. 23; *Lakhani/Wolf*, in: Feller (Hrsg.), *Perspectives on Free and Open Source Software*, S. 3, 12; *Johnson*, *Fla. St. U. L. Rev.* 2012, S. 623, 652 f.

722 *Runco*, *Creativity*, S. 279.

723 *McKay*, *Regent U. L. Rev.* 2011, S. 117, 118.

724 Siehe hierzu etwa die umfassende Untersuchung der Einnahmen von Kreativen in verschiedenen europäischen Ländern von *Kretschmer*, *Does Copyright Law Matter?* Er kommt zum Ergebnis, dass etwa 50 % aller Komponisten, Textdichter und literarischen Autoren weniger als 5 % des Gesamteinkommens aller Komponisten, Textdichter und Autoren verdienen, wohingegen 10 % der Künstler zwischen 45 und 80 % aller Einnahmen erhalten. Der Medianverdienst liegt bei den meisten Kreativen auf Höhe der Armutsgrenze; Siehe hierzu ferner *Towse*, *Creativity, Incentive and Reward*.

725 *Collins/Amabile*, in: Sternberg (Hrsg.), *Handbook of Creativity*, S. 297, 301.

726 *Ryan/Deci*, *Am. Psychol.* 2000, S. 68, 227.

727 *Ryan/Deci*, *Am. Psychol.* 2000, S. 68, 228.

728 *Zimmerman*, *Theoretical Inquiries in Law* 2011, S. 29, 46 m.w.N.

729 *Horowitz*, *Harv. L. Rev.* 2009, S. 1489, 1499.

Beziehungen oder Verbindungen zu anderen sein.⁷³⁰ Wird durch eine kreative Handlung die Beziehung zu einer anderen Person oder Gruppe gestärkt, kann dies bereits ausreichende Motivation sein. Kreativität wird somit durch höchst individuelle Faktoren und Erfahrungen bestimmt. Ihre Ausübung dient der Erfüllung grundlegender psychologischer Bedürfnisse. Der bei verschiedenen Personen unterschiedlich stark ausgeprägte Drang, etwas zu verwirklichen dient eigenen (insbesondere Spaß und Selbstbestätigung) und sozialen Zwecken (Medium der Kommunikation, Stärkung sozialer Bindungen).

b) Relevante Umweltbedingungen

Der Effekt intrinsischer und extrinsischer Faktoren auf die Ausübung kreativer Tätigkeiten hängt jedoch auch stark von den jeweiligen Umweltbedingungen ab.⁷³¹ Eine genauere Ermittlung fördernder und störender Faktoren könnte es ermöglichen, das Urheberrecht oder selbstregulierende Gestaltungsalternativen anhand dieser Faktoren auszurichten. Da Kreativität vor allem auf intrinsischen Motiven beruht, kann sie nicht erzwungen werden. Sie kann jedoch durchaus gefördert werden, indem entsprechende ermunternde Anreize gesetzt werden bzw. ein Umfeld geschaffen wird, das die Ausübung von Kreativität ermöglicht und vereinfacht.⁷³² Es dürfte daher nicht zufällig sein, dass die Welt der Werkproduktion von einer Masse an Laien-Werken bestimmt wird.⁷³³ Es ist davon auszugehen, dass die Beweggründe der Menschen, kreativ tätig zu werden, seit jeher in ähnlicher Form bestanden; der Wunsch nach kreativer Tätigkeit war stets vorhanden. Durch die digitalen Möglichkeiten entstanden jedoch einfache realisierbare Wege, diesem Wunsch auch tatsächlich nachzugehen. Die massenhafte Laien-Produktion im digitalen Umfeld ist daher wohl vor allem Folge neuer technischer Möglichkeiten.⁷³⁴

Wenn aber Kreativität nicht erzwungen, sondern nur gefördert werden kann, kommt es umso mehr auf das Vorhandensein fördernder und die Vermeidung hemmender Umstände an. In Bezug auf fördernde Umstände ist ein klareres Bild erkennbar: Menschen reagieren in kreativer Form vor allem auf verschiedene Quellen der Inspiration.⁷³⁵ Dabei folgen sie ihrem Drang nach Mitteilung von Wünschen, Gefühlen und Gedanken. Die große Mehrzahl der Menschen ist daher zuallererst Nutzer anderer kreativer Werke und Konsument ihrer kulturellen Umgebung und erst im zweiten Schritt Kreativer.⁷³⁶ Daher spielt die Frage, inwiefern Urheber selbst Zugriff auf kreative Werke Anderer haben, für den kreativen Prozess des Urhebers

730 *Ryan/Deci*, *Am. Psychol.* 2000, S. 68, 235; *Horowitz*, *Harv. L. Rev.* 2009, S. 1489, 1500.

731 Siehe hierzu etwa kritisch *Choi*, *Soc. Behav. Pers.* 2012, S. 681.

732 *Jakob*, in: *Rehbinder* (Hrsg.), *Die psychologische Dimension des Urheberrechts*, S. 77, 89; *Cohen*, in: *Guibault/Hugenholtz* (Hrsg.), *Future of the Public Domain*, S. 121, 154.

733 Siehe zu Zahlen *Johnson*, *B.U. L. Rev.* 2014, S. 1937, 653 f.

734 *Shirky*, *Cognitive Surplus*, S. 56.

735 *Cohen*, *Configuring the Networked Self*, S. 65; *Runco*, *Creativity*, S. 251 ff.

736 *Cohen*, *Configuring the Networked Self*, S. 66.

auch jenseits transformativer Kreativität eine elementare Rolle.⁷³⁷ Mehr Inspiration führt i. d. R. zu mehr kreativer Tätigkeit. Ferner wurde nachgewiesen, dass unterschiedliche kulturelle Erfahrungen, Werte und Auffassungen unterschiedlichen Einfluss auf Kreativität haben können.⁷³⁸ Auch die Vielfalt möglicher Erfahrungen mit fremden Werken ist somit ein wesentlicher Umweltfaktor für die Entstehung von Kreativität.

In einem engen Zusammenhang damit steht das Vorhandensein realer und rechtlicher Möglichkeiten, auf Grundlage der von ihnen konsumierten Werke bzw. ihrer soziokulturellen Umgebung selbst kreativ tätig zu werden. Die tatsächlichen Möglichkeiten zur Ausübung von Kreativität wurden durch die digitale Technik stark verbessert und stellen somit oftmals nur noch eine geringe Hürde dar. Problematisch sind hingegen die rechtlichen Möglichkeiten zur Ausübung von Kreativität als psychologischem, menschlichem Bedürfnis.⁷³⁹ Hier ist ein gewisser „Freiraum“ zur legalen Ausübung der eigenen Kreativität essentiell. Ohne kreative Freiräume kann es keine kreativen Tätigkeiten geben. In jüngerer Zeit wurde in diesem Kontext aus sozialwissenschaftlicher Sicht u. a. untersucht, welchen Einfluss rechtliche Unsicherheiten, Regeln und Anwendungsspielräume auf die Ausübung kreativer Tätigkeiten haben können.⁷⁴⁰ Dabei zeigte sich, dass Kreativität am stärksten gedeiht, wenn einerseits rechtliche Unsicherheiten durch möglichst klare Regeln beseitigt sind und andererseits ein möglichst großer Spielraum besteht, der es erlaubt, sich innerhalb dieser klaren Regeln frei zu entfalten und zu experimentieren.⁷⁴¹ Nötig ist somit ein möglichst großer kreativer Freiraum innerhalb möglichst klarer Grenzen. Zur Bestimmung dieses Raums dürften neben gesetzlichen Regeln auch de facto anerkannte informelle Praktiken – wie etwa im Bereich der geduldeten Nutzung – eine Rolle spielen.⁷⁴²

Zudem können auch externe Reize zur Förderung kreativer Handlungen eingesetzt werden, solange sie keine zu kontrollierende und damit die durch die Kreativität ausgelebte Autonomie einschränkende Wirkung haben. Ein positiver Effekt ist daher etwa durch informierende oder fördernde Anregungen möglich.⁷⁴³ Auch klare Zielvorgaben und Aufgaben können für die konkrete Ausgestaltung oder für Vorbereitungshandlungen positive Wirkung haben, solange genug Freiräume verbleiben.⁷⁴⁴

737 *Cohen*, U.C. Davis L. Rev. 2007, S. 1151, 1180.

738 *Runco*, Creativity, S. 251 ff.

739 *Cohen*, Configuring the Networked Self, S. 78; *Cohen*, in: Guibault/Hugenholtz (Hrsg.), Future of the Public Domain, S. 121, 154.

740 *Wang*, U. Pa. J. Const. L. 2010, S. 1471, 1489 ff.; *Guttel/Harel*, Mich. L. Rev. 2008, S. 467; *Feldman/Teichman*, N.Y.U. L. Rev. 2009, S. 980.

741 *Wang*, U. Pa. J. Const. L. 2010, S. 1471, 1489 ff.; *Leistner*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 211, 220.

742 *Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1465 ff.

743 *Collins/Amabile*, in: Sternberg (Hrsg.), Handbook of Creativity, S. 297, 303 ff.

744 *Amabile*, Creativity in Context, S. 221 f.

c) Zwischenergebnis

Kreativität wird stärker durch den inneren Wunsch nach Befriedigung psychologischer Bedürfnisse motiviert als durch externe Anreize. Sie dient der Auslebung von Spaß, Freude, Interesse, Neugier sowie dem Drang nach Mitteilung eigener Gedanken an Andere. Sie braucht einerseits möglichst große technische und rechtliche Freiräume zur Entfaltung und zum Experimentieren. Andererseits sollten die Grenzen dieser Freiräume klar abgegrenzt sein, um nicht durch rechtliche Unsicherheiten negativen Einfluss auf kreative Tätigkeiten auszuüben. Wichtig ist neben diesem Freiraum vor allem ein möglichst umfassender Zugriff auf möglichst unterschiedliche andere Inhalte als Quelle der Inspiration. Externe Anreize können je nach konkreter Ausgestaltung, Konstellation und Tätigkeit sowohl negative, als auch positive Wirkung auf verschiedene Arten und Phasen kreativer Tätigkeit haben. Das, was man am ehesten als „Kern“ der Kreativität bezeichnen könnte, nämlich die Entwicklung oder Schaffung eines vollkommen neuen Gedankens oder die Gestaltung von neuen Ideen, unterliegt am stärksten der Gefahr eines negativen Effekts durch externe Anreize.

Das Urheberrecht kann mangels universeller Ursache-Wirkung-Zusammenhänge innerhalb des kreativen Prozesses im besten Fall dafür sorgen, optimale Bedingungen für die Ausübung von Kreativität bereitzustellen und im schlechtesten Fall Kreativität aktiv zu behindern.⁷⁴⁵ Dabei fokussiert es bisher vor allem auf das Endprodukt kreativer Tätigkeit und seiner Verwertung und nimmt nur rudimentär bzw. mittelbar Rücksicht auf die Frage, wie überhaupt kreative Werke entstehen und was ihre soziokulturellen Vorbedingungen sind.

An dieser Stelle setzen jedoch wiederum die verschiedenen Selbstregulierungsansätze an. Die durch sie ermöglichte größere Nutzungs- und Zugangsfreiheit zu fremden Werken vereinfacht die tatsächliche Ausübung kreativer Tätigkeiten im Verhältnis zum Urheberrecht. Freie Lizenzen versuchen darüber hinaus, bestehende rechtliche Unsicherheiten, z. B. in Bezug auf die Reichweite von Schrankenregelungen, zu beseitigen und durch Laien-taugliche Regeln klar abgegrenzte kreative Freiräume zu schaffen. Zudem dient der Gemeinschaftseffekt bei freien Lizenzen häufig (bei geduldeter Nutzung teilweise) als wichtiger Motor für kreative Tätigkeiten, da durch kreative Tätigkeiten innerhalb der Gemeinschaft immer zugleich soziale Bindungen gestärkt werden. Die im Internet vorherrschenden Selbstregulierungsmechanismen sind somit möglicherweise besser geeignet, Kreativität zu fördern als das geltende Urheberrecht bzw. einige kreativitätshemmende Probleme des geltenden Urheberrechts zu beseitigen.

⁷⁴⁵ *Cohen*, in: Guibault/Hughenoltz (Hrsg.), *Future of the Public Domain*, S. 121, 148.

III. Gründe für eine freiwillige Beschränkung bestehender Rechte

Ebenso relevant wie die psychologischen Gründe für die Ausübung einer kreativen Tätigkeit ist die Frage nach den Gründen für eine freiwillige Einschränkung der aus der kreativen Tätigkeit resultierenden Rechte. Wissenschaftlich konnte dabei im Zusammenhang mit der Verwendung freier Lizenzen, der Teilnahme an der Entwicklung freier Software-Projekte oder anderer Projekte wie etwa der Wikipedia eine Reihe unterschiedlicher Motive nachgewiesen und systematisiert werden. Sie können zum Teil erklären, wieso die aus ökonomischer Sicht möglicherweise sinnlos erscheinende Entscheidung getroffen wird,⁷⁴⁶ eigene Leistungen entgeltfrei zu erbringen oder Dritten entgeltlos das Produkt der eigenen Leistung zur Verfügung zu stellen.

1. Sozial-kommunikativer Austausch

Zunächst fällt auf, dass viele Situationen der freiwilligen Preisgabe eigener Rechte von kommunikativem und sozialem Austausch geprägt sind. Oftmals geht es darum, einer bestimmten Gruppe von Personen etwas mitzuteilen oder seine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe zu demonstrieren bzw. zu bestärken.

a) Kooperation und Gruppenzugehörigkeit

Insbesondere dann, wenn die eigenen schöpferischen Leistungen Bestandteil eines größeren Ganzen werden sollen, etwa bei freien Software-Projekten oder Gemeinschaftsprojekten wie der Wikipedia, aber auch im Rahmen der wissenschaftlichen Forschung spielt der bewusste Austausch mit Gleichgesinnten auf einer nicht-kommerziellen Ebene eine wichtige Rolle.⁷⁴⁷ Es geht den beteiligten Personen bei ihrer Tätigkeit gerade um das gemeinsame Schaffen, d. h. darum, durch den gegenseitigen Austausch, die gegenseitige Kontrolle und das Einbringen von individuellen Spezialfähigkeiten und -wissen kollektiv mehr zu erreichen denn als Einzelner.⁷⁴⁸ Hinzu kommt der Wunsch, im Rahmen der Tätigkeit von den Anderen zu lernen oder das eigene Wissen und die eigenen Fähigkeiten Anderen näherzubringen.⁷⁴⁹ Die Zusammenarbeit mit Anderen, sei es direkt oder zeitversetzt, wird als Bereicherung angesehen.⁷⁵⁰ Dies kann dazu führen, dass sich die beteiligten Personen mit der jeweiligen Gruppe oder ihren Zielen solidarisch fühlen und sie sich in der Folge als Teil einer Gemeinschaft sehen können, die sie unterstützenswert finden und an der sie weiterhin aktiv teilhaben wollen.⁷⁵¹ Aus sozialpsychologischer Sicht lässt sich dieser Umstand damit erklären, dass viele Menschen einen starken Wunsch danach verspüren, auf andere Menschen Einfluss zu nehmen, vor allem aber Bezie-

⁷⁴⁶ Wobei die freiwillige Einschränkung eigener Rechte ökonomisch keineswegs sinnlos sein muss, wie in Kap. 3 A. gezeigt.

⁷⁴⁷ Metzger/Jaeger, IIC 2001, S. 52, 56.

⁷⁴⁸ Metzger/Jaeger, IIC 2001, S. 52, 56.

⁷⁴⁹ Grassmuck, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 21, 41.

⁷⁵⁰ Antikainen u. a., EJIM 2010, S. 100, 113.

⁷⁵¹ Munar/Jacobsen, Tour. Manage. 2014, S. 46, 48.

hungen zu anderen Personen oder Gruppen zu stärken.⁷⁵² Der Wunsch danach ist nochmals stärker, wenn die gemeinsam ausgeübte Tätigkeit auch von Außenstehenden als positiv empfunden wird.⁷⁵³ Dies dürfte auf eine Vielzahl von Situationen der Verwendung freier Lizenzen zutreffen.

Diese sozialen Interaktionen sind häufig wichtiger und stärker als ökonomische Erwägungen.⁷⁵⁴ Somit können soziale Beweggründe eine gute Erklärung für die freiwillige Mitarbeit am Ziel einer Gruppe oder Gemeinschaft sein. Besonders stark sind solche Beweggründe bei wiederholten Tätigkeiten, da sich so oftmals schon handlungsleitende soziale Strukturen herausbilden konnten.⁷⁵⁵ Indem eine Person die aktive Gruppenzugehörigkeit und die dadurch erhaltenen sozialpsychologischen Vorteile höher einstuft als möglichen eigenen Besitz, spielen Urheberrechte für sie nur eine sehr untergeordnete Rolle.⁷⁵⁶

b) Teilen als sozial-kommunikativer Akt

Auch bei der Motivation Einzelner, eigene Werke Anderen zu präsentieren, zugänglich zu machen oder aber auch zur Weiterverarbeitung bereitzustellen, finden sich sozialpsychologische Beweggründe. Hinter dem Erfolg aller Web 2.0-Portale steht der Wunsch des sich nicht nur als Konsument beteiligenden Nutzers, irgendetwas mit Anderen zu teilen.⁷⁵⁷ Dies können Informationen, Werke, Persönliches oder eine Mischung aus allem sein. Viele wollen einfach nur ihr Werk mit der größtmöglichen Reichweite und Aufmerksamkeit teilen⁷⁵⁸ und sich mit Gleichgesinnten vernetzen oder austauschen,⁷⁵⁹ wozu die digitale Technik die optimalen Bedingungen bietet.

Das Teilen eigener Erfahrungen kann wichtige soziale Funktionen erfüllen, auch wenn es sich etwa nur um die Weitergabe von Urlaubserfahrungen handelt.⁷⁶⁰ Durch die bewusste Mitteilung und Weitergabe eigener Inhalte an Dritte besteht zudem die Möglichkeit, die eigene Meinung oder Haltung zu einem bestimmten Thema auszudrücken und zu verbreiten.⁷⁶¹ Die digitale Technik bietet nicht nur Wege zur Weitergabe und Vernetzung, sondern ermöglicht oder vereinfacht auch neue Ausdrucksformen. Dies kann, insbesondere mit Blick auf soziale Medien oder

752 Ryan/Deci, *Am. Psychol.* 2000, S. 68, 235.

753 Nov, *Communications of the ACM* 2007, S. 60, 62.

754 Wielsch, *Zugangsregeln*, S. 205.

755 Nov u. a., *JASIST* 2010, S. 555, 563.

756 Urheberrechte sind insoweit jedoch weiterhin relevant, als dass sie oftmals die Grundlage einer freien Lizenz bilden, die als eine Art Verfassung oder Satzung die inneren Regeln der Gruppe bzw. Gemeinschaft festschreibt, siehe hierzu etwa Wielsch, *JIPITEC* 2010, S. 96; McGowan, *U. Chi. L. Rev.* 2011, S. 207.

757 Moody, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch* 2008, S. 224, 229.

758 Boyle, *Public Domain*, S. 182.

759 Ma/Chan, *Comput. Human Behav.* 2014, S. 51, 55.

760 Munar/Jacobsen, *Tour. Manage.* 2014, S. 46, 52.

761 Jadin u. a., *Comput. Human Behav.* 2013, S. 210, 214.

Web-2.0-Plattformen, zu einer vollkommen neuartigen kollektiven Produktions-Konsum-Mischung führen.⁷⁶²

Die soziale Funktion des Handelns führt dazu, dass sowohl eigene als auch fremde Urheberrechte für die beteiligten Personen oftmals irrelevant sind. Hinzu kommt, dass insoweit eine Verschiebung sowohl bei der Produktion als auch der Verbreitung kreativer Werke deutlich erkennbar wird. Nicht mehr die Urheberrechtsindustrie, sondern die Gemeinschaft der Nutzer sorgt in immer stärkerem Umfang selbst für die Schaffung und Verbreitung kreativer Werke. Die Nutzer sorgen für ihre eigene Unterhaltung, die Produkte der etablierten Kulturindustrie sind nur noch Anlass und Inpfit gemeinschaftlicher Auseinandersetzung mit diesen Inhalten. Soziales Teilen tritt daher immer stärker an die Stelle bisheriger Geschäftsmodelle.⁷⁶³ Bezogen auf eigene Urheberrechte bietet der soziale Zweck einer Handlung somit eine Erklärungsmöglichkeit für die Verwendung freier Lizenzen oder geduldeter Nutzung.⁷⁶⁴ Bezogen auf fremde Urheberrechte ist die Divergenz zwischen sozialem (Mit-)Teilungsbedürfnis und geltendem Recht einer der stärksten Reibungspunkte des digitalen Urheberrechts.⁷⁶⁵

Soziale und kommunikative Gründe können daher in vielen Fällen erklären, wieso Personen freiwillig auf Rechte an eigenen Inhalten und Werken „verzichten“ und ihnen eine Verbreitung oder Weiternutzungsmöglichkeit wichtiger ist als eigene Ausschließlichkeitsrechte.

2. Positiver Einfluss auf die Selbstwahrnehmung

Einen weiteren Erklärungsansatz bietet ein Blick auf die Auswirkungen einer freiwilligen öffentlichen Preisgabe eigener Rechte auf das Selbstbild des Handelnden. Die freiwillige Preisgabe eigener Rechte oder eigenen Wissens an Dritte kann einer Reihe psychologischer Vorteile und Befriedigungen ermöglichen.⁷⁶⁶ Eine vordergründig selbstlose Handlung dient in Wahrheit oftmals nur der Steigerung des eigenen Selbstwertgefühls. Es ist bekannt, dass Menschen sich teilweise sehr darum sorgen, wie andere Menschen sie und ihre Handlungen beurteilen. Umso deutlicher und präsenter der Effekt einer Handlung auf Andere ist, desto relevanter ist die Beurteilung durch Dritte für die eigene Handlung.⁷⁶⁷ Dementsprechend wird die allgemeine Anerkennung der eigenen Leistung oder der eigenen Selbstlosigkeit häufig als wichtigste Antriebskraft vermeintlich selbstloser Handlungen angesehen.⁷⁶⁸ Im Bereich der OSS-Entwicklung wurde etwa lange Zeit in der allgemeinen Anerkennung der eigenen Fähigkeiten durch die Gemeinschaft eine für die teilnehmenden

762 *Lakhani/Wolf*, in: Feller (Hrsg.), *Perspectives on Free and Open Source Software*, S. 3, 18.

763 *Ricolfi*, in: Dulong De Rosnay/De Martin (Hrsg.), *The Digital Public Domain*, S. 49, 53.

764 Welche wiederum zu positiven psychologischen Effekten für den Einzelnen führt, siehe *Lakhani/Wolf*, in: Feller (Hrsg.), *Perspectives on Free and Open Source Software*, S. 3, 18.

765 *Moody*, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch 2008*, S. 224, 229.

766 *Ariely u. a.*, *AER* 2009, S. 544.

767 *Bénabou/Tirole*, *AER* 2006, S. 1652, 1655.

Entwickler relevante Triebkraft gesehen,⁷⁶⁹ eine Einschätzung die durch aktuellere Studien nicht in diesem Umfang bestätigt werden konnte.⁷⁷⁰ Durch Freiwilligkeit kann jedoch auch Reputation und Vertrauen innerhalb eines Beziehungssystems bzw. einer Gemeinschaft aufgebaut werden.⁷⁷¹ Zudem kann das Streben nach Ruhm und Anerkennung für die eigene Leistung und Steigerung der eigenen Bekanntheit ein wichtiges Entscheidungskriterium für eine möglichst weite Verbreitung der eigenen Werke unter Verzicht auf einzelne Rechte darstellen.⁷⁷²

Entscheidend dürfte jedoch oftmals auch die Wirkung sein, die aus der Reaktion der Allgemeinheit zurück auf die eigene Selbstwahrnehmung fällt: So kann etwa die Bestärkung einer Handlung durch die Gemeinschaft extrem befriedigend sein.⁷⁷³ Das Teilen von Urlaubsfotos führt zu Respekt, Anerkennung, Sozialprestige und damit zu einem gesteigerten Selbstbewusstsein.⁷⁷⁴ Dritte können so eine emotionale Unterstützung bieten.⁷⁷⁵ Auch das Teilen eigenen Wissens in Online-Foren führt zu einer starken Selbstbestätigung („Besserwisser-Effekt“).⁷⁷⁶ Positives Feedback führt zum Gefühl, das Richtige getan zu haben, Anerkennung der eigenen Fähigkeiten zu einem besseren Selbstwertgefühl. Auch hinter dem Wunsch, „etwas Gutes zu tun“ oder anderen zu helfen, steht häufig das Ziel einer Belohnung in Form eines „guten Gefühls“.⁷⁷⁷ Freiwillige Tätigkeiten bieten somit eine gute Gelegenheit, das eigene Ego zu bestärken.⁷⁷⁸ Dies muss dabei nichts vermeintlich egoistisch Negatives sein, schließlich kann eine Handlung zugleich eigenen und allgemeinen Interessen dienen.

Essentielle Voraussetzung für eine mögliche positive Wirkung auf das eigene Selbstwertgefühl ist jedoch das Vorhandensein irgendeiner Art von Feedback. Erst das Feedback der Gesellschaft oder der unterstützten Person führt dazu, dass verstanden wird, wie sehr Anderen durch die eigene Handlung geholfen worden ist, und kann dadurch den Selbstwert erhöhen.⁷⁷⁹ Umso stärker dieses Feedback oder die Erwartung eines derartigen Feedbacks ist, desto eher ist die Bereitschaft vor-

768 *Tang u. a.*, *JMIS* 2012, S. 41, 44 m.w.N., 70; *Ma/Chan*, *Comput. Human Behav.* 2014, S. 51, 55; in den Studien von *Oreg* und *Nov* wurde hingegen Anerkennung bei der Beteiligung an OSS-Projekten lediglich als untergeordneter Motivator neben echtem Altruismus und Selbstentwicklung identifiziert, siehe hierzu *Oreg/Nov*, *Comput. Human Behav.* 2008, S. 2055, 2069.

769 *Metzger/Jaeger*, *IIC* 2001, S. 52, 53.

770 *Oreg/Nov*, *Comput. Human Behav.* 2008, S. 2055, 2069.

771 *Horowitz*, *Harv. L. Rev.* 2009, S. 1489, 1500 f.

772 *Musso*, in: Ohly (Hrsg.), *Common Principles Of European Intellectual Property Law*, S. 33, 36; *Eidenberger/Ortner*, in: *Dobusch/Forsterleitner* (Hrsg.), *Freie Netze. Freies Wissen*, S. 42, 54.

773 *Horowitz*, *Harv. L. Rev.* 2009, S. 1489, 1500 f.

774 *Munar/Jacobsen*, *Tour. Manage.* 2014, S. 46, 48; *Nov u. a.*, *JASIST* 2010, S. 555, 563.

775 *Munar/Jacobsen*, *Tour. Manage.* 2014, S. 46, 53.

776 *Wasko/Faraj*, *MIS quarterly* 2005, S. 35.

777 *Hung u. a.*, *Int. J. Hum.-Comput. St.* 2011, S. 415, 424; *Oreg/Nov*, *Comput. Human Behav.* 2008, S. 2055, 2059, 2061.

778 *Nov*, *Communications of the ACM* 2007, S. 60, 62 f.

779 *Hung u. a.*, *Int. J. Hum.-Comput. St.* 2011, S. 415, 423.

handen, eine freiwillige Handlung zugunsten Anderer vorzunehmen.⁷⁸⁰ Erst das Feedback bzw. die Erkennbarkeit der Umstände erzeugen das Gefühl oder auch nur den Wunsch, „gebraucht zu werden“.

Somit kann das Streben nach Anerkennung, Sozialprestige und besserem Selbstwertgefühl ein wesentliches Entscheidungskriterium für pro-soziale Handlungen sein, mit denen eigenes Wissen oder eigene Werke ohne unmittelbare Gegenleistung preisgegeben werden.

3. Reziprozitäts- und Kooperationserwartung

Auch das Vertrauen auf Gegenseitigkeit kann eine weitere Erklärung für die freiwillige Weg- bzw. Preisgabe eigener Rechte oder auch eigenen Wissens sein. Vertrauen kann sich aus vorangegangenen Handlungen Dritter ergeben, mit einer solchen Handlung kann aber auch selbst ein Vertrauensvorschuss geschaffen werden. Dies kann eine gewisse Dynamik erzeugen. Wer erwartet, dass andere kooperieren, wird auch selbst eher kooperieren.⁷⁸¹ Die Frage, ob jemand etwas mit jemandem freiwillig teilt, hängt neben der damit erhofften Anerkennung häufig vor allem davon ab, ob hierdurch die soziale Bindung zu Anderen gestärkt werden kann.⁷⁸² Dabei kommt es oft weniger darauf an, dass tatsächlich Gegenseitigkeit besteht, d. h. dass von der Gegenseite eine identische Handlung erwartet wird. Vielmehr kommt es auf das durch die freiwillige Handlung gesetzte und geschaffene Vertrauen an, also die Hoffnung, dass die Gelegenheit nicht missbraucht wird und die Gegenseite gegebenenfalls in gleicher Weise verfahren wird. Dies führt wiederum zu einer Stärkung der sozialen Beziehungen.⁷⁸³ Oftmals gibt es auch Konstellationen, in denen eine gewisse Form der Reziprozität durch einzelne Personen der Gemeinschaft kontrolliert und im Wege sozialer Durchsetzungswege (z. B. öffentliche Kritik) durchgesetzt wird. Dies sind oftmals Personen innerhalb einer Gemeinschaft, denen Gegenseitigkeit besonders wichtig ist.⁷⁸⁴ Sie fungieren als eine Art soziale Missbrauchskontrolle, welche bei der Kontrolle und Durchsetzung sozialer Normen sehr effizient sein kann.⁷⁸⁵

Eng damit verwandt ist ein bei vielen Menschen vorhandenes inneres Streben nach Fairness entsprechend dem Grundsatz: wer mich fair behandelt, den behandle ich auch fair.⁷⁸⁶ Menschen haben grundsätzlich das Bedürfnis, fair und moralisch richtig zu handeln.⁷⁸⁷ Wird ein bestimmtes pro-soziales Verhalten als fair empfunden

780 *Bénabou/Tirole*, AER 2006, S. 1652, 1655.

781 *Horowitz*, Harv. L. Rev. 2009, S. 1489, 1502.

782 *Hsu u. a.*, Int. J. Hum.-Comput. St. 2007, S. 153, 166.

783 *Lin u. a.*, Comput. Human Behav. 2009, S. 929.

784 *Schultz*, Berkeley Tech. L.J. 2006, S. 651, 727.

785 *Belsky u. a.*, Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 2010, S. 1, 44, 50.

786 Siehe hierzu die bei *Horowitz*, Harv. L. Rev. 2009, S. 1489, 1501 f. zitierten Studien; *Belsky u. a.*, Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 2010, S. 1, 39.

787 *Belsky u. a.*, Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 2010, S. 1, 43.

den, wird es eher ausgeübt.⁷⁸⁸ Das Teilen innerhalb einer (gefühlten) Gemeinschaft hängt daher auch davon ab, ob eine entsprechende Vertrauensbasis besteht, die auf Gegenseitigkeit und Fairness schließen lässt.

Dieses Vertrauen kann einerseits durch soziale Kontrolle erfolgen, andererseits aber auch durch gezielte Verwendung rechtlicher Regelungen. Die Konstruktion freier Lizenzen, insbesondere solcher mit Copyleft-Effekt, ist somit letztendlich nichts anderes als der Versuch, ein gewisses Maß an Fairness und Zusammenarbeit auch dann zu erzwingen, wenn soziale Kontrollmechanismen scheitern sollten. Ihre Verwendung ist daher oftmals mit einer gewissen Gegenseitigkeitserwartung verbunden. Gleichzeitig kann dies zum Teil erklären, wieso Menschen von sich aus zunächst Werke unter freien Lizenzen veröffentlichen. Sie erhoffen sich hierdurch Vertrauen und Gegenseitigkeit in der Erwartung, dass andere es ihnen gleichtun, solange nur jemand den ersten Schritt macht. Ihr Ziel ist „Fairness“ und die Ermöglichung eines alternativen „fairen“ Ausgleichssystems als Gegensatz zu rein Ich-bezogenem Verhalten.

Im Umgang mit Urheberrechten kommt es zudem häufiger dazu, dass mit einer Preisgabe einzelner Rechte nichts verloren wird. Entweder hat das entsprechende Recht ohnehin keinen allzu hohen ökonomischen Wert oder seine Verwertung oder Durchsetzung wäre wirtschaftlich ohnehin nicht sinnvoll möglich. In diesen (und auch anderen) Fällen entsteht durch eine freiwillige Preisgabe einzelner Rechte im Wege freier Lizenzen oder aber auch durch Duldung bestehender Rechtsverletzungen kein weiterer Verlust – jedoch die Chance, einen Vertrauensvorschuss und engere soziale Bindungen zu Gleichgesinnten oder Anhängern zu erreichen.

4. Soziale oder moralische Verpflichtung

Ferner können sich Personen aus moralischen, ideologischen oder gesellschaftlichen Gründen dazu verpflichtet fühlen, freiwillig auf bestehende Rechte zu „verzichten“.

Studien zur Motivation bei der Entwicklung freier Software sowie unter Kreativen, die freie Lizenzen verwenden, belegen, dass politische Überzeugung sowie die Überzeugung von der Notwendigkeit eines anderen Urheberrechtssystems häufig zu den wichtigsten Beweggründen gehören.⁷⁸⁹ Die Verwendung freier Lizenzen dient daher oftmals auch dem Ziel, die eigenen Werte und Überzeugungen gegenüber Anderen auszudrücken. Viele Kreative halten das gegenwärtige Urheberrechtssystem inzwischen selbst für fehlerhaft und befürworten ein System, in dem geistige Ressourcen wesentlich freier genutzt werden können.⁷⁹⁰ Einige sehen keinen Vorteil im Urheberrecht, da sie auf eine finanzielle Verwertung der entsprechenden

788 *Nov/Kuk*, *Comput. Human Behav.* 2008, S. 2848, 2858.

789 *Lakhani/Wolf*, in: Feller (Hrsg.), *Perspectives on Free and Open Source Software*, S. 3, 14; *Boyle*, *Public Domain*, S. 183; *Asay*, *OSLJ* 2013, S. 753, 755; *Metzger/Jaeger*, *IIC* 2001, S. 52, 56; *Metzger/Jaeger*, *GRUR Int.* 1999, S. 839, 841.

790 *Grassmuck*, in: *Angelopoulos/Guibault* (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 21, 22.

Rechte keinen Wert legen oder den positiven Wert freier Werke höher einschätzen.⁷⁹¹ Anderen ist es wichtiger, dass ihre Werke überhaupt genutzt werden, befürchten aber, dass dies ohne die Verwendung freier Lizenzen nicht geschieht.

Neben Personen, die aus politischer Überzeugung bewusst freie Lizenzen einsetzen oder auf Urheberrechte verzichten, finden sich auch Personen, die aufgrund sozialen Drucks auf Rechte oder deren Durchsetzung verzichten.⁷⁹² Die Motivation zum Teilen kann sich sowohl aus Spaß und Freude am Teilen, als auch aus Gemeinschaftspflichten ergeben.⁷⁹³ Relativ häufig wird daher bei Umfragen als Beweggrund für eine freie Lizenzierung das Gefühl genannt, der „Gemeinschaft“ etwas zurückgeben zu müssen.⁷⁹⁴ Dies ist zugleich die Folge der bereits angesprochenen sozialen Gegenseitigkeitserwartungen.⁷⁹⁵ Auch Dankbarkeit oder das Gefühl, selbst Vorteile aus einem System gezogen zu haben, können zu einer inneren Verpflichtung zu fortgesetztem Teilen führen. Insoweit schließt sich der Kreis zu der beim Teilen erwarteten gegenseitigen Fairness. Aus moralischen Erwägungen kann sich ferner die moralische Verpflichtung ergeben, etwas zu tun, was ohne großen eigenen Aufwand und ohne große eigene Kosten möglich ist, aber anderen helfen kann.⁷⁹⁶ Es wird als eine Art moralische Pflicht angesehen, auf eigene, nicht benötigte und wertlose Rechte zu „verzichten“, wenn anderen hierdurch geholfen werden kann. Ein weiteres Beispiel für diese Konstellation ist das Vorhandensein von Sonderwissen, dessen Preisgabe zu keinen unmittelbaren Nachteilen führt, für Dritte aber von großem Vorteil sein kann. Diese moralischen Verpflichtungen wirken umso stärker, je enger die persönliche oder kulturelle Verbundenheit mit den erwarteten Nutznießern ist. Innerhalb kleiner, nach außen hin abgegrenzter Gemeinschaften mit gleichem kulturellem Hintergrund ist dieser Druck somit weitaus stärker vorhanden als bei großen anonymen Gemeinschaften mit heterogenem Hintergrund.

Am Beispiel der Verwendung unterschiedlicher freier Lizenzen lässt sich jedoch auch belegen, dass keineswegs alle Verwender dieser Lizenzen von einer moralischen oder sozialen Verpflichtung getrieben werden. Je nachdem, ob die Verwender sich weitreichende Rechte vorbehalten oder eher freie Lizenzvarianten wählen, wird erkennbar, dass einige Verwender stärker von wirtschaftlichen Motiven getrieben sind, die in der Verwendung einer freien Lizenz lediglich eine andere Verwertungs- oder Verbreitungsmöglichkeit sehen. Andere wiederum verbinden keine unmittelbare wirtschaftliche Erwartung mit der Verwendung freier Lizenzen, sondern verfolgen eher die vorgenannten altruistischen oder idealistischen Ziele.⁷⁹⁷ Ein

791 *Eidenberger/Ortner*, in: Dobusch/Forsterleitner (Hrsg.), *Freie Netze. Freies Wissen*, S. 42, 54.

792 *Belsky u. a.*, *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 2010, S. 1, 44, 50.

793 *Lakhani/Wolf*, in: Feller (Hrsg.), *Perspectives on Free and Open Source Software*, S. 3, 4.

794 *Lakhani/Wolf*, in: Feller (Hrsg.), *Perspectives on Free and Open Source Software*, S. 3, 14.

795 Siehe hierzu vorstehend Kap. 3 B. III. 3.

796 *Moody*, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch 2008*, S. 224, 225; *Boyle*, *Public Domain*, S. 189.

797 *Grassmuck*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 21, 29.

weiterer Unterschied ist auch bei Betrachtung unterschiedlicher Werkarten erkennbar. Bei „Gebrauchswerken“, d. h. bei Werken mit geringem persönlichen Bezug wie etwa Fotos, Artikeln, Sachbüchern und Ähnlichem ist die Bereitschaft zur Verwendung freier Lizenzen weitaus größer als bei Werken mit stärkerem persönlichen Bezug, wie etwa Romanen.⁷⁹⁸ Dies zeigt, dass je nach den Umständen der individuellen Situation sehr unterschiedliche Gründe für bestimmte Verhaltensweisen in Betracht kommen. Die vorstehend dargestellten Gründe können daher nur eine Kategorisierung verschiedener theoretisch möglicher ökonomischer, sozialer und psychologischer Gründe bieten, die einen Überblick über die je nach Situation möglicherweise relevanten Faktoren ermöglicht.

IV. Zwischenergebnis

Die psychologische Forschung zu den Hintergründen kreativer Tätigkeiten hat starke Zweifel an der Überzeugungskraft wesentlicher urheberrechtlicher Prämissen wie dem Anreizparadigma herbeigeführt. Menschen werden vor allem aus intrinsischen Motiven kreativ tätig, extrinsische Anreize können hingegen sogar negative Auswirkungen auf die Ausübung kreativer Tätigkeiten haben. Es lassen sich jedoch auch bestimmte Umweltvariablen identifizieren, die für die Ausübung kreativer Tätigkeiten förderlich sind. Dies sind insbesondere das Vorhandensein möglichst vieler und unterschiedlicher Inspirationsquellen sowie die technisch und rechtlich einfache Möglichkeit der Ausübung von Kreativität. Förderlich sind ferner möglichst große kreative Freiräume innerhalb klar abgesteckter Grenzen. Die im Internet gelebten Selbstregulierungsmechanismen können diese Voraussetzungen zum Teil besser erfüllen und sind damit zum Teil eher geeignet, die Ausübung kreativer Tätigkeiten zu fördern als das geltende Recht.

Unabhängig davon gibt es psychologische und soziale Gründe, die eine freiwillige Einschränkung eigener Rechte erklären können. Häufig wird durch eine derartige Handlung die eigene Verbundenheit mit einer Gemeinschaft ausgedrückt oder verstärkt oder sie dient dazu, den eigenen Drang nach möglichst umfassender Präsentation eigener Leistungen gegenüber anderen zu erfüllen. Zudem kann das Teilen eigener Werke dazu dienen, das eigene Selbstwertgefühl zu stärken oder proaktiv Vertrauen zu Anderen aufzubauen. Zuletzt steht hinter der freiwilligen Preisgabe eigener Rechte oftmals auch eine soziale oder moralische Verpflichtung, insbesondere im Rahmen von Gemeinschaften. Dies zeigt, dass vermeintlich ökonomisch sinnlose Handlungen durch sozialpsychologische Gründe rational erklärbar werden können.

⁷⁹⁸ *Grassmuck*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 21, 29 f.

Kapitel 4: Grenzen selbstregulierender Prozesse

Auch wenn private Selbstregulierung in bestimmten Konstellationen eine ökonomisch und kreativitätspsychologisch sinnvollere Alternative zum geltenden Urheberrecht sein könnte, führt sie selbst wieder zu neuen Problemen. Diese lassen zum Teil daran zweifeln, ob Selbstregulierung ein sinnvoller Weg zu einem angemesseneren Interessenausgleich im digitalen Urheberrecht sein kann. Sowohl freie Lizenzen als auch geduldete Nutzung, insbesondere in Form von Vereinbarungen zwischen Plattformbetreibern, originären und derivativen Rechtsinhabern, sehen sich einer Reihe praktischer Probleme ausgesetzt bzw. ziehen trotz ihrer vermeintlichen Vorteile einige gravierende Nachteile nach sich.

A. Tatsächliche Grenzen freier Lizenzen

Bei Verwendung freier Lizenzen ist zunächst das Verhältnis zu urheberrechtlicher Vergütung und Urheberpersönlichkeitsrechten problematisch. Ferner ist fraglich, ob durch freie Lizenzen nicht letztlich Ausschließlichkeitsrechten in kreativen Umgebungen noch mehr Bedeutung verliehen wird, was wiederum negative Auswirkungen auf die Ausübung von Kreativität haben könnte. Vor allem aber führen vertragsrechtliche Schwierigkeiten zu eigentlich unnötigen Rechtsunsicherheiten, die die Vorteile freier Lizenzen stark gefährden können.

I. Freiwillige Einschränkung von Rechten und die urheberrechtliche Vergütung

Die freiwillige Einschränkung eigener Rechte ohne unmittelbare finanzielle Gegenleistung führt unmittelbar zur Frage des Verhältnisses zwischen Selbstregulierung und dem Zweck des Urheberrechts, dem Urheber eine angemessene Vergütung zu sichern.

1. Gesetzliche Vergütungsansprüche und freie Lizenzen

Das Urheberrecht dient nach dem gesetzlichen Leitbild unter anderem der Sicherung einer angemessenen Vergütung für den Urheber.⁷⁹⁹ Sofern das Gesetz einem Nutzer mittels Schranken die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werks gestattet, stehen dem Urheber als Ausgleich in zahlreichen Fällen gesetzliche Vergütungsansprüche zu.⁸⁰⁰ Dadurch soll die vom Gesetzgeber erzwungene Einschränkung der Urheberrechte kompensiert und dem Urheber trotz dieser Einschränkung eine Vergütung gesichert werden.⁸⁰¹ Auf diese Ansprüche kann der

799 BGH, Urt. v. 18.05.1955, GRUR 1955, 492, 496 - Grundig-Reporter; BVerfG Beschl. v. 23.10.2013, 1 BvR 1842/11, GRUR 2014, 169, Tz. 72 - Übersetzerhonorare; Bullinger in: Wandtke/Bullinger, § 11 UrhG Rn. 3; Schulze in: Dreier/Schulze, § 11 UrhG Rn. 8; Loewenheim in: Loewenheim, § 1 Rn. 4.

800 Siehe für einen guten Überblick Flechsig in: Loewenheim, § 85 Rn. 1 ff.

801 Loewenheim in: Loewenheim, § 85 Rn. 3; Schulze in: Dreier/Schulze, § 63a UrhG Rn. 10.

Urheber nach § 63a S. 1 UrhG zu seinem eigenen Schutz nicht im Voraus verzichten.⁸⁰²

Ein Urheber, der sein Werk unter einer freien Lizenz verbreitet, stimmt damit bestimmten Nutzungshandlungen zu – verzichtet er damit jedoch zugleich auf gesetzliche Vergütungsansprüche? So sah dies zunächst der BGH in der Entscheidung Drucker und Plotter.⁸⁰³ Der Anspruch auf Vergütung für die von einer Schrankenregelung umfasste Nutzung sei eine gesetzliche Lizenz, für die im Fall einer tatsächlich vorher erteilten Zustimmung kein Bedarf sei.⁸⁰⁴ Dieser Auffassung trat jedoch das Bundesverfassungsgericht entgegen. Es sei kein Grund erkennbar, wieso ein Urheber, der in eine bestimmte Nutzung einwilligt, damit zugleich auf die ihm für diese Nutzung zustehenden Vergütungsansprüche verzichten solle.⁸⁰⁵ Daraufhin korrigierte der BGH seine Rechtsauffassung dahingehend, dass die Regelungen zu Schranken und Vergütungsansprüchen vorrangig seien. Soweit eine gesetzliche Regelung eine Nutzung gestatte und dem Urheber dafür eine gesetzliche Vergütung garantiere, sei kein Raum mehr für eine individuelle Zustimmung zur Nutzung.⁸⁰⁶ Diese Auslegung wurde schließlich im Ergebnis vom EuGH bestätigt.⁸⁰⁷

Die Verwendung einer freien Lizenz für die eigenen Werke hat somit keine Auswirkung auf gesetzliche Vergütungsansprüche. Dies lässt sich im Fall der Verwendung der weit verbreiteten CC-Lizenzen und der GPL auch noch auf andere Weise begründen. Zif. 2 a. 2. der CC-Lizenzen stellt klar, dass gesetzliche Schranken und Begrenzungen der Reichweite des Urheberrechts Vorrang vor dem Lizenztext haben.⁸⁰⁸ Dort, wo die Nutzung bereits durch eine Schranke gestattet ist, ist der Nutzer eines frei lizenzierten Werks daher nicht an die Lizenzbedingungen gebunden.⁸⁰⁹

2. Problem: Verwertungsgesellschaften

Aus rechtlicher Sicht hat die Verwendung einer freien Lizenz somit keine Auswirkungen auf gesetzliche Vergütungsansprüche. Ihre Geltendmachung ist in der Praxis jedoch problematisch.⁸¹⁰ Gesetzliche Vergütungsansprüche können im Regelfall nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden.⁸¹¹ Das System der kollektiven Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften und die digitale

802 Siehe hierzu aus europarechtlicher Sicht: EuGH, Urt. v. 09.02.2012 C-277/10, GRUR 2012, 489, Tz. 106 ff. - Luksan/van der Let.

803 BGH, Urt. v. 06.02.2007, GRUR 2008, 245, Tz. 23 – Drucker und Plotter; siehe hierzu Dreier/Leistner, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 23.

804 BGH, Urt. v. 06.02.2007, GRUR 2008, 245, Tz. 23 – Drucker und Plotter.

805 BVerfG, Beschl. v. 30.08.2010, 1 BvR 1631/08, GRUR 2010, 999, Tz. 66 – Drucker und Plotter.

806 BGH, Beschl. v. 21.07.2011, GRUR 2011, 1007, Tz. 49 – Drucker und Plotter II.

807 EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11 u. a., GRUR 2013, 812, Tz. 30 ff. - Drucker und Plotter II / PC II.

808 Eine vergleichbare Regelung findet sich in Zif. 2 Abs. 1 S. 4 GPLv3.

809 Rosenkranz, Open Contents, S. 63; Michalik, Lösungsansätze für das Urheberrecht in der digitalen Musikwelt, S. 139; Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, Rn. 177.

810 Mantz, GRUR Int. 2008, S. 20, 21 f.; Metzger/Heinemann, JIPITEC 2015, S. 11, 12.

811 Siehe etwa § 54h Abs. 1 UrhG.

Werknutzung sind jedoch, vor allem bei Verwendung freier Lizenzen, bisher nicht sinnvoll aufeinander abgestimmt. Einerseits ist nun höchstrichterlich anerkannt, dass Entschädigungen als Ausgleich für Nutzungsmöglichkeiten auch im digitalen Umfeld nötig sein können.⁸¹² Andererseits weisen die Tarife und Regelungen der Verwertungsgesellschaften an diesem Punkt zahlreiche Lücken auf.⁸¹³ Eine Vergütung kann im digitalen Umfeld zurzeit nur auf Grundlage einer Individualvereinbarung zwischen Verwertungsgesellschaft und Nutzungsinteressenten erfolgen. Beispiele hierfür sind die langjährigen Verhandlungen der GEMA mit dem Streamingdienst Spotify oder der Videoplattform Youtube über mögliche Individualtarife. Andere Anbieter haben keine Möglichkeit, von diesen Tarifen zu profitieren. Das einzige weiterhin halbwegs funktionierende Vergütungssystem bleibt weiterhin die Geräte- und Trägerabgabe, die daher de facto das gesamte System der Privatkopievergütung finanziert.⁸¹⁴ Zwischen dem gesetzlichen Ziel einer pauschalen Ausgleichsvergütung und der praktischen Möglichkeit der Beitreibung dieser Gelder klafft somit eine große Lücke.

Die Verwender freier Lizenzen stehen jedoch noch vor weiteren Problemen. In den meisten Fällen müssen Urheber einen umfassenden Wahrnehmungsvertrag mit einer Verwertungsgesellschaft abschließen, wenn sie von der kollektiven Rechteverwertung durch eine Verwertungsgesellschaft profitieren wollen. Darin ist oftmals vorgesehen, dass der Urheber sämtliche Vergütungsansprüche aus allen bestehenden und künftig erstellten Werken an die Verwertungsgesellschaft abtritt.⁸¹⁵ Zudem werden ausschließliche Nutzungsrechte an sämtlichen Werken treuhänderisch abgetreten. Im Ergebnis ist ein Urheber nach Abschluss eines solchen Wahrnehmungsvertrags daher rechtlich nicht mehr in der Lage, ein einzelnes seiner Werke unter einer freien Lizenz zu veröffentlichen.⁸¹⁶ Insbesondere die GEMA hat sich bisher geweigert, Ausnahmen für einzelne Werke oder Verwertungsformen in ihren Wahrnehmungsverträgen zu akzeptieren.⁸¹⁷ Das System der Verwertungsgesellschaften und das System freier Lizenzen sind nach Ansicht der GEMA absolut inkompatibel. Es war Mitgliedern der GEMA somit nicht möglich, einen Teil ihrer Werke unter einer freien Lizenz zu veröffentlichen. Umgekehrt hatten Urheber, die ihre Werke unter einer freien Lizenz veröffentlichten, keine Möglichkeit, die damit zusammenhängenden Vergütungsansprüche durch die GEMA geltend machen zu lassen.⁸¹⁸ An-

812 EuGH, Urt. v. 27.06.2013, C-457/11 u. a., GRUR 2013, 812, Tz. 30 ff. - Drucker und Plotter II / PC II.

813 Peifer, ZUM 2014, S. 86, 88.

814 Peifer, ZUM 2014, S. 86, 88.

815 Metzger/Heinemann, JIPITEC 2015, S. 11, 127; siehe hierzu etwa § 1 m] GEMA-Berechtigungsvertrag, § 1 Wahrnehmungsvertrag VG Wort; ausführlicher Gerlach in: Wandtke/Bullinger, § 6 WarhnG, Rn. 3.

816 Mantz, GRUR Int. 2008, S. 20, 22.

817 Erklärung der GEMA vom 23.01.2012, abrufbar unter https://www.telemedicus.info/uploads/Dokumente/Stellungnahme_GEMA_CreativeCommons-01-2012.pdf [letzter Abruf 15.02.2019].

818 Metzger/Heinemann, JIPITEC 2015, S. 11, 13.

dere Verwertungsgesellschaften, etwa die VG Wort, zeigten sich flexibler, da dort kein Abschluss eines umfassenden Wahrnehmungsvertrags nötig ist.⁸¹⁹

Nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten (2014/26/EU) bzw. § 11 VGG sollen Urheber nun auch bei Vertretung durch eine Verwertungsgesellschaft die Möglichkeit haben, zumindest Lizenzen für nicht-kommerzielle Nutzungen von Werken selbst zu vergeben. Die GEMA änderte daher ihre bisherige restriktive Praxis und gewährt ihren Mitgliedern nun die Möglichkeit, nicht-kommerzielle, unentgeltliche Lizenzen an den eigenen Werken einzuräumen.⁸²⁰ Dafür muss das Mitglied einen Antrag auf Erteilung einer „GEMA-NK-Lizenz“ für das konkrete Werk stellen und erhält von der GEMA das Recht, das Werk nicht-kommerziell weiterzulizenzieren. So soll zumindest die Verwendung einer NC-Variante der CC-Lizenzen ermöglicht werden. Der Nutzer des Werks hat die Nutzung aber ebenfalls wieder der GEMA zu melden.⁸²¹ Es ist zweifelhaft, ob dem Begriff „nicht-kommerziell“ im Sinne der GEMA-NK-Lizenz dasselbe Verständnis wie der „Non-Commercial“ Klausel der CC-Lizenzen⁸²² zugrunde gelegt werden kann.⁸²³ Das dürfte in der Praxis dazu führen, dass diese neue Flexibilisierungsmöglichkeit wenig genutzt wird.⁸²⁴ Ferner ist fraglich, ob die Verpflichtung des Endnutzers, die Nutzung der GEMA zu melden, im Widerspruch zu Zif. 7 der CC-Lizenzen steht.⁸²⁵ Diese Regelung sieht vor, dass die Beifügung zusätzlicher, strengerer Bedingungen nicht zulässig ist. Die Öffnung des Wahrnehmungsvertrags für die eigene, nicht-kommerzielle Lizenzierung einzelner Werke wird daher aufgrund weiterbestehender Rechtsunsicherheiten und unklarer Kompatibilität zu den gängigen CC-Lizenzen nicht dazu führen, dass Urheber sich nun einfacher zwischen freier Lizenzierung und GEMA-Mitgliedschaft entscheiden können.

Gegenwärtig versucht die „cultural commons collecting society“ (C3S) sich als weitere Verwertungsgesellschaft im Musikbereich zu etablieren.⁸²⁶ Hierfür soll in

819 Metzger/Heinemann, JIPITEC 2015, S. 11, 12; andere europäische Verwertungsgesellschaften experimentierten bereits seit mehreren Jahren erfolgreich mit der Möglichkeit einer nicht-kommerziellen Einzellizenzierung, siehe hierzu a.a.O. S. 15 f.

820 Dies regelt der neue § 1a Berechtigungsvertrag GEMA.

821 Siehe hierzu S. 5 der „FAQ Vergütungsfreie Lizenzen“ der GEMA, abrufbar unter https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Musikurheber/Informationen/faq_verguetungsfreie_lizenzen.pdf [letzter Abruf 15.02.2019].

822 Siehe zu den Problemen rund um den Begriff „Non-Commercial“ in den CC-Lizenzen ausführlicher nachstehend unter Kap. 4 A. V. 4.

823 Siehe hierzu Ziffer 7 der „FAQ Vergütungsfreie Lizenzen“ der GEMA, abrufbar unter https://www.gema.de/fileadmin/user_upload/Musikurheber/Informationen/faq_verguetungsfreie_lizenzen.pdf [letzter Abruf 15.02.2019].

824 Metzger/Heinemann, JIPITEC 2015, S. 11, 19, 20.

825 Dobusch, GEMA erlaubt Mitgliedern „vergütungsfreie Lizenzen“, Kompatibilität mit Creative Commons fraglich, veröffentlicht auf netzpolitik.org am 29.06.2016, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2016/gema-erlaubt-mitgliedern-verguetungsfreie-lizenzen-kompatibilitaet-mit-creative-commons-fraglich/> [letzter Abruf 15.02.2019].

826 Siehe hierzu <https://www.c3s.cc/ueber-c3s/> [letzter Abruf 15.02.2019].

Kürze die Zulassung beim DPMA beantragt werden. Ziel ist die Schaffung einer alternativen Verwertungsgesellschaft, die verschiedene Arten von Lizenzierungen, d. h. auch mittels freier Lizenzen, ermöglicht.⁸²⁷ Es sollen nicht nur ganze Werkkataloge, sondern auch einzelne Werke lizenziert werden können. Dies soll technisch – für die Online-Nutzung – durch eine selbst entwickelte Erkennungssoftware vereinfacht werden. Ob es zur Zulassung kommt und welche Auswirkungen dieser Ansatz auf die Möglichkeiten von Musikern zur Verwendung freier Lizenzen haben wird, wird sich noch zeigen müssen. Jedoch belegt zumindest die langjährige Existenz flexiblerer kollektiver Rechteverwaltungssysteme, dass ein strenges Exklusivitätsmodell wie das der GEMA keine zwingende Voraussetzung einer kollektiven Rechteverwaltung sein muss.

Gegenwärtig ist es für Urheber jedoch weiterhin schwierig bis unmöglich, durch einen Verwertungsvertrag mit einer Verwertungsgesellschaft verbunden zu sein und gleichzeitig einzelne Werke unter einer freien Lizenz zu veröffentlichen – obwohl sich offenbar viele Urheber mehr Flexibilität in der Rechtewahrnehmung wünschen.⁸²⁸

II. Psychologie und das Urheberpersönlichkeitsrecht als Hürden und Grenzen

Zudem verhindern einige der oben bereits genannten psychologischen Effekte⁸²⁹ wiederum einen ökonomisch effizienten Einsatz freiwilliger Selbstregulierungsmechanismen. Zwingende urheberpersönlichkeitsrechtliche Vorschriften⁸³⁰ könnten der Selbstregulierung weitere Grenzen setzen.

1. Psychologische Verzerrungen als Hindernis

Die bereits vorgestellten psychologischen Wahrnehmungsverzerrungen wirken sich auch bei der Verwendung freier Lizenzen aus. Sie führen dazu, dass weniger Werke bzw. ein geringerer Umfang an Nutzungsrechten unter eine freie Lizenz gestellt wird, als dies bei einer rein rational-ökonomischen Entscheidung der Fall wäre.

a) Entscheidungsfindung in Risikosituationen

Der Endowment- oder Besitzumseffekt führt dazu, dass den eigenen Werken ein unrealistisch hoher Wert beigemessen wird.⁸³¹ Diese kognitive Verzerrung ist bei selbstgeschaffenen Werken nochmals stärker als bei anderen Objekten im Eigentum einer Person.⁸³² Hinzu kommt Überoptimismus bei der Beurteilung künftiger Wahrscheinlichkeiten und Chancen. Diese Effekte bestärken den Urheber darin, Werke

827 Siehe hierzu <https://www.c3s.cc/ueber-c3s/konzept/> [letzter Abruf 15.02.2019]; Metzger/Heinemann, JIPITEC 2015, S. 11, 20.

828 Metzger/Heinemann, JIPITEC 2015, S. 11, 16.

829 Siehe vorstehend Kap. 3 B. I. 1.

830 Siehe zum Verhältnis zwischen Urheberpersönlichkeit und Psychologie vorstehend Kap. 3 B. I. 2. b).

831 Siehe hierzu vorstehend Kap. 3 B. I. 1. b).

832 Buccafusco/Sprigman, Cornell L. Rev. 2010, S. 1.

in der objektiv unbegründeten Hoffnung auf einen möglichen künftigen ökonomischen Wert nicht unter günstigeren Bedingungen Dritten zugänglich zu machen, selbst wenn dies ökonomisch sinnvoller wäre. In Diskussionen über den Sinn und Zweck der Verwendung freier Lizenzen findet sich diese Problematik oftmals in der artikulierten Sorge vor einem späteren „Missbrauch“ der eigenen Leistung durch Dritte.

Während Endowment-Effekt und Überoptimismus nur durch eine Besinnung auf tatsächliche ökonomische Realitäten begegnet werden kann, erlauben zumindest die CC-Lizenzen eine gewisse Steuerung des Risikos. Die Verwendung von Lizenzen für nicht-kommerzielle Nutzungen oder mit Copyleft-Effekt senken die Gefahr eines kommerziellen „Missbrauchs“ des eigenen Werks signifikant, bieten aber zumindest noch einige der Vorteile freier Lizenzen. Vor allem ist die Namensnennung ein elementarer Bestandteil sämtlicher freien Lizenzen. Wenn ein Dritter das eigene Werk verwerten möchte, müsste er dabei die verwendete Lizenz und den Namen des ursprünglichen Urhebers angeben. Gelingt es einem Dritten trotz dieser Einschränkungen, Gewinn aus der Verwendung des Werks zu erzielen, dürfte der Gewinn nicht primär auf dem Werk selbst, sondern einem vom Dritten hinzugefügten Mehrwert fußen. Ein Kunde könnte das Werk schließlich auch ohne den Umweg über den Dritten kostenlos direkt vom Urheber beziehen. Die Gewinne, die ein Dritter mit frei lizenzierten Werken erzielt, sind daher i. d. R. Gewinne, die aus einem durch den Dritten bereitgestellten Mehrwert bestehen oder solche, die der Urheber aufgrund seiner Marktposition ohnehin niemals hätte erzielen können.⁸³³

Auch bei der Auswahl unterschiedlicher Varianten der CC-Lizenzen dürften die genannten kognitiven Verzerrungen eine Rolle spielen. So werden vielfach möglichst restriktive Lizenzvarianten verwendet,⁸³⁴ auch wenn es rein rational dafür keinen Grund gibt. Dies könnte dafür sprechen, dass Urheber aufgrund falscher Einschätzung ihrer Chancen und zu hoher Gewichtung etwaiger Risiken im Zweifelsfall lieber restriktivere Lizenzen wählen. Anders ist das Bild hingegen im Softwarebereich. Dort ist allgemein ein Trend hin zu immer liberaleren Lizenzen erkennbar. Dies dürfte jedoch vor allem auf einer sich dort bereits etablierten neuen Entwicklungskultur beruhen.⁸³⁵

833 Es sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es natürlich auch Fälle gibt, in denen durchaus von einem „Missbrauch“ unentgeltlich eingeräumter Rechte zu Lasten der tatsächlichen Urheber gesprochen werden kann.

834 So schließen etwa auf der Plattform Flickr 65 % der Verwender von CC-Lizenzen eine kommerzielle Nutzung der Werke aus; siehe hierzu die Zahlen unter <https://secure.flickr.com/creativecommons/> [letzter Abruf 09.01.2017]. Etwas positiver erscheinen insoweit die von Creative Commons für alle Werkarten veröffentlichten Zahlen (abrufbar für 2015 unter <https://stateof.creativecommons.org/2015/> [letzter Abruf 15.02.2019]), wonach lediglich bei 34 % aller Werke kommerzielle Nutzung ausgeschlossen ist sowie bei 18 % die Bearbeitung. Diese Darstellung ist jedoch möglicherweise durch hohe Stückzahlen an relativ frei lizenzierten Werken großer Wissensinstitutionen verfälscht.

b) Risiko von Fehleinschätzungen – Unwiderruflichkeit

Eine korrekte Entscheidung wird zudem durch das Risiko von Fehleinschätzungen erschwert. Zwar können einige Risiken durch die Wahl bestimmter Lizenzvarianten begrenzt werden. Die Entscheidung über die Verwendung einer bestimmten Lizenz für ein bestimmtes Werk ist jedoch unwiderruflich.⁸³⁶ Der Lizenzgeber hat lediglich die Möglichkeit, die eigene Verbreitung von Vervielfältigungsstücken zu beenden, also etwa eine Datei von seinem Server zu nehmen. Dies hat aber grundsätzlich keinerlei Einfluss auf bereits erteilte Lizenzen und bereits eingeräumte Nutzungsrechte.⁸³⁷ Im Ergebnis kann der Urheber somit die Erteilung weiterer Nutzungsrechte für bereits verbreitete Vervielfältigungsstücke nicht verhindern, lediglich die eigene Verbreitung von Vervielfältigungsstücken abstellen.⁸³⁸

Die Entscheidung zur Verwendung einer bestimmten freien Lizenz kann daher langjährige Folgen nach sich ziehen, die der Urheber u.U. nur noch bedingt selbst steuern kann. Es erscheint wahrscheinlich, dass nicht allen frei lizenzierenden Urhebern die Reichweite dieser Rechteeinräumung bewusst ist. Zum Teil wird kritisiert, die öffentliche Darstellung von Creative Commons würde Urheber diesbezüglich bewusst in die Irre führen.⁸³⁹ Wenn Urhebern etwa bei der Veröffentlichung über eine Onlineplattform verschiedene Lizenzen formularmäßig zur Auswahl präsentiert werden, fehlt es häufig an einer Klarstellung der Vor- und Nachteile der Verwendung dieser Lizenzen. Es dürfte in der Praxis daher häufiger zu einer möglicherweise voreiligen Lizenzierung unter einer freien Lizenz kommen.⁸⁴⁰

Ein weiteres Beispiel für nicht von Anfang an bedachte Auswirkungen freier Lizenzen findet sich im OSS-Bereich. Dort soll der Copyleft-Effekt eigentlich dafür sorgen, dass Bearbeitungen und Weiterentwicklungen freier Software stets wieder der

835 *Asay*, We're living in a post-open source world, veröffentlicht auf InfoWorld.com am 17.07.2014, abrufbar unter <http://www.infoworld.com/t/open-source-software/were-living-in-post-open-source-world-246448> [letzter Abruf 14.02.2019]; *Philips*, This is the golden age of open source, veröffentlicht auf InfoWorld.com am 23.07.2014, abrufbar unter <http://www.infoworld.com/d/open-source-software/the-golden-age-of-open-source-246700> [letzter Abruf 15.02.2019].

836 Siehe etwa Zif. 2 a. 1. der CC-Variante CC-BY-ND 4.0 oder Zif. 2 der GPLv3.

837 Vergleiche § 33 UrhG bzw. den Wortlaut der Lizenzen, die jeweils ausdrücklich auf die Unwiderruflichkeit hinweisen.

838 *Mantz*, in: Spindler (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen, S. 55, 74.

839 Siehe hierzu etwa die zugespitzte Kritik von *Tóth*, Creative Humbug, veröffentlicht auf Indicare.org am 24.06.2005, abrufbar unter http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=118 [letzter Abruf 15.02.2019].

840 Ein Beispiel hierfür ist die bereits genannte allgemeine Aufregung unter zahlreichen Nutzern, nachdem die Fotoplattform Flickr angekündigt hatte, Drucke von auf der Plattform unter einer CC-Lizenz eingestellten Bildern, die einen derartigen Druck gestatteten anzubieten, ohne die Urheber daran finanziell zu beteiligen. Siehe hierzu etwa *Dredge*, Flickr takes flak for selling Creative Commons photos as wall-art prints, veröffentlicht auf theguardian.com am 02.12.2014, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/technology/2014/dec/02/flickr-creative-commons-photos-wall-art> [letzter Abruf 14.02.2019].

Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden, indem der Quellcode veröffentlicht wird. Diese Lizenzpflicht greift jedoch erst dann ein, wenn die bearbeitete Software vom Bearbeiter an einen Dritten in Form eines Vervielfältigungsstücks weitergegeben wird.⁸⁴¹ Software, die nur auf den eigenen Servern eines Unternehmens eingesetzt wird, insbesondere etwa als Software as a Service (SaaS) unterliegt – zumindest nach US-amerikanischem Recht⁸⁴² – keiner Veröffentlichungspflicht.⁸⁴³ Dies führt dazu, dass zahlreiche Firmen zwar Verbesserungen und Weiterentwicklungen freier Software vornehmen, diese aber nicht veröffentlichen müssen, da sie die Software nur auf ihren Servern betreiben. Sämtliche Dienste von Amazon oder Google basieren etwa weitestgehend auf Weiterentwicklungen freier Software. Das veranschaulicht, dass niemals alle Auswirkungen der Entscheidung zur Verwendung freier Lizenzen für die Zukunft absehbar sind.

Fehleinschätzungen drohen Urhebern jedoch nicht nur bei der Verwendung freier Lizenzen, sondern auch bei der Eingehung klassischer Verwertungsverträge. Wie die Notwendigkeit und immer wieder neue Überarbeitungen urhebervertragsrechtlicher Schutzvorschriften zeigen, besteht dort sogar ein weitaus größerer Schutzbedarf. Jedoch ist bei klassischen Verwertungsverträgen der Entzug einmal eingeräumter Nutzungsrechte oftmals einfacher möglich. Zudem kann der Urheber bei klassischer Verwertung – je nach Vertragskonstellation – u.U. stärker steuern, wer seine Werke in welchem Kontext nutzen darf. Ihn trifft somit bei der Verwendung freier Lizenzen mehr Eigenverantwortung als bei klassischer Verwertung.

c) Abweichung vom gesetzlichen Regelfall

Die Entscheidung über die Verwendung freier Lizenzen wird auch dadurch beeinflusst, dass das Beibehalten sämtlicher Rechte im Verhältnis zur weitreichenden Nutzungsrechtseinräumung der gesetzliche Regelfall ist. Die Nutzungsrechtseinräumung durch Verwendung einer freien Lizenz erfordert nicht nur eine aktive Handlung des Urhebers, sondern wird auch durch den Status quo beeinflusst. Die Art und Weise, wie eine Entscheidungsmöglichkeit präsentiert wird, hat aus psychologischer Sicht Einfluss auf die Entscheidung selbst (Framing). So kann etwa die Auffassung über den Wert eines Guts durch Framing beeinflusst werden.⁸⁴⁴ Die Entscheidung über die Verwendung freier Lizenzen ist daher von Framing-Effekten beeinflusst.⁸⁴⁵ Die Abweichung vom Regelfall ist psychologisch besonders

841 So lautet etwa die entsprechende Definition der GPLv3: „To “convey” a work means any kind of propagation that enables other parties to make or receive copies. Mere interaction with a user through a computer network, with no transfer of a copy, is not conveying.“

842 Siehe ausführlich zur Rechtslage bei der Verwendung von OSS im Wege des SaaS in Deutschland Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, Rn. 142c ff.

843 Siehe hierzu ausführlich bereits im Jahre 2004 O'Reilly, in: Feller (Hrsg.), Perspectives on Free and Open Source Software, S. 461, 466.

844 Buccafusco/Sprigman, Cornell L. Rev. 2010, S. 1, 3,4; Korobkin, Nw. U.L.Rev. 2003, S. 1227, 1229.

845 Siehe zum Einfluss von Framing-Effekten auf die Entscheidungsfindung ausführlicher vorstehend unter Kap. 3. B. I. 1. b).

rechtfertigungsbedürftig. Gesetzliche Standards werden akzeptiert und übernommen, obwohl möglicherweise sinnvollere Alternativen bereitstehen.⁸⁴⁶ Außerdem werden riskante Entscheidungen nachweislich stark davon beeinflusst, ob die Entscheidungsvarianten einen vermeintlich „positiven“ oder „negativen“ Effekt haben – unabhängig davon, wie wahrscheinlich der Eintritt dieser Effekte ist.⁸⁴⁷ Es ist stets einfacher und sicherer, auf den gesetzlichen Regelfall zu vertrauen, als etwaige Risiken einzugehen, selbst wenn es hierfür gute Gründe gäbe.⁸⁴⁸ Es wird lieber ein Risiko reduziert, als eine Gewinnchance wahrgenommen. Da bei Verwendung freier Lizenzen aktiv vom gesetzlichen Regelfall abgewichen werden muss und zugleich in nicht immer vollends kalkulierbarer Art und Weise die Kontrolle über die Verwertung des eigenen Werks teilweise aufgegeben wird, wird die Entscheidung über eine freie Lizenzierung somit negativ durch Framing-Effekte beeinflusst.

2. Urheberpersönlichkeitsrechte als Grenze der Selbstregulierung

Urheberpersönlichkeitsrechte sind ein wesentlicher Bestandteil des kontinental-europäischen Urheberrechts. Freie Lizenzen lassen zum Teil sehr weitreichende Nutzungsmöglichkeiten zu und könnten daher in Konflikt mit zwingenden Bestimmungen zum Urheberpersönlichkeitsrecht geraten. Aufgrund des persönlichkeitsrechtlichen Ursprungs des Urheberpersönlichkeitsrechts geht die wohl h. M. der deutschen Literatur davon aus, dass weder auf das Urheberpersönlichkeitsrecht als solches, noch auf die Ausübung der daraus abgeleiteten Befugnisse mit dinglicher Wirkung verzichtet werden kann.⁸⁴⁹ Andere zweifeln vor allem aufgrund der allgemein durchaus akzeptierten monetären Verwertung persönlichkeitsrechtlicher Elemente und dem bisher zweifelhaften Schutzerfolg der Unübertragbarkeitslehre an diesem Grundsatz.⁸⁵⁰ Daher wirkt der von der h. M. in gewissem Umfang akzeptierte schuldrechtliche Verzicht auf die Durchsetzung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Ansprüche⁸⁵¹ bei realistischer Betrachtungsweise in der Tat etwas gekünstelt.⁸⁵²

a) Recht auf Urheberbenennung, § 13 UrhG

Unproblematisch sind wohl die Rechte aus §§ 12, 13 UrhG. Das in § 12 UrhG festgelegte Recht zur Veröffentlichung wird, ebenso wie das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft in § 13 UrhG, i. d. R. durch die Verwendung freier Lizenzen nicht berührt. Die Benennung des ursprünglichen Urhebers ist integraler Bestand-

846 Siehe hierzu etwa die Studie zur Verwendung gesetzlicher Standardverträge in Unternehmen von *Listokin*, J. Empirical Legal Stud. 2009, S. 279.

847 *Beck*, Behavioral Economics, S. 155.

848 Wie aus ökonomischer und psychologischer Sicht vorstehend in Kap. 3 ausgeführt.

849 *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, vor §§ 12 ff. UrhG Rn. 4; *Dietz/Peukert* in: Schricker/Loewenheim, vor § 12 UrhG Rn. 26; *Schulze* in: Dreier/Schulze, vor § 12 UrhG Rn. 12.

850 *Hilty*, in: Becker (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, S. 259, 276 ff., 281.

851 *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, vor §§ 12 ff. UrhG Rn. 7 m.w.N.

852 *Hilty*, in: Becker (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, S. 259, 282.

teil des Systems der freien Lizenzen. Zwar gibt es auch Ausnahmen wie etwa die CC-Variante CC0⁸⁵³ und einige sehr liberale Softwarelizenzen⁸⁵⁴; die bekanntesten und am weitesten verbreiteten Lizenzvarianten sehen jedoch vor, dass bei jeder Weiterverbreitung des Werks oder einer Bearbeitung die Namen der bisherigen Urheber genannt werden müssen.⁸⁵⁵ Sollte die vom Urheber gewählte Lizenzvariante keine Pflicht zur Urheberbenennung enthalten, würde der Urheber weiterhin grundsätzlich sein Recht auf Anerkennung der Urheberschaft nach § 13 UrhG behalten, sofern man nicht davon ausgeht, dass wirksam auf dieses Recht verzichtet wurde. Umgekehrt verlangen einige Lizenzen eine Namensnennung des Urhebers, anonyme Beiträge sind somit nicht möglich (etwa Zif. 3 der Mozilla Public Licence Version 1.1). Insoweit wird man jedoch davon ausgehen müssen, dass der Urheber, der ja frei darüber entscheidet, ob er sein Werk bzw. seinen Werkbeitrag unter dieser Lizenz veröffentlicht, sich auch wirksam dazu verpflichten kann, seinen Namen anzugeben.⁸⁵⁶

b) Entstellungsschutz, § 14 UrhG

Relevant kann hingegen der in § 14 UrhG normierte Entstellungsschutz werden. § 14 UrhG gibt dem Urheber die Befugnis, Beeinträchtigungen oder Entstellungen des Werks zu verbieten, die geeignet sind, seine persönlichen oder geistigen Interessen am Werk zu gefährden. Bei Software erscheint eine Beeinträchtigung oder Entstellung des Werks praktisch eher unwahrscheinlich. Auf der anderen Seite haben gerade die Programmierer freier Software aufgrund des Werbeeffects regelmäßig ein besonderes Interesse an einem „guten Ruf“ im Zusammenhang mit der Verbreitung ihrer Werke.⁸⁵⁷ Bei den anderen Werkarten des Open Content ist es hingegen wahrscheinlicher, dass bereits eine Bearbeitung zu einer Beeinträchtigung oder Entstellung des Werks führen kann.⁸⁵⁸ Relevant sind Fragen des Entstellungsschutzes ferner, wenn der Urheber durch das konkrete Umfeld der Verwendung (z. B. nationalsozialistische Hetzseiten oder Pornographie) eine Beeinträchtigung seines Rufs fürchtet.⁸⁵⁹ Es ist nachvollziehbar, dass ein Urheber nicht unbedingt möchte, dass etwa bei der Suche nach seinem Namen derartige Seiten angezeigt werden. Die Angst vor dieser Art von „Kontrollverlust“ dürfte ein häufiger Grund für die

853 Die Creative Commons Variante CC0 entspricht im US-amerikanischen Recht einer Erklärung der Gemeinfreiheit des Werks. Sofern man davon ausgeht, dass dies im deutschen Urheberrecht nicht möglich ist (str.), kann in dieser Angabe dennoch eine unentgeltliche, an keine Bedingungen gebundene Nutzungsrechtseinräumung an jedermann angesehen werden, siehe *Peukert/König*, in: Metzger (Hrsg.), *Free and Open Source Software*, S. 201, 206; eine gute Zusammenfassung des Streitstandes zur Zulässigkeit eines Verzichts auf Urheberrechte findet sich bei *Peukert*, *Gemeinfreiheit*, S. 206 ff.

854 Beispielsweise die MIT oder X11-Lizenz und FreeBSD.

855 Siehe hierfür Zif. 3 a. I. A. i. aller CC-Varianten mit BY-Modul sowie Zif. 4 GPLv3.

856 *Jaeger/Metzger*, *Open-Source-Software*, Rn. 130.

857 *Jaeger/Metzger*, *Open-Source-Software*, Rn. 129; *Sujecki*, *JurPC WebDok* 145/2005, 2005, Abs. 47; *Engelhardt/Jaeger* in: *International F/OSS Law Book*, S. 127.

858 *Rosenkranz*, *Open Contents*, S. 50.

859 *Engelhardt/Jaeger* in: *International F/OSS Law Book*, S. 117.

Entscheidung gegen eine freie Lizenzierung sein, selbst wenn ein Urheber grundsätzlich einem liberaleren Umgang mit seinem Werk zustimmen würde.

Im Rahmen der für § 14 UrhG erforderlichen Interessenabwägung⁸⁶⁰ wird man aber durchaus auch berücksichtigen müssen, dass ein Urheber, der sein Werk unter einer freien Lizenz zur Bearbeitung anbietet, grundsätzlich in erwartbare Bearbeitungen eingewilligt hat, sodass er allenfalls in Ausnahmefällen gegen eine Entstellung vorgehen kann.⁸⁶¹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der in nahezu allen freien Lizenzen enthaltenen Pflicht zur Kenntlichmachung von Bearbeitungen⁸⁶² erkennbar ist, welcher Werkteil vom ursprünglichen Urheber und welcher Teil vom Bearbeiter stammt. Dies dürfte die Gefahr und das Gewicht einer Beeinträchtigung abschwächen.⁸⁶³ Zudem wird die Entstellungsproblematik im Rahmen der CC-Lizenzierung dadurch entschärft, dass der ursprüngliche Urheber vom Bearbeiter die Entfernung des ursprünglichen Urheberhinweises verlangen kann.⁸⁶⁴ Zwar steht das Recht unter dem Vorbehalt der angemessenen Durchführbarkeit, gleichwohl führt es dazu, dass ein Lizenznehmer grundsätzlich immer damit rechnen muss, dass er (auch noch nach vielen Jahren) bereits vorgenommene Hinweise nachträglich wieder zu entfernen hat.

Für § 14 UrhG verbleiben im Rahmen der CC-Lizenzen somit Fälle, in denen die Entfernung des ursprünglichen Urhebervermerks zur Wahrung der Interessen des Urhebers nicht ausreicht oder eine Entfernung des Namens unmöglich oder unverhältnismäßig wäre. Derartige Fälle sind durchaus denkbar, der wahrscheinlichste Anwendungsfall dürfte dabei die Verwendung des Werks in einer den Urheber kompromittierenden Art und Weise sein.⁸⁶⁵ Es ist somit davon auszugehen, dass § 14 UrhG weiterhin eine relevante Grenze der Selbstregulierung darstellt.

3. Zwischenergebnis

Insgesamt zeigt sich somit, dass die Möglichkeiten der Selbstregulierung durch freie Lizenzen in Anbetracht der Urheberpersönlichkeitsrechte des Urhebers nicht grenzenlos sind, auch wenn die Probleme nach deutschem Recht relativ überschau-

860 Siehe hierfür *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, § 14 UrhG Rn. 10 ff.

861 *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, § 14 UrhG Rn. 64, 12; *Rosenkranz*, Open Contents, S. 50; *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 129.

862 Siehe etwa Zif. 3 a. 1. B. der CC-Lizenzen Version 4, die eine Bearbeitung gestatten: „If you share the Licensed Material (including in modified form), You must [...] indicate if You modified the Licensed Material and retain an indication of any previous modifications“; ebenso Zif. 5 GPLv3: „You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program [...] provided that you also meet all of these conditions: a) The work must carry prominent notices stating that you modified it, and giving a relevant date [...]“.

863 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 129; *Rosenkranz*, Open Contents, S. 52.

864 *Rosenkranz*, Open Contents, S. 52. Siehe Zif. 3 a. 3. aller CC-Lizenzen der Version 4: „If requested by the Licensor, You must remove any of the information required by Section 3(a)(1)(A) (Anm.: d. h. alle von der Lizenz geforderten Attributierungen) to the extent reasonably practicable“.

865 *Engelhardt/Jaeger* in: International F/OSS Law Book, S. 117.

bar sind. Vor dem Hintergrund einer gezielt globalen Wirkung dieser Lizenzen ist dies jedoch nicht gänzlich unproblematisch. Einige Jurisdiktionen kennen keine Urheberpersönlichkeitsrechte, in anderen sind sie streng geschützt. Dies führt zu einer gewissen Rechtsunsicherheit bei der Verwendung freier Lizenzen, da es vor allem bei der transformativen Werknutzung über mehrere Jurisdiktionen hinweg zu Unklarheiten und Widersprüchen kommen kann.⁸⁶⁶

Eine weitere Einschränkung erfährt die Wirksamkeit freier Lizenzen durch psychologische Hemmschwellen. Kognitive Verzerrungen, das Risiko von Fehleinschätzungen und die für eine freie Lizenzierung nötige Abweichung vom gesetzlichen Regelfall führen dazu, dass tatsächlich weitaus weniger Rechte im Wege freier Lizenzen lizenziert werden, als bei einer rein rationaler Entscheidung. Anders formuliert: selbst dort, wo die Verwendung freier Lizenzen für einen Urheber ökonomisch sinnvoll wäre, findet sie oftmals nicht statt. Dies beruht jedoch nicht nur auf kognitiv falscher Bewertung der Umstände, sondern vor allem auf der besonderen Wertschätzung, die Urheber oftmals ihren Werken beimessen. Diese Interessen sind ökonomisch nicht sinnvoll bewertbar, sondern hochgradig individuell und persönlich. Es ist somit nachvollziehbar, wenn Urheber auf eine Veröffentlichung ihrer Werke unter einer freien Lizenz verzichten, auch wenn dies bei ökonomischer Betrachtungsweise sinnvoll wäre.

III. Stärkung der Bedeutung von Ausschließlichkeitsrechten durch freie Lizenzen

Auch wenn freie Lizenzen dazu führen sollen, den Einfluss des Urheberrechts zu begrenzen, könnten sie im Ergebnis zu einer Stärkung von Ausschließlichkeitsrechten führen.⁸⁶⁷ Freie Lizenzen sind aufgrund ihrer Gestaltung abhängig vom Bestehen von Ausschließlichkeitsrechten. Ihr Mechanismus funktioniert nur, weil es starke Ausschließlichkeitsrechte gibt. Zur Rekapitulation: Freie Lizenzen gestatten die Nutzung eines Werks unter bestimmten Voraussetzungen. Das Recht zur Nutzung des Werks ist jedoch lediglich auflösend bedingt eingeräumt. Verstößt der Nutzer gegen die Lizenz, verliert er sein Nutzungsrecht und begeht somit eine „klassische“ Urheberrechtsverletzung, gegen die mit den allgemeinen Mitteln des Urheberrechts (§§ 97 ff. UrhG) vorgegangen werden kann. Im Fall von Lizenzen mit Copyleft-Lizenzen ist es ebenfalls allein das Damoklesschwert der potentiellen Urheberrechtsverletzung, das den Bearbeiter zur Befolgung der Lizenzbedingungen zwingt. Die als zu weitgehend empfundene Reichweite des Urheberrechts wird mit dem Urheberrecht bekämpft, der Teufel mit dem Beelzebub ausgetrieben.⁸⁶⁸

⁸⁶⁶ *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 519.

⁸⁶⁷ *Elkin-Koren*, Fordham L. Rev. 2005, S. 375, 398; *Dusollier*, Chi.-Kent L. Rev. 2007, S. 1391, 1413; *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 527; *Bitton*, TIPLJ 2011, S. 65, 86.

⁸⁶⁸ Siehe hierzu auch die grundlegende Kritik an der Verwendung eines Systems privater Lizenzverträge bei *Madison*, Loy. U. Chi. L.J. 2003, S. 275, 276; kritisch ferner *Dusollier*, Colum. J.L. & Arts 2006, S. 271.

Anders im Vergleich die urheberrechtlichen Schranken: Sie sind tatsächliche Einschränkungen des Urheberrechts. Für ihre Wirksamkeit ist das Urheberrecht als solches unerheblich. Aus diesem Grund wird häufig kritisiert, freie Lizenzen würden letztendlich – im Verhältnis zum „normalen“ Urheberrecht – zu einer noch stärkeren Verrechtlichung kultureller und kreativer Sachverhalte führen.⁸⁶⁹ Zur Verbreitung „freier“ Werke muss exakt dasselbe komplexe Lizenzsystem verwendet werden, das eigentlich durch die Verbreitung „freier“ Werke bekämpft werden soll.⁸⁷⁰ Die Lizenzen führten dazu, dass komplexe rechtliche Fragen nun auch dort zu beachten seien, wo man bisher auch gut ohne jede Regelung auskam, aus „Free Culture“ wurde „Licensed Culture“.⁸⁷¹ Gemeint sind hiermit vor allem informelle Prozesse und soziale Normen, welche in vielen kreativen Bereichen bisher unabhängig vom Urheberrecht die Angemessenheit des Teilens, Verbreitens oder Bearbeitens von Werken regelten. In einigen Konstellationen tritt nun an die Stelle informeller Absprachen oder sozialer Normen eine rechtlich komplexe Nutzungslizenz mit all ihren Folgeproblemen. Damit wird genau das Gegenteil dessen erreicht, was freie Lizenzen ihrer Intention nach bezwecken, nämlich eine Bekämpfung des Einflusses des Urheberrechts in alltäglichen kreativen und kommunikativen Tätigkeiten.

Jedoch ist zur Verteidigung freier Lizenzen einzuwenden, dass die Reichweite des Urheberrechts vom Gesetzgeber vorgegeben ist. Die Ausweitung des Urheberrechts und seiner Wirkung führten dazu, dass alltägliche kreative und kommunikative Handlungen dem Regelungsregime des Urheberrechts unterfielen.⁸⁷² Dieser Umstand wurde lediglich oftmals in der Praxis schlicht nicht beachtet. Die Verwendung freier Lizenzen führt nun dazu, dass die tatsächliche Reichweite des Rechts deutlicher wahrgenommen wird – rechtlich geregelt waren diese Situationen jedoch bereits zuvor durch den Gesetzgeber. Auf der anderen Seite kann die voreilige Verwendung freier Lizenzen durchaus dazu führen, dass Inhalte als urheberrechtlich relevant behandelt werden, die in Wahrheit überhaupt nicht dem Urheberrecht unterliegen, weil sie nicht urheberrechtlich geschützt sind.⁸⁷³ Dies führt – auch durch die zum Teil Verwirrung stiftende Bezeichnung als „Commons“ – dazu, dass die Grenzen zwischen urheberrechtlich geschützten und tatsächlich gemeinfreien Werken verwischt wird.⁸⁷⁴ Ein vergleichbares Problem entsteht, wenn gemeinfreie Werke mit geschützten Werken im Rahmen einer Bearbeitung, die eine Weiterveröffentlichung unter derselben Lizenz erfordert, kombiniert werden.⁸⁷⁵

869 Siehe hierzu etwa: *Madison*, Loy. U. Chi. L.J. 2003, S. 275; *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 527.

870 *Madison*, Loy. U. Chi. L.J. 2003, S. 275, 276; *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 527.

871 *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 527.

872 In eine ähnliche Richtung geht die Verteidigung von *Lessig*, Yale J.L. & Human. 2006, S. 56, 79, der sich darauf beruft, dass heutzutage eigentlich jedem klar sein müsste, dass im Internet nahezu alle denkbaren Handlungen unabhängig von der Verwendung freier Lizenzen urheberrechtlich relevant sind.

873 *Guibault*, in: *Guibault/Hugenholz* (Hrsg.), *Future of the Public Domain*, S. 87, 100; *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 529.

874 *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 518.

875 *Dusollier*, Chi.-Kent L. Rev. 2007, S. 1391, 1413.

Misst man hingegen den Vorwurf, freie Lizenzen würden in Wahrheit zu einer Stärkung der Bedeutung von Ausschließlichkeitsrechten führen, an dem propagierten Ziel, die Bedeutung des Urheberrechts mit Hilfe freier Lizenzen einzuschränken, so ist zu konstatieren, dass das Ziel auf diesem Wege schlicht nicht erreicht werden kann. Im besten Fall können freie Lizenzen zu mehr Rechtssicherheit führen und dazu, dass mehr Handlungen als nach dem geschriebenen Urheberrecht bereits im Voraus gestattet werden.

IV. Probleme und Grenzen eines privatrechtlichen Ansatzes

Ein großer Teil der Probleme freier Lizenzen resultiert letzten Endes aus dem Umstand, dass es sich um einen privatrechtlichen Ansatz handelt. Es wird versucht, durch Verträge zwischen Privaten über Staatsgrenzen und Jurisdiktionen hinweg die Nutzung von Werken und ihre Verbreitung zu vereinfachen und zu verbessern. Die Möglichkeiten und Wege, Nutzungsrechte einzuräumen, sind in den einzelnen Ländern jedoch ebenso verschieden wie die Anforderungen an Verträge oder allgemeine Geschäftsbedingungen.

1. Vertragsrechtliche Probleme

Die bei Nutzung freier Lizenzen relevanten Vertragsverhältnisse führen zu einer Reihe von Fragen, mit denen sich die deutsche Literatur beim ersten Aufkommen dieser Lizenzarten eingehender beschäftigte.⁸⁷⁶ Daraus kristallisierte sich in der Folge ein gewisser Grundkonsens heraus. Diesem Konsens scheint auch die Rechtsprechung bisher weitestgehend zu folgen. Wirklich überzeugend ist dieser Konsens jedoch nicht in jedem Fall und scheint manchmal vor allem vom Wunsch gelenkt zu sein, dem Modell freier Lizenzen zur Wirksamkeit verhelfen zu wollen.

a) Vertragliche Verhältnisse nach herrschender Meinung

Nach h. M. sind freie Lizenzen zwei- oder mehrseitige Lizenzverträge, die neben einer Nutzungsrechtseinräumung an den Lizenznehmer zugleich bestimmte Pflichten des Lizenznehmers beinhalten.⁸⁷⁷ Ein einseitiges Rechtsgeschäft des Urhebers wird abgelehnt.⁸⁷⁸ Grundsätzlich wird zwischen den einzelnen Verträgen und Personen in Bezug auf Werküberlassung und Lizenzeinräumung differenziert, wobei eine genaue Differenzierung leider nicht von allen Autoren hinreichend strikt durchgehalten wird.

876 Siehe beispielhaft *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, S. 839; *Omsels*, in: Schertz/Omsels (Hrsg.), Festschrift Hertin, S. 141; *Sandl*, CR 2001, S. 346; *Platz*, GRUR 2002, S. 670; *Grützmacher*, ITRB 2002, S. 84; *Heussen*, MMR 2004, S. 445.

877 *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG Rn. 74; *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 27, 176 ff. *Spindler* in: Schrickler/Loewenheim, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 29; *Marly*, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 925; *Deike*, CR 2003, S. 9, 13, 15 ff.; *Metzger/Jaeger*, GRUR Int. 1999, S. 839, 843; *Sujecki*, JurPC WebDok 145/2005, 2005, Abs. 36 f.

878 So aber *Heussen*, MMR 2004, S. 445, 447 f.; offenbar auch *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG Rn. 75 unter Verweis auf den Wortlaut des § 32 Abs. 3 S. 3 UrhG; *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 201 bezeichnen derartige Überlegungen als „gekünstelt“.

Richtigerweise wird zunächst zwischen dem Vertrag zur Überlassung eines konkreten Werkstücks (sei es durch Download, Versand oder Übergabe – nachfolgend: „Überlassungsvertrag“) und dem Lizenzvertrag selbst (d. h. dem Inhalt der freien Lizenz) differenziert.⁸⁷⁹ Der Überlassungsvertrag muss dabei nicht zwingend mit dem Inhaber des Urheberrechts abgeschlossen werden, sondern kann auch mit einem Dritten (etwa einem Webseitenanbieter, Distributor oder Bearbeiter) abgeschlossen werden. Er enthält typischerweise das Angebot, ein Vervielfältigungsstück zu übertragen und die Eingehung eines separaten Lizenzvertrags mit dem Rechtsinhaber zu ermöglichen. Zudem ist infolge des Abstraktionsprinzips jeweils zwischen der schuldrechtlichen und der dinglichen Ebene der beiden Verträge zu unterscheiden. Insgesamt handelt es sich somit im Regelfall um mindestens vier unterschiedliche Verträge – zwei schuldrechtliche und zwei dingliche.

Der Überlassungsvertrag wird dabei entweder als Gefälligkeitsverhältnis⁸⁸⁰ oder Schenkungsvertrag qualifiziert.⁸⁸¹ Seine exakte rechtliche Einordnung ist für die Frage einer möglichen Haftung oder Gewährleistung relevant, etwa im Fall des tatsächlichen Nicht-Bestehens der versprochenen Rechte. Dieses Rechtsverhältnis kann aber auch noch weitergehende Rechte und Pflichten beinhalten, die eine andere Qualifikation des Vertrags erfordern.⁸⁸² Hierzu zählen Support, Entgelt für die Zurverfügungstellung des Vervielfältigungsstücks⁸⁸³ oder weitere zu übertragende Rechte oder Gegenstände. Der Lizenzvertrag selbst wird zum Teil ebenfalls als Schenkungsvertrag⁸⁸⁴ oder als Lizenzvertrag eigener Art qualifiziert, auf den Schenkungsrecht entsprechende Anwendung findet.⁸⁸⁵ Zum Teil wird auch die Anwendung der Vorschriften über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁸⁸⁶ oder des Leih- und Pachtvertragsrechts vorgeschlagen.⁸⁸⁷

Der Lizenzvertrag erfordert einen Vertragsschluss zwischen Rechtsinhaber und Lizenznehmer. Hierbei wird in der Angabe, ein Werk sei unter einer bestimmten Lizenz nutzbar, ein Angebot auf Abschluss eines entsprechenden Lizenzvertrags ad

879 Engelhardt/Jaeger in: International F/OSS Law Book, S. 128.

880 Grützmaker in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG Rn. 75; Marly, Praxishandbuch Softwarerecht, Rn. 882.

881 Spindler in: Schricker/Loewenheim, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 29; Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, Rn. 251; Meyer, Miturheberschaft bei freier Software, S. 86 f.; Schulz, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Rn. 827 ff.

882 Schulz, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Rn. 770.

883 Für die Zurverfügungstellung eines Vervielfältigungsstücks darf bei freien Lizenzen – anders als für die Einräumung der urheberrechtlichen Nutzungsrechte – i. d. R. ein Entgelt verlangt werden. So kann etwa für die Übereignung eines unter einer freien Lizenz veröffentlichten Buchs oder des Brennens einer CD-ROM mit freier Software ein Entgelt verlangt werden. Dies stellt Zif. 4 GPLv3 ausdrücklich klar: „*You may charge any price or no price for each copy that you convey, and you may offer support or warranty protection for a fee.*“.

884 Metzger/Jaeger, GRUR Int. 1999, S. 839, 847; Spindler (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, S. 152 ff.; Lenhard, Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen, S. 380.

885 Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, Rn. 210 ff.

886 Sester, CR 2000, S. 797, 801 f.

887 Schulz, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Rn. 948 ff.

incertae personas gesehen,⁸⁸⁸ das durch den Lizenznehmer konkludent angenommen wird, wobei der Lizenzgeber insoweit gemäß § 151 BGB auf den Zugang der Annahmeerklärung verzichtet.⁸⁸⁹ Zum Abschluss des Lizenzvertrags kommt es dabei nach h. M. noch nicht bei Erhalt des Vervielfältigungsstücks, sondern erst dann, wenn der Lizenznehmer von den durch die Lizenz eingeräumten Rechten Gebrauch machen möchte.⁸⁹⁰ Möchte der Nutzer mit dem Vervielfältigungsstück lediglich Handlungen vornehmen, für die er keine gesonderte Zustimmung des Urhebers in Form einer Lizenz benötigt, soll es an einer entsprechend eindeutigen konkludenten Willenserklärung fehlen. Wird das Werkexemplar von einem Dritten (wie durch die Lizenz gestattet) weitergegeben, handelt der Dritte als Bote des Lizenzgebers, der dessen Willenserklärung auf Abschluss eines Lizenzvertrags weitergibt.⁸⁹¹ Bejaht man den Abschluss eines Lizenzvertrags, werden dem Lizenznehmer die in der Lizenz angeführten nicht ausschließlichen Nutzungsrechte dauerhaft eingeräumt. Soweit die konkrete Lizenz (wie meistens) einen automatischen Rechterückfall im Fall des Verstoßes gegen Lizenzpflichten vorsieht,⁸⁹² erfolgt diese Rechtseinräumung jedoch nur auflösend bedingt.⁸⁹³

b) Anwendbares Recht

Die Beantwortung der vertragsrechtlichen Fragen steht und fällt mit der Anwendbarkeit des nationalen Rechts. Auch hier muss wieder differenziert werden. Überlassungsvertrag und Lizenzvertrag sind zunächst schuldrechtliche Verträge. Zugleich beinhalten sie dingliche Verfügungen. Es ist somit grundsätzlich zwischen dem Vertragsstatut und dem Urheberrechtsstatut zu differenzieren.

888 Grützmaker in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG Rn. 75; Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, Rn. 176; Schulz, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Rn. 563 f.

889 Schulz, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Rn. 561 ff. Engelhardt/Jaeger in: International F/OSS Law Book, S. 129; Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, Rn. 177.

890 Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, Rn. 177; Engelhardt/Jaeger in: International F/OSS Law Book, S. 129; Schulz, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Rn. 566.

891 Sujecki, JurPC WebDok 145/2005, 2005, Abs. 37; Rosenkranz, Open Contents, S. 71; Plaß, GRUR 2002, S. 670, 676 f.; a.A. (Stellvertreter) Lenhard, Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen, S. 334.

892 Dies ist sowohl bei den CC-Lizenzen als auch bei der GPL der Fall, siehe Zif. 6 a. der CC-Lizenzen Version 4: „*However, if You fail to comply with this Public License, then Your rights under this Public License terminate automatically.*“. Zif. 8 GPLv3: „*Any attempt otherwise to propagate or modify it is void, and will automatically terminate your rights under this License*“.

893 LG München I, Urt. v. 19.05.2004, MMR 2004, 693, 695; Grützmaker in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG Rn. 79; Engelhardt/Jaeger in: International F/OSS Law Book, S. 132; Spindler (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, Teil C Rn. 35 ff; von einer dinglich wirkenden Beschränkung aufgrund eigenständiger Nutzungsart im Sinne des § 31 Abs. 1 UrhG geht hingegen etwa Schiffner, Open Source Software, S. 154 ff. aus.

Für die Bestimmung des Urheberrechtsstatuts kommt es nach Art. 8 Abs. Rom II-VO⁸⁹⁴ auf das Land an, *für* das der Schutz des Rechts beansprucht wird (und nicht auf das Land, in dem Schutz beansprucht wird).⁸⁹⁵ Hierdurch wurde das bereits vor Inkrafttreten der Rom II-VO von der herrschenden Meinung in Deutschland favorisierte Schutzlandprinzip europaweit kodifiziert.⁸⁹⁶ Das Urheberrechtsstatut erfasst neben Fragen der Entstehung und Inhaberschaft des Rechts auch Schranken und die Möglichkeit von Nutzungsrechtseinräumungen.⁸⁹⁷ Sofern vor einem Gericht Schutz für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland gesucht wird, ist daher deutsches Recht für eine Reihe wesentlicher urheberrechtlicher Fragen anwendbar.⁸⁹⁸ Wann jedoch im Fall grenzüberschreitender Verletzungshandlungen ein hinreichender Anknüpfungspunkt für die Anwendbarkeit deutschen Urheberrechts besteht – insbesondere welche Verletzungshandlung zu einer entsprechenden Lokalisierung in Deutschland führt – ist weiterhin umstritten und unklar.⁸⁹⁹

Für schuldrechtliche Verträge – d. h. für freie Lizenzen als Urheberrechtsverträge – greift demgegenüber das Vertragsstatut ein, welches sich grundsätzlich nach der Rom I-VO⁹⁰⁰ richtet.⁹⁰¹ Einige Lizenzen enthalten eine ausdrückliche Rechtswahlklausel im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO.⁹⁰² In aller Regel bestimmt sich das anwendbare Recht jedoch gemäß Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO nach dem Recht der Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt.⁹⁰³ Als charakteristische Leistung des Lizenzvertrags wird dabei die Einräumung von Nutzungsrechten angesehen. Es ist somit das Recht des Lizenzgebers anwendbar.⁹⁰⁴ Ist der Lizenzgeber Unternehmer, der Lizenznehmer Verbraucher und richtet der Unternehmer seine Tätigkeit auch auf das Aufenthaltsland des Verbrauchers aus, gilt nach Art. 6 Rom I-VO wiederum das Recht des Aufenthaltslandes des Verbrauchers.⁹⁰⁵ Im Fall freier Lizenzen dürften diese Voraussetzungen häufig nicht vorliegen.⁹⁰⁶ Ein „Ausrichten“ liegt noch nicht vor, wenn eine Website lediglich aus

894 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“).

895 *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, Vorbemerkung zu § 120 ff. UrhG Rn. 28.

896 Siehe hierzu etwa *Katzenberger* in: *Schricker/Loewenheim*, vor §§ 120 ff. UrhG, Rn. 129 m.w.N. *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 356.

897 v. *Welser* in: *Wandtke/Bullinger*, vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 4; *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, Vorbemerkung zu § 120 ff. UrhG Rn. 30.

898 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 361.

899 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 359; *Schäfer*, Der virale Effekt, S. 66.

900 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“).

901 *Katzenberger* in: *Schricker/Loewenheim*, vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 148 m.w.N.

902 So sieht etwa Zif. 11 der Mozilla Public Licence Version 1.1, die Anwendbarkeit des Rechts des Staates Kalifornien vor, vgl. auch *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 362.

903 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 363.

904 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 364; *Deike*, CR 2003, S. 9, 12; *Rosenkranz*, Open Contents, S. 213; *Schiffner*, Open Source Software, S. 109 f.

905 *Rosenkranz*, Open Contents, S. 206.

906 Zum gleichen Ergebnis gelangt *Rosenkranz*, Open Contents, S. 210, für die CC-Lizenzen.

dem Land des Verbrauchers zugänglich ist.⁹⁰⁷ Es dürfte aber durchaus eine Reihe von Fällen geben, in denen von einem „Ausrichten“ auf das Land des Verbrauchers ausgegangen werden kann, etwa wenn Werke bewusst unter verschiedenen Sprachversionen oder Top-Level-Domains angeboten werden.

Das bedeutet, dass für vertragsrechtliche Fragen häufig das Recht des Lizenzgebers anwendbar ist, während für die Frage der Inhaberschaft oder Übertragbarkeit des eingeräumten Rechts das Recht des Landes anwendbar ist, für das Schutz gesucht wird (Schutzlandprinzip). Statistisch betrachtet wird sich somit der Abschluss eines freien Lizenzvertrags häufig nicht nach deutschem Recht richten. Dies hat zur Folge, dass ein deutscher Nutzer, der ein aus dem Ausland bereitgestelltes Werk unter einer freien Lizenz nutzen möchte, in einer ihm fremden Rechtsordnung prüfen müsste, ob etwa besondere Formerfordernisse erforderlich sind oder welchen Voraussetzungen ein Vertragsschluss unterliegt. Hierfür müsste er aber zunächst in Erfahrung bringen, welchen Aufenthaltsort alle jeweils relevanten Urheber haben.

Noch komplexer wird die Sachlage, wenn verschiedene Urheber aus unterschiedlichen Jurisdiktionen Bearbeiter eines Werks sind und einem Dritten Nutzungsrechte einräumen wollen. Möchte etwa ein deutscher Nutzer ein von einem amerikanischen Anbieter angebotenes, frei lizenziertes Werk verwenden, an dem nacheinander Bearbeiterurheberrechte verschiedener Personen unterschiedlicher Herkunft entstanden sind, richtet sich das Vertragsstatut im Verhältnis zu jedem einzelnen bisherigen Teilrechtsinhaber nach dessen jeweiligem Heimatrecht.⁹⁰⁸ Die Rechtsbeziehungen der Bearbeiter untereinander⁹⁰⁹ richten sich wiederum entweder nach dem Recht der vorherigen Bearbeiter oder internationalem Gesellschaftsrecht.⁹¹⁰

Im Ergebnis ist es somit für den Nutzer einer freien Lizenz häufig nahezu unmöglich, rechtssicher festzustellen, ob alle für einen Vertragsschluss erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind oder welche Gewährleistungs- und Haftungsregeln bestehen. Hinzu kommen ein höherer Begründungsaufwand und Durchsetzungsrisiken vor nationalen Gerichten, weil eine Anpassung an nationale Regeln und Begrifflichkeiten fehlt.⁹¹¹ Insoweit ist jedoch anzumerken, dass sich die Autoren freier Lizenzen seit jeher bemühen, möglichst „internationale“ Formulierungen und Regelungen zu finden, die in einer möglichst großen Anzahl denkbarer Rechtsordnungen einem einheitlichen Verständnis unterliegen.⁹¹²

Die CC-Lizenzen gingen zunächst einen anderen Weg. Es wurde versucht, mittels angepasster Versionen für über 70 Jurisdiktionen einschließlich Rechtswahlklauseln

907 *Weller/Nordmeier* in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Rom I Art. 6 Rn. 13.

908 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 364.

909 Siehe hierzu ausführlich bei *Meyer*, Miturheberschaft bei freier Software, S. 42 ff.

910 Siehe hierzu *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 368 ff. *Meyer*, Miturheberschaft bei freier Software, S. 175 ff.

911 *Metzger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 115, 124.

912 *Metzger*, JIPITEC 2012, S. 361, 364.

ein mehr auf die lokalen Rechtsordnungen zugeschnittenes System zu entwickeln. Letztlich führt ein solcher Ansatz jedoch zu noch mehr Komplexität, da sich die Lizenzen inhaltlich nie vollumfänglich deckten.⁹¹³ Vor allem aber wurde dadurch einer der konzeptionellen Hauptvorteile freier Lizenzen aufgegeben – die grundsätzlich einheitliche globale Gültigkeit bzw. transnationale Geltung ohne Anbindung an eine konkrete Rechtsordnung.⁹¹⁴ Aus diesem Grund wird seit Version 4 der Lizenzen nur noch eine einheitliche Version verwendet und die teilweise Unwirksamkeit einzelner Regelungen in einzelnen Rechtsordnungen hingenommen.⁹¹⁵ Ein hypothetischer Gedanke zur Lösung dieser Probleme, dessen weitere Verfolgung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, wäre die Schaffung einer Art internationaler *lex mercatoria*.⁹¹⁶ Im Folgenden werden die vertraglichen Probleme ungeachtet der Tatsache, dass die Anwendbarkeit deutschen Rechts statistisch eher die Ausnahme als die Regel darstellt, nach deutschem Recht untersucht.

c) Probleme des Vertragsschlusses

Im Zusammenhang mit dem für eine freie Lizenzierung wesentlichen Vertragsschluss bedarf die Frage nach Zeitpunkt und konkreter Annahmeerklärung weiterer Überlegungen.

Mit der h. M. ist in der Veröffentlichung eines Werks durch den Urheber unter der Angabe einer bestimmten freien Lizenz in räumlichem Zusammenhang mit diesem Werk ein Angebot des Urhebers auf Abschluss eines entsprechenden Lizenzvertrags zu sehen.⁹¹⁷ Weniger klar ist, ob einem Nutzer dieses Angebot auch in jedem Fall zugeht. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung geht dem Empfänger zu, sobald sie so in seinen Machtbereich gelangt ist, dass er davon Kenntnis nehmen kann.⁹¹⁸ Sofern das Angebot nicht (etwa durch eine Markierung auf dem Werk selbst) derart mit dem Werk verbunden wird, dass bei einer Verbreitung des Werks auch der Hinweis auf das Vertragsangebot verbreitet ist, hat ein Nutzer nur dann die Möglichkeit zum Empfang dieser Erklärung, wenn bei Verbreitung des Werks durch den Urheber oder einen Dritten auf die Erklärung hingewiesen wird. In Fällen, in denen etwa ein Dritter – unter Verstoß gegen die Lizenzbedingungen⁹¹⁹ – das Werk öffentlich zugänglich macht und dabei zwar auf den Originalurheber verweist, nicht aber auf die konkrete auf das Werk anwendbare Lizenz, kann neuen Nutzern kein Angebot

913 *Metzger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 115, 125.

914 *Metzger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 115, 123.

915 Es gibt jedoch „offizielle“, d. h. von den Herausgebern der Lizenz anerkannte Übersetzungen in verschiedene Sprachen, wobei die englische Originalfassung die einzige letztlich gültige Fassung darstellt.

916 Siehe zu dieser Idee ausführlicher bei *Metzger*, JIPITEC 2012, S. 361; *Metzger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 115, 123; *Dinwoodie*, U. Pa. L. Rev. 2000, S. 469.

917 Siehe hierzu die Angaben bei Kap. 4 A. IV. 1. a).

918 *Einseler* in: Münchener Kommentar BGB, § 130 BGB Rn. 16 m.w.N.

zugehen. In der Praxis wird vielfach insbesondere der Verweis auf die konkrete Art der verwendeten Lizenz – meistens aus Unwissen – unterlassen.

Ein Zugang des Angebots erfolgt in einem solchen Fall (trotz grundsätzlicher Zustimmung durch den Urheber) erst dann, wenn der Nutzer selbstständig an anderer Stelle – etwa auf der Seite des Urhebers – auf den Lizenzhinweis stößt. Natürlich ist ein Nutzer, der ein fremdes Werk in einer zustimmungsbedürftigen Weise nutzt und sich dabei allein auf die Angabe „Freie Software“ oder „CC“ auf Seiten Dritter verlässt, nur bedingt schutzwürdig. Es zeigt aber, dass die erstrebte „einfache“ Verbreitung der Lizenz in der Praxis häufig aufgrund von Ungenauigkeiten und Fehlern nicht erreicht wird. Ein vergleichbares Zugangsproblem ergibt sich, wenn ein Vervielfältigungsstück eines unter einer freien Lizenz verbreiteten Werks – etwa eine CD mit einer freien Software – von einem Dritten übergeben wird, der nicht auf die Lizenz verweist. In diesem Fall läge nicht einmal ein Verstoß gegen die Lizenz vor (sofern es zu keiner Vervielfältigung kommt), dennoch würde dem Empfänger kein Angebot auf Abschluss des Lizenzvertrags zugehen.

Die Verknüpfung von Überlassungsvertrag und Lizenzvertrag ist somit keineswegs zwingend. In allen diesen Fällen kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Nutzer eines unter einer freien Lizenz veröffentlichten Werks stets mit der Vornahme zustimmungsbedürftiger Handlungen das Angebot auf Abschluss eines Lizenzvertrags annimmt – es ist ihm in diesen Fällen nämlich noch nicht einmal zugegangen.⁹²⁰

Sobald dem Nutzer jedoch ein Angebot auf Abschluss eines entsprechenden Lizenzvertrags zugegangen ist, kann er dieses – auch konkludent – annehmen. Fraglich ist dabei jedoch, zu welchem Zeitpunkt der dafür nötige Annahmewille in Form eines Geschäftswillens⁹²¹ vorliegt.

919 Die Angabe der konkreten Lizenz ist bei Weiterverbreitung des Werks stets zwingend, siehe etwa Zif. 3 a. der CC-Lizenzen der Version 4: „*If You Share the Licensed Material, You must: retain the following if it is supplied by the Licensor with the Licensed Material: identification of the creator(s) of the Licensed Material and any others designated to receive attribution, in any reasonable manner requested by the Licensor (including by pseudonym if designated); a copyright notice; a notice that refers to this Public License; a notice that refers to the disclaimer of warranties; a URL or hyperlink to the Licensed Material to the extent reasonably practicable*“ sowie Zif. 4 der GPLv3 (im Fall einer Weitergabe nach erfolgter Bearbeitung in Verbindung mit Zif. 5 b): „*You may convey verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice; keep intact all notices stating that this License [...] apply to the code; keep intact all notices of the absence of any warranty; and give all recipients a copy of this License along with the Program.*“.

920 *Sujecki*, JurPC WebDok 145/2005, 2005, Abs. 12; *Spindler (Hrsg.)*, Rechtsfragen bei Open Source, Teil C Rn. 47; *Sester*, CR 2000, S. 797, 804 f.; *Omsels*, in: *Schertz/Omsels (Hrsg.)*, Festschrift Hertin, S. 141, 148; *Platz*, GRUR 2002, S. 670, 678.

921 Siehe hierzu *Armbrüster* in: *Münchener Kommentar BGB*, vor §§ 116 BGB Rn. 28.

Auf den ersten Blick spricht einiges dafür, der tatsächlichen Inanspruchnahme weitergehender Rechte einen entsprechenden Erklärungsgehalt beizumessen.⁹²² Problematisch erscheint jedoch, ob tatsächlich immer vom Vorliegen eines Erklärungsbewusstseins oder Rechtsbindungswillens ausgegangen werden kann.⁹²³ Ein Ziel freier Lizenzen ist es schließlich gerade, dass die oftmals unklare exakte Abgrenzung zwischen kraft Gesetzes erlaubten und zustimmungsbedürftigen Handlungen nicht mehr vorgenommen werden muss. Nutzer sollen sich nicht mit dem komplizierten Urheberrecht herumschlagen müssen, sondern allein aufgrund der Angabe „CC-BY-NC 4.0“ erkennen können, was genau sie unter welchen Bedingungen mit dem Werk tun dürfen.⁹²⁴ Ein Nutzer weiß somit oftmals überhaupt nicht, wann er die Grenze zur Zustimmungspflicht überschreitet (etwa im Rahmen einer Bearbeitung im Sinne des § 23 UrhG) und damit der Lizenz zustimmen muss, um die Handlung vornehmen zu können. Im Ergebnis dürfte gleichwohl ein Rechtsbindungswille zu bejahen sein. Weiß ein Nutzer nicht, dass er bestimmte Handlungen auch ohne eine freie Lizenz durchführen darf, geht sein Wille dahin, bereits vor Überschreiten der Zustimmungspflichtsschwelle zuzustimmen. Er schließt dann einen objektiv unnötigen Lizenzvertrag ab. Kennt er die Grenze, kann bei Überschreiten der Schwelle davon ausgegangen werden, dass der Nutzer nun bewusst die Rechte aus der Lizenz in Anspruch nimmt und damit dem Vertrag zustimmt. Somit ist lediglich zu präzisieren, dass bei Kenntnis des Angebots auf Abschluss des Lizenzvertrags *spätestens* mit Inanspruchnahme der Rechte aus der Lizenz eine konkludente Annahmeerklärung vorliegt, häufig aber schon zuvor.

Sollte aus einem der vorgenannten Gründe oder aus anderem Grund (z. B. Minderjährigkeit⁹²⁵) in Wahrheit kein wirksamer Abschluss eines Lizenzvertrags vorliegen, kann der Abschluss mit Wirkung für die Zukunft nachgeholt werden. Da sich das Angebot des Urhebers an jedermann richtet, kann ein Nutzer es jederzeit (erneut) annehmen. Dies dürfte in der Praxis die Relevanz unwirksamer Vertragsabschlüsse senken. Jedoch werden die bis dahin aufgrund zustimmungsbedürftiger Handlungen vorgenommenen Rechtsverletzungen nicht geheilt. Dies bedeutet, dass aufgrund vor Vertragsschluss erfolgter Handlungen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können. Jedoch dürfte es in rein praktischer Hinsicht für einen Urheber vor Gericht häufig sehr schwierig sein, die Behauptung eines Lizenznehmers, er habe bereits zuvor alle für den Vertragsschluss erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, zu widerlegen.

922 So die in Kap. 4 A. IV. 1. a) referenzierte h. M.

923 Siehe zum Rechtsbindungswillen ausführlich bei Meyer, Miturheberschaft bei freier Software, S. 89 ff.

924 Siehe hierzu vorstehend Kap. 2 A. I. 1. b).

925 Siehe hierzu ausführlicher nachstehend unter Kap. 4 A. V. 1.

2. Lizenzen als AGB

Weitere umfassende Probleme ergeben sich daraus, dass es sich bei freien Lizenzen aufgrund ihrer Vorformulierung für eine Vielzahl von Rechtsgeschäften um AGB im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB handelt.⁹²⁶

a) Einbeziehungsproblematik

Nach § 305 Abs. 2 BGB werden Bestimmungen in AGB nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn bei Vertragsschluss einerseits ausdrücklich auf die Existenz der Bedingungen hingewiesen worden ist und andererseits der Vertragspartner in zumutbarer Weise die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu erlangen. Der Hinweis wird im Regelfall durch die Bezeichnung der konkret anzuwendenden Lizenz erfolgen. Sieht ein Interessent etwa, dass der Urheber ein Werk unter einer bestimmten Lizenzbezeichnung anbietet, weiß er, dass die Nutzung dieses Werks weiteren Bedingungen unterliegt.

Ein Hinweis allein ist jedoch nicht ausreichend – es muss für den Lizenznehmer auch in zumutbarer Weise möglich sein, vom Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu nehmen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Problematisch ist in diesem Kontext die Verwendung englischer Lizenztexte gegenüber Verbrauchern.⁹²⁷ Es ist nicht davon auszugehen, dass ein durchschnittlicher Nutzer englische Lizenztexte inhaltlich verstehen kann. Einige Autoren halten Englisch im Internet und Softwarebereich für eine Alltagssprache und gehen deshalb davon aus, dass der durchschnittliche Nutzer auch über entsprechende Sprachkenntnisse verfügt.⁹²⁸ Selbst wenn dies für den Softwarebereich zutreffen würde (was ebenfalls sehr zweifelhaft erscheint), sind unter den Nutzern anderer frei lizenzierter Werke englische Sprachkenntnisse von entsprechendem Niveau keineswegs die Regel. Jedoch ist nicht von der Hand zu weisen, dass ein Nutzer, der freiwillig einem englischsprachigen Lizenztext zustimmt, insoweit bewusst ein Verständnisrisiko übernommen hat.⁹²⁹ Nach h. M. ist die Verwendung einer fremden Sprache in AGB unproblematisch, wenn auch die Vertragsverhandlungen, also die Phase der Vertragsanbahnung, in englischer Sprache erfolgt. Der Verwendungsgegner hat sich in diesem Fall schließlich frei-

926 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 179; *Spindler* in: *Schricker/Loewenheim*, vor § 69a UrhG Rn. 30; *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Rn. 692.

927 *Peukert/König*, in: *Metzger* (Hrsg.), *Free and Open Source Software*, S. 201, 210; *Grützmacher* in: *Wandtke/Bullinger*, § 69c UrhG Rn. 73; *Spindler* (Hrsg.), *Rechtsfragen bei Open Source* Teil C Rn. 53; *Spindler* in: *Schricker/Loewenheim*, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 30; *Platz*, GRUR 2002, S. 670, 678; *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, Rn. 703.

928 *Lenhard*, *Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen*, S. 336; etwas unklar, aber offenbar auch für die generelle Anerkennung der Wirksamkeit bei englischer Sprache *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 69c UrhG Rn. 41.

929 *Schulz*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, S. 200 ff.

willing auf eine ihm nicht hinreichend geläufige Vertragssprache eingelassen.⁹³⁰ Solche Voraussetzungen sind gegeben, wenn das Werk auf einer englischsprachigen Website angeboten wird. Wird das Werk hingegen auf einer deutschsprachigen Seite angeboten, sind diese Voraussetzungen weitaus fraglicher. Geht man davon aus, dass Lizenztext und die auf Abschluss des Lizenzvertrags gerichteten Willenserklärungen nicht absolut identisch sind, weil die auf Abschluss des Lizenzvertrags gerichtete Willenserklärung zugleich noch Werk und Lizenzgeber konkretisiert, würde bei einer deutschsprachigen Website in deutscher Sprache auf englische AGB verwiesen. Man wird sich dabei nicht darauf zurückziehen können, dass aber alle wesentlichen vertraglichen Regelungen auch in Englisch verfasst sind.⁹³¹

Gleichwohl spricht einiges dafür, auch bei deutschsprachigem Hinweis auf englische AGB von einer wirksamen Einbeziehung auszugehen. Nutzt ein Lizenznehmer die Rechte aus einer englischsprachigen Lizenz, lässt er sich freiwillig auf diese Sprache ein. Schließlich enthalten die Lizenztexte nicht nur weitergehende Bedingungen, sondern die Einräumung der Rechte, die er in Anspruch nehmen möchte. Es wäre dem Lizenznehmer, der bereits Rechte aus der Lizenz in Anspruch genommen hat, somit verwehrt, sich auf fehlendes Verständnis vom Inhalt der Lizenz zu berufen.⁹³² Dennoch kann dieses Ergebnis angesichts fehlender gerichtlicher Entscheidungen zu dieser Streitfrage bisher keineswegs als gesichert angesehen werden. Man könnte etwa auch erwägen, nur die den Lizenznehmer begünstigenden Regelungen als wirksam einbezogen zu betrachten. Es verbleibt somit stets ein Risiko, dass die Lizenzbedingungen nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind.

b) Unwirksame Regelungen

Einzelne typische Regelungen freier Lizenzen könnten zudem eine unangemessene Benachteiligung der Lizenznehmer im Sinne der §§ 307 ff. BGB darstellen. Hierbei ist zu beachten, dass grundsätzlich nur solche Klauseln, die von gesetzlichen Regelungen abweichende Bestimmungen treffen, kontrollfähig sind (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB). Vertragliche Leistungsbeschreibungen und Wiederholungen des Gesetzeswortlauts sind einer Überprüfung nur in Bezug auf eine durch eine mögliche Intransparenz der Klausel induzierte unangemessene Benachteiligung zugänglich.

930 *Basedow* in: Münchener Kommentar BGB, § 305 BGB Rn. 70; *Peukert/König*, in: Metzger (Hrsg.), *Free and Open Source Software*, S. 201, 209; *Jaeger/Metzger*, *Open-Source-Software*, Rn. 181.

931 So aber wohl *Rosenkranz*, *Open Contents*, S. 69.

932 *Schulz*, *Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte*, Rn. 723; ähnlich *Rosenkranz*, *Open Contents*, S. 70; *Jaeger/Metzger*, *Open-Source-Software*, Rn. 182; *Engelhardt/Jaeger* in: *International F/OSS Law Book*, S. 131.

(i) § 31 Abs. 5 UrhG oder § 305c Abs. 2 BGB

Vor einer Prüfung der möglichen Unwirksamkeit einzelner Klauseln ist zunächst Klarheit über die relevanten Auslegungsregeln erforderlich. Dabei stehen sich scheinbar zwei Auslegungsgrundsätze bzw. Zweifelsregeln gegenüber. Der in § 31 Abs. 5 UrhG normierte Zweckübertragungsgrundsatz besagt vereinfacht, dass Unklarheiten über die Reichweite eingeräumter Nutzungsrechte zulasten des Lizenznehmers gehen.⁹³³ Umgekehrt stellt § 305c Abs. 2 BGB klar, dass Unklarheiten in der Auslegung von AGB zulasten des Verwenders gehen. Als Verwender wird hierbei der Urheber oder Rechtsinhaber, der sein Werk unter Verweis auf eine bestimmte Lizenz anbietet, anzusehen sein.⁹³⁴ § 305 Abs. 2 BGB gebietet also eine Auslegung zulasten des Lizenzgebers.

§ 31 Abs. 5 UrhG bezweckt eine Begrenzung der eingeräumten Nutzungsrechte auf den Vertragszweck. Der Vertragszweck freier Lizenzen ist nicht immer eindeutig bestimmbar. Ihr primärer Zweck zielt – anders als typische Lizenzverträge – auf eine möglichst weitreichende Verbreitung und Nutzung.⁹³⁵ Zudem treffen die Grundannahmen des § 31 Abs. 5 UrhG nicht zu: es gibt zwischen dem Lizenzgeber einer freien Lizenz und dem Nutzer kein Verhandlungsungleichgewicht, der Lizenzgeber ist somit nicht zwingend schutzbedürftig.⁹³⁶ Umgekehrt würde der Sinn des § 305c Abs. 2 BGB in sein Gegenteil verkehrt, wenn seine strikte Anwendung dazu führen würde, dass aufgrund der Unwirksamkeit zentraler Regelungen der Lizenz der gesamte Vertrag als unwirksam zu behandeln wäre (§ 306 Abs. 3 BGB). In diesem Fall wäre nämlich der durch § 305c Abs. 2 BGB geschützte Lizenznehmer nicht mehr im Besitz einer Lizenz. Somit ist auch bei der Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB Zurückhaltung geboten. Es muss daher stets die Besonderheit der Vertragsbeziehung als ein auf Gegenseitigkeit beruhendes Lizenzierungsmodell beachtet werden.⁹³⁷ Im Ergebnis kann über § 31 Abs. 5 UrhG oftmals keine angemessene Lösung erzielt werden. Bei Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB ist dies eher möglich, zumindest solange bei der Anwendung weiterhin die Gesamtsituation berücksichtigt wird. Zudem dürfte die Anwendung dieser Regelung im Ergebnis zu mehr Rechtssicherheit bei der Verwendung freier Lizenzen führen.⁹³⁸

933 Siehe hierzu *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, § 31 UrhG Rn. 40 ff. m.w.N., auch zur teilweise umstrittenen Frage der Rechtsnatur der Norm.

934 Eine Ausnahme machen *Jaeger/Metzger*, *Open-Source-Software*, Rn. 183 für den Fall, dass der Lizenzgeber seinerseits aufgrund einer Copyleft-Klausel oder Share Alike Klausel zur Verwendung der Lizenz verpflichtet war. In diesem Fall soll der Lizenzgeber nicht Verwender sein.

935 OLG Köln, Urt. v. 31.10.2014, GRUR 2015, 167, 171; *Jaeger/Mantz*, MMR 2014, S. 480, 482.

936 *Jaeger/Metzger*, *Open-Source-Software*, Rn. 183.

937 *Jaeger/Metzger*, *Open-Source-Software*, Rn. 183.

938 *Koreng*, K&R 2015, S. 99, 101.

(ii) Haftungs- und Gewährleistungsausschluss

Freie Lizenzen enthalten i. d. R. einen weitreichenden Ausschluss jeglicher Haftung und Gewährleistung.⁹³⁹ Diese Haftungsbeschränkungen sind nach § 309 Nr. 7 BGB – auch gegenüber Unternehmern – unwirksam.⁹⁴⁰ Dasselbe gilt gemäß § 308 Nr. 8 b) aa) BGB für die Gewährleistungsausschlüsse.⁹⁴¹

In der Literatur wird aus dem Verstoß gegen § 309 Nr. 7, Nr. 8 b) aa) BGB gefolgert, dass der Haftungsausschluss unwirksam sei, der Vertrag im Übrigen aber hiervon unberührt bleibe (§ 306 Abs. 1 BGB). Fraglich ist aber, ob das Festhalten am Vertrag für den Lizenzgeber nicht eine unbillige Härte im Sinne des § 306 Abs. 3 BGB darstellen kann. Schließlich ist er nur deshalb zur entgeltlosen Weitergabe seiner Werke bereit, weil er davon ausgeht, dass ihm aus der Verbreitung zumindest kein Schaden entstehen kann. Die Haftungs- und Gewährleistungsfreistellung hat für die Entscheidung also ein nicht unbedeutendes Gewicht, insbesondere im Softwarebereich.⁹⁴² Man könnte die Haftungsfreistellung sogar als einen wesentlichen Bestandteil des Konzepts freier Lizenzen ansehen. Es wird dem Urheber möglichst einfach gemacht, sein Werk mit anderen zu teilen, im Gegenzug werden seine Risiken minimiert. Vergleicht man dies mit gewöhnlichen Lizenzverträgen, die oftmals umfangreiche Garantien etwa zur Rechtsinhaberschaft beinhalten, wird die Besonderheit und Bedeutung der Haftungsfreistellung bei freien Lizenzen deutlich. Hinzu kommt, dass der Urheber freiwillig und unentgeltlich etwas hergibt, also auf den Vertragsschluss nicht angewiesen ist – der Lizenznehmer, der kostenlos und einfach die Rechte nutzen möchte, hingegen schon.

Gemäß § 306 Abs. 2 BGB würden im Fall einer Unwirksamkeit die gesetzlichen Regelungen an die Stelle der unwirksamen Regelung treten. Sieht man den Lizenzvertrag mit der h. M. als Schenkungsvertrag an oder geht zumindest von der entsprechenden Anwendbarkeit des Schenkungsrechts aus,⁹⁴³ würden die §§ 523, 524 BGB eingreifen. Der Lizenzgeber würde somit nur für arglistig verschwiegene Sach- und Rechtsmängel haften.⁹⁴⁴ Im Ergebnis wären die Folgen der Unwirksamkeit also nicht gravierend. Es dürfte demnach keine unbillige Härte darstellen, wenn ein Lizenzgeber für arglistig verschwiegene Mängel haftbar gemacht werden kann.

939 Siehe hierzu etwa Zif. 15, 16 der GPLv3 sowie Zif. 5 der CC-Lizenzen der Version 4.

940 *Peukert/König*, in: Metzger (Hrsg.), *Free and Open Source Software*, S. 201, 208, 212; *Spindler* in: Schricker/Loewenheim, vor § 69a UrhG Rn. 54; *Omsels*, in: Schertz/Omsels (Hrsg.), *Festschrift Hertin*, S. 141, 151.

941 *Peukert/König*, in: Metzger (Hrsg.), *Free and Open Source Software*, S. 201, 212; *Jaeger/Metzger*, *Open-Source-Software Rn. 220*; *Spindler* in: Schricker/Loewenheim, vor § 69a UrhG Rn. 54.

942 *Meyer*, *Miturheberschaft bei freier Software*, S. 86.

943 Siehe hierzu vorstehend Kap. 4 A. IV. 1. a).

944 *Peukert/König*, in: Metzger (Hrsg.), *Free and Open Source Software*, S. 201, 213; *Grützmacher* in: Wandtke/Bullinger, § 69c UrhG Rn. 75; *Rosenkranz*, *Open Contents*, S. 96; *Jaeger/Metzger*, *Open-Source-Software*, Rn. 222.

(iii) Änderungsvorbehalte

Einige Lizenzen gestatten es dem Lizenznehmer, zwischen verschiedenen Versionen einer Lizenz zu wählen oder führen zur Ersetzung der Lizenz mit einer neuen, vom Herausgeber der Lizenz („license steward“) überarbeiteten Version der Lizenz.⁹⁴⁵ Sofern der Lizenzgeber sein Werk unter einer bestimmten Version der Lizenz oder „any later version“ anbietet, hat der Lizenznehmer die Wahl zwischen unterschiedlichen Versionen der Lizenz. Darüber hinaus ist es auch möglich anzugeben, dass eine neue Version durch entsprechende Erklärung des Herausgebers der Lizenz anwendbar werden kann. Auch in diesem Fall hat jedoch der Lizenznehmer weiterhin die Wahl zwischen den unterschiedlichen Versionen der Lizenz.⁹⁴⁶

Sofern Lizenzgeber und Aussteller der freien Lizenz identisch sind,⁹⁴⁷ hätte der Lizenzgeber so das Recht, die Bestimmungen des Vertrags einseitig zu ändern, was einen Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB darstellen würde.⁹⁴⁸ Sofern – wie im absoluten Regelfall – die Person, die die Lizenz überarbeitet, nicht mit dem Lizenzgeber identisch ist, handelt es sich um ein Leistungsbestimmungsrecht eines Dritten im Sinne des § 317 BGB.⁹⁴⁹ Die Vereinbarung eines derartigen Leistungsbestimmungsrechts in AGB ist unproblematisch, sofern es sich um eine tatsächlich unabhängige Institution handelt oder die Reichweite der Klausel auf ermessensgerechte Änderungen beschränkt ist.⁹⁵⁰ Da jedoch auch in diesem Fall der Lizenznehmer als Verwendungsgegner weiterhin ein Wahlrecht hat, liegt selbst im Fall ermessensüberschreitender Änderungen des Lizenztextes keine unangemessene Benachteiligung vor.⁹⁵¹ Es stellt sich vielmehr umgekehrt die Frage, ob ein Vertrag, der dem Vertragspartner – hier dem Lizenznehmer – weitreichende Änderungsmöglichkeiten zuweist, überhaupt wirksam vereinbart werden kann.⁹⁵²

Die hinter derartigen Klauseln steckenden Risiken wurden erstmals durch den Lizenzwechsel der Wikipedia von einer GNU Free Document License (GFDL) hin zur CC-Lizenz CC-BY-SA deutlich.⁹⁵³ Die Beiträge der bisherigen Autoren standen zunächst jeweils unter der Version 1.2 der GFDL. Diese enthielt eine Regelung,

945 So etwa Zif. 17 GPLv3 sowie Zif. 3 b. der CC-Lizenzen der Version 4 mit Share-Alike-Klausel.

946 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 63.

947 Die Free Software Foundation als Herausgeberin der GPL ist etwa zugleich in nicht unerheblichem Umfang Inhaberin der Nutzungsrechte an Teilen von GNU/Linux. Die Mozilla Foundation als Herausgeberin der Mozilla Public Licence ist Inhaberin der Nutzungsrechte an verschiedenen Programmen wie Firefox und Thunderbird. Im Bereich der Creative Commons ist dieses Problem hingegen zu vernachlässigen.

948 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 190.

949 *Peukert/König*, in: Metzger (Hrsg.), Free and Open Source Software, S. 201, 211; *Jaeger/Metzger*, GRUR 2008, S. 130, 130.

950 *Peukert/König*, in: Metzger (Hrsg.), Free and Open Source Software, S. 201, 212.

951 *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, Rn. 190; *Spindler* in: Schricker/Loewenheim, vor § 69a UrhG Rn. 36.

952 Dagegen: *Rosenkranz*, Open Contents, S. 102; zumindest zweifelnd *Wielsch*, JIPITEC 2010, S. 96, Rn. 42. Beide Autoren ziehen jedoch keine Konsequenzen aus ihren Zweifeln an der Möglichkeit einer wirksamen Vereinbarung derartiger Verträge.

wonach der Lizenznehmer – hier die Wikimedia Foundation – auch jede spätere Version der Lizenz wählen könne. Da die Wikimedia Foundation sämtliche Rechte lieber der Lizenz CC-BY-SA unterstellen wollte, wurde zunächst seitens der Free Software Foundation als License Steward der GFDL eine neue Version 1.3 der GFDL aufgelegt. Darin war wiederum eine Regelung enthalten, die es Betreibern von „Massive Multiauthor Collaboration Sites“ – gemeint war einzig Wikipedia – erlaubte, zu einer zwar inhaltlich ähnlichen, aber ansonsten vollkommen neuen Lizenz zu wechseln. Die Autoren, die der Wikimedia Foundation ihre Werke ursprünglich unter der Lizenz GFDL v1.2 angeboten hatten, waren nun gegenüber der Wikimedia Foundation an die Lizenz CC-BY-SA gebunden. Dies belegt einerseits, dass solche Klauseln auch zu unterschiedlichen Zwecken „missbraucht“ werden können, andererseits aber auch die praktischen Schwierigkeiten eines derartigen Lizenzsystems, sobald eine größere Anzahl Beteiligter betroffen ist.

Sofern man aus diesen Gründen einen Änderungsvorbehalt des Lizenznehmers für unangemessen hält, kann sich die Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung gleichwohl nicht aus § 307 ff. BGB ergeben – schließlich ist der Lizenzgeber selbst Verwender der AGB. Die Unwirksamkeit könnte sich höchstens aus einer teilweisen Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 i. V. m. § 139 BGB) ergeben. Eine Unwirksamkeit des gesamten Vertrags dürfte hingegen auch von den Lizenzgebern keineswegs gewollt sein. Alternativ ließe sich das Problem darüber lösen, dass der Lizenznehmer in der Wahl seiner Version oder Lizenz nach § 242 BGB eingeschränkt ist. Auch bei der GPL oder den Share-Alike Varianten der CC-Lizenzen sind derartige Probleme in Zukunft nicht auszuschließen.

(iv) Rechterückfall bei Lizenzverstoß

Fraglich ist ferner, ob die Verknüpfung von dinglicher Nutzungsrechtseinräumung und schuldrechtlichen Pflichten über eine Bedingung – eines der Kernelemente vieler freier Lizenzen – eine unzumutbare Benachteiligung des Lizenznehmers oder eine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB darstellen könnte.⁹⁵⁴

Problematisch ist dabei insbesondere der Automatismus, mit dem selbst bei kleinsten Verstößen ein Rechterückfall eintritt.⁹⁵⁵ Damit handelt es sich um eine Abweichung von § 314 Abs. 2 BGB, der grundsätzlich vom Vorrang der Abmahnung bei geringfügigen Rechtsverletzungen im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen ausgeht.⁹⁵⁶ Der Automatismus hat zur Folge, dass jeder minimale Verstoß zu einer Urheberrechtsverletzung führt. In Deutschland führte dies bereits zu einem regen

953 Siehe hierzu ausführlich *Rosenkranz*, Open Contents, S. 105; sowie *Wielsch*, JIPITEC 2010, S. 96, Rn. 36 ff.

954 So etwa *Grützmacher* in: *Wandtke/Bullinger*, § 69c UrhG Rn. 78; *Maaßen*, GRUR Prax. 2013, S. 127, 128.

955 *Koreng*, K&R 2015, S. 99, 100; *Rauer/Ettig*, WRP 2015, S. 153, 156; zur Kritik aus US-amerikanischer Sicht *Loren*, Geo. Mason L. Rev. 2006, S. 271, 308.

956 *Maaßen*, GRUR Prax. 2013, S. 127, 128.

Abmahngeschäft im Bereich der Creative Commons.⁹⁵⁷ Die Einschränkung, dass sämtliche Rechte nur aufschiebend bedingt eingeräumt werden, ist aus dem Text der Lizenz nicht ohne Weiteres ersichtlich. Jedoch ist relativ klar geregelt, dass die eingeräumten Rechte bei einem Verstoß gegen Pflichten der Lizenz „enden“.⁹⁵⁸ Verwirrend ist insoweit lediglich, dass sich diese Einschränkung und die spezifischen Anforderungen an die korrekte Urheberbenennung „nur“ aus dem Lizenztext ergeben, nicht aber aus dem „License Deed“ - einer leicht verständlichen Kurzzusammenfassung der Lizenz. Dort heißt es zur Urheberkennzeichnung lediglich:

„You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use“

Um zu erkennen, was genau unter „*appropriate credit*“ zu verstehen ist, muss der Lizenznehmer jedoch wiederum zunächst den Lizenztext studieren, obwohl ihm die Zusammenfassung suggeriert (und auch dazu gedacht ist), ein Lesen des Lizenztextes für Laien zu ersetzen. Tut er dies nicht und verstößt gegen die Kennzeichnungsvorgaben, ist er nicht Inhaber des Nutzungsrechts. Hinzukommt, dass selbst im Lizenztext einige der Pflichten, gegen die am häufigsten verstoßen wird, relativ offen und ungenau formuliert sind. So hat etwa die Urheberbenennung „in angemessener Art und Weise“ zu erfolgen, ein Link oder die Angabe einer URL zum Original ist anzugeben, soweit es „*reasonably practicable*“ ist.⁹⁵⁹

Auf der anderen Seite ist die Verwendung bedingter Rechtseinräumungen nicht exotisch oder überraschend; im Fall des Eigentumsvorbehalts ist sie alltäglich. Die korrekte Art und Weise der Urheberbenennung ist bewusst relativ offen gehalten, weil sie für eine Vielzahl unterschiedlichster Medien und Darstellungen freier Werke gelten soll. Eine unangemessene Benachteiligung ist darin jedenfalls nicht zu sehen. Schließlich ist die Koppelung von Lizenzpflichten und Nutzungsrechtseinräumung ein bewusst gewähltes wirksames Mittel, um die Durchsetzung der Pflichten aus der Lizenz mit Hilfe der Drohkulisse der §§ 97 ff. UrhG zu ermöglichen, ohne den Lizenznehmer auf der Grundlage der Lizenz auf korrekte Benennung in Anspruch nehmen zu müssen. Der Lizenzgeber möchte nun einmal sein Werk nur unter diesen Bedingungen zur Nutzung freigeben. Wenn er versucht, diese Bedingungen durch eine auflösend bedingte Nutzungsrechtseinräumung zu sichern, liegt darin noch keine unangemessene Benachteiligung.⁹⁶⁰

957 Siehe etwa *Pachali*, Vermehrte Abmahnungen bei Creative-Commons-Fotos (Updates), veröffentlicht auf [iRights.info](https://irights.info) am 19.05.2016, abrufbar unter <https://irights.info/artikel/vermehrte-abmahnungen-bei-creative-commons-fotos/27407> [letzter Abruf 14.02.2019]. Insbesondere manche Fotografen versuchen offenbar auf diesem Wege Einnahmen zu generieren, die sie bei realistischer Betrachtungsweise auf dem freien Markt niemals erhalten hätten.

958 Siehe Zif. 6 a. der CC-Lizenzen der Version 4: *„However, if You fail to comply with this Public License, then Your rights under this Public License terminate automatically.“*

959 Siehe Zif. 3 a. der CC-Lizenzen der Version 4.

960 OLG Köln, Urt. v. 31.10.2014, GRUR 2015, 167, 172; hierzu wiederum kritisch *Rauer/Ettig*, WRP 2015, S. 153, 156.

(v) Unklar und unbestimmt

Verschiedene Regelungen freier Lizenzen werden auch unter dem Gesichtspunkt der Unklarheit und Unbestimmtheit kritisiert. Da ihr Regelungsgehalt nicht klar verständlich sei, würden sie den Lizenznehmer unangemessen benachteiligen bzw. wären nicht wirksam vereinbart worden.

So wird etwa vorgebracht, die Regelung in Zif. 5 Abs. 2 der GPLv3 über die Behandlung gemeinsam vertriebener Werke sei unklar, weil nicht deutlich sei, wann ein Werk ein „abgeleitetes Werk“ des Originals sei.⁹⁶¹ Grundsätzlich gilt im Rahmen der GPL, dass bestimmte Arten von Verbindungen zwischen einem der GPL unterliegenden Programmteil und einem vom Bearbeiter oder Dritten geschaffenen Programmteil als Bearbeitung des der GPL unterliegenden Programmteils angesehen werden. Dies hat den für manchen Nutzer ungewollten (gleichwohl von den Gestaltern der Lizenz bezweckten) Effekt, dass sie eigene Werke gegebenenfalls ebenfalls unter der GPL veröffentlichen müssten, sofern sie eine derartige Verbindung zwischen ihrem Programmteil und dem der GPL unterliegenden Programmteil aufweisen.⁹⁶² Zif. 5 Abs. 2 der GPLv3 dient deshalb lediglich der Klarstellung. Die Klausel regelt, wann bei einer gleichzeitigen Verbreitung mehrerer unterschiedlicher Programmteile ein abgeleitetes Werk und damit eine Bearbeitung vorliegt. Problematisch ist dabei, dass die Regelung, mit der eigentlich eine Vereinfachung der Rechtslage angestrebt worden war, wiederum eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe enthält, etwa „*work based on the program*“, „*compilation*“ und vor allem „*larger program*“.⁹⁶³ Aus diesem Grund wird zum Teil davon ausgegangen, dass diese Regelung mangels Bestimmtheit unwirksam sei.⁹⁶⁴

Es stellt sich daher die Frage, ob die Unbestimmtheit dieser Einschränkung tatsächlich dazu führen könnte, dass der gesamte Regelungskomplex zum Copyleft-Effekt unwirksam sein könnte.⁹⁶⁵ Dem wird entgegengehalten, dass es sich bei den Begriffen nun einmal um technische Begriffe handle, die schlicht nicht genauer umschrieben werden können und deren Bedeutung von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängt.⁹⁶⁶ Allein aus der Tatsache, dass in der Praxis Abgrenzungsprobleme bestehen, könne nicht zwingend gefolgert werden, dass in der Verwendung dieser technischen Begriffe auch eine unangemessene Benachteiligung liege.⁹⁶⁷ Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe führt für sich genommen nicht zur Unangemessenheit einer Klausel. Die Unwirksamkeit dieser klarstellenden, den

961 Bereits zur GPLv2 Spindler (Hrsg.), Rechtsfragen bei Open Source, Teil C Rn. 126; zur GPLv3 Funk/Zeifang, CR 2007, S. 617, 621.

962 Siehe zu dieser Problematik grundlegend Schäfer, Der virale Effekt.

963 Funk/Zeifang, CR 2007, S. 617, 621.

964 Funk/Zeifang, CR 2007, S. 617, 622.

965 Diese Gefahr sehen Funk/Zeifang, CR 2007, S. 617, 622.

966 Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, Rn. 188.

967 Jaeger/Metzger, Open-Source-Software, Rn. 188.

Copyleft-Effekt einschränkenden Regelung würde sich im Ergebnis zudem negativ auf den Lizenznehmer als Verwendungsgegner auswirken.

Es erscheint daher eher zweifelhaft, in der Klausel eine unangemessene Benachteiligung des Lizenznehmers zu sehen. Der Lizenztext bemüht sich so weit wie möglich um Klarheit, wobei er seiner Natur gemäß eine Vielzahl unterschiedlichster Konstellationen abdecken muss, was einen gewissen Abstraktionsgrad erfordert. Vor allem aber handelt es sich bei der Regelung in Zif. 5 Abs. 2 GPLv3 um eine den Lizenznehmer begünstigende Regelung. Trotz aller Unklarheiten und Graubereiche dürfte daher eine unangemessene Benachteiligung des Lizenznehmers durch diese Klausel eher fernliegen. Vor allem aber bietet § 305c Abs. 2 BGB für derartige Abgrenzungsprobleme eine geeignetere Lösung als die Unwirksamkeit der gesamten Klausel: die Auslegung zugunsten des Lizenznehmers im Fall von Unklarheiten.

Auch dem Begriff des „*Non-Commercial*“ in den NC-Varianten der CC-Lizenzen wird ein hohes Maß an Unklarheit vorgeworfen.⁹⁶⁸ Seine Auslegung war in Deutschland bereits Gegenstand eines Verfahrens vor dem OLG Düsseldorf.⁹⁶⁹ Auch hier sind Abgrenzungsprobleme nicht zu leugnen.⁹⁷⁰ Es erscheint hier aber ebenfalls wieder zweifelhaft, ob die Regelung deshalb eine unangemessene Benachteiligung des Lizenznehmers darstellt und ob nicht die Anwendung der Zweifelsregel des § 305c Abs. 2 BGB zu einem angemesseneren Ergebnis führt als die Unwirksamkeit der Regelung. Im Ergebnis führen etwaige Unklarheiten und Abgrenzungsschwierigkeiten somit nicht zur Unwirksamkeit einzelner Klauseln oder Regelungskomplexe freier Lizenzen.

c) Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen §§ 307 ff. BGB

Bei all diesen Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten ist daran zu erinnern, dass der Lizenznehmer ohne den Abschluss des Vertrags noch weitaus schlechter dastünde – es stünden ihm nämlich überhaupt keine Nutzungsrechte zu.⁹⁷¹ Die Wertungen des AGB-Rechts sind somit nicht ohne Weiteres auf freie Lizenzen übertragbar. Schließlich kann z. B. aus der Unklarheit der Beschränkung auf nicht-kommerzielle Nutzungen bei unterstellter Unwirksamkeit keineswegs der Schluss gezogen werden, auch kommerzielle Nutzungen wären nun gestattet. Dies widerspräche eindeutig dem Willen des Lizenzgebers. Er hätte einen derartigen Vertrag nie abgeschlossen, ein Festhalten an einem solchen Vertrag wäre eine unbillige Härte im Sinne des § 306 Abs. 3 BGB.

Jedoch ließe sich auch umgekehrt argumentieren, dass es dem Lizenzgeber als Verwender obliege, die Wirksamkeit der von ihm verwendeten AGB vorab zu prüfen

968 Rosenkranz, Open Contents, S. 87; Kreuzer, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 107, 126; Jaeger/Mantz, MMR 2014, S. 480, 482.

969 OLG Köln, Urt. v. 31.10.2014, GRUR 2015, 167.

970 Siehe hierzu ausführlicher nachstehend unter Kap. 4 A. V. 4.

971 Rosenkranz, Open Contents, S. 89.

und keine unwirksamen AGB zu verwenden.⁹⁷² Das Risiko der Unwirksamkeit einseitig dem Verwender aufzuerlegen, erscheint im System der freien Lizenzen jedoch weder angemessen noch zielführend. Eine Unwirksamkeit der Lizenz aufgrund unklarer Regeln hilft im Ergebnis weder dem Lizenzgeber noch dem Lizenznehmer oder der Allgemeinheit. Der Verwender kann nicht ohne weiteres alternative Klauseln wählen, da er sonst das gesamte System freier Lizenzen gefährden würde. Es ist auch nicht erkennbar, welche alternativen Regelungen im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung (mit Ausnahme von Haftungs- und Gewährleistungsverzicht) an die Stelle möglicherweise unwirksamer Regelungen treten sollten. Klauseln, welche die Hauptleistungspflicht regeln, sind nach § 307 Abs. 2 S. 1 BGB aus gutem Grunde grundsätzlich von einer Überprüfung nach den §§ 307 ff. BGB ausgeschlossen.

Dies lässt im Ergebnis nur den Schluss zu, dass zwar einzelne Regelungen aus Sicht des AGB-Rechts möglicherweise problematisch sind, eine Unwirksamkeit der Regelung jedoch in vielen Fällen zu einer Gesamtunwirksamkeit der Lizenz führen würde, weil dem Lizenzgeber das Festhalten an der Lizenz andernfalls nicht zumutbar wäre (§ 306 Abs. 3 BGB). Diese Folgerwägungen sind bei der Bewertung der Unangemessenheit der problematischen Regelungen zwingend mit einzubeziehen. Im Ergebnis spricht somit einiges dafür, dass mit Ausnahme der Haftungs- und Gewährleistungsausschlüsse alle sonstigen Regelungen wirksam sind.

d) Zwischenergebnis

Es bestehen nicht von der Hand zu weisende Risiken im Zusammenhang mit der Einbeziehung der Texte freier Lizenzen in die jeweiligen Lizenzverträge. Diese dürften sich in der Praxis jedoch kaum auswirken. Würde sich ein Rechtsverletzer in einem Verletzungsprozess auf die fehlende Einbeziehung der AGB stützen, könnte ihm der Vorwand widersprüchlichen Verhaltens entgegengehalten werden, da er einerseits Rechte aus der Lizenz in Anspruch genommen hat, andererseits aber nicht an die damit korrespondierenden Pflichten gebunden sein will.

Zudem werden gegen verschiedene Regelungskomplexe der GPL und CC-Lizenzen AGB-rechtliche Einwände vorgebracht. Die weitgehende Haftungs- und Gewährleistungsfreistellung in den Lizenzverträgen ist unwirksam. An ihre Stelle treten die §§ 523, 524 BGB, so dass eine Haftung des Lizenzgebers nur im Fall des arglistigen Verschweigens in Betracht kommt. Zwar erscheinen auf den ersten Blick auch einige andere Regelungen nicht unbedenklich. Ihre Unwirksamkeit wird im Regelfall aber zur Gesamtunwirksamkeit der Lizenz führen, so dass der Lizenznehmer durch die Unwirksamkeit einer solchen Regelung nur noch stärker benachteiligt würde als durch die Regelung selbst. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass diese Regelungen noch angemessen sind.

⁹⁷² In diesem Sinne die überspitzte Kritik von *Hoeren*, CR 2004, S. 778.

V. Inhaltliche Probleme und Unklarheiten

Selbst wenn man die Probleme außen vor lässt, die sich gerade aufgrund der privatrechtlichen Natur freier Lizenzen ergeben (Vertragsschluss, anwendbares Recht, AGB-Recht), führen freie Lizenzen noch zu einigen weiteren Problemen. Dies betrifft neben der Rechtssicherheit vor allem die Folgen von Copyleft bzw. Share-Alike Klauseln, die Abgrenzung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Nutzung und das Fehlen eines Feedback-Mechanismus.

1. Haftungsrisiken und Rechtssicherheit

Bei Verwendung freier Lizenzen bzw. der Nutzung frei lizenzierter Werke existiert eine Reihe von Risiken infolge unzureichender Rechtssicherheit. So kann die fehlende Zusicherung des Lizenzgebers, auch Inhaber der eingeräumten Rechte zu sein, zu Problemen führen. Findet jemand ein Werk, das unter einer freien Lizenz verbreitet wird, kann er oftmals nicht rechtssicher erkennen, ob die Bezeichnung eines Werks als frei lizenziert auch aussagt, dass der tatsächlich Berechtigte diese Entscheidung getroffen hat.⁹⁷³ Bei Werken, die von einer Vielzahl von Urhebern in gemeinsamem Zusammenwirken geschaffen worden sind, ist ein derartiger Nachweis häufig bereits rein faktisch nicht möglich.

Problematisch ist die Frage der Rechtsinhaberschaft auch im Zusammenhang mit Wahrnehmungsverträgen, die eine ausschließliche Rechtseinräumung an einen Verwerter oder eine Verwertungsgesellschaft vorsehen. Hat ein Urheber einen entsprechenden Vertrag geschlossen, der das konkrete Werk umfasst, kann er sein Werk nicht mehr frei lizenzieren.⁹⁷⁴ Tut er es dennoch, kann er die versprochenen Nutzungsrechte nicht einräumen. Sofern man davon ausgeht, dass die Gewährleistungsausschlüsse unwirksam sind,⁹⁷⁵ stellt sich dann die Frage, ob der Urheber in einem solchen Fall den Rechtsmangel bereits arglistig im Sinne des § 523 BGB verschweigt und deshalb im Fall einer etwaigen Inanspruchnahme durch den tatsächlichen Rechtsinhaber auf Freistellung haften würde.⁹⁷⁶ Umgekehrt schafft dies vor allem in Bereichen mit häufig vorzufindender Exklusivlizenzierung (wie dem Musikbereich) ein gewisses Risiko für den Lizenznehmer, vom Inhaber der ausschließlichen Nutzungsrechte in Anspruch genommen zu werden.

Ein weiteres Problem, das die Rechtssicherheit bei der Verwendung freier Lizenzen beeinträchtigt, ist ihr Verhältnis zu sonstigen Rechten wie dem Marken- oder all-

⁹⁷³ *Rauer/Ettig*, WRP 2015, S. 153, 155.

⁹⁷⁴ Siehe hierzu ausführlich und zu einer - im Ergebnis abgelehnten - analogen Anwendung des § 33 UrhG auf diese Konstellation *Mantz*, in: Spindler (Hrsg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen*, S. 55.

⁹⁷⁵ Siehe hierzu vorstehend unter Kap. 4 A. IV. 2 b) (ii).

⁹⁷⁶ *Rosenkranz*, *Open Contents*, S. 98, scheint davon auszugehen, dass in solchen Fällen regelmäßig Arglist vorliegt. Eine tatsächliche Inanspruchnahme des Lizenzgebers würde nur aufgrund der häufigen Anonymität nicht drohen. Hiergegen spricht, dass die Lizenzen ja oftmals als Werbemittel für den eigenen Namen eingesetzt werden und zudem die Namensnennung (und sei es als Pseudonym) wesentlicher Bestandteil der Lizenzpflichten ist.

gemeinen Persönlichkeitsrecht. Die Lizenz regelt nur urheberrechtliche Nutzungsrechte. Ob die Personen, die auf einem Bild abgebildet sind, in eine Veröffentlichung oder Verwendung des Bildes eingewilligt haben oder sonstige Tatbestände eine Nutzung gestatten, weiß der Lizenznehmer im Regelfall nicht. Dies kann zu Auseinandersetzungen zwischen den abgebildeten Personen und dem Lizenznehmer führen.⁹⁷⁷ Gleichwohl dürfte insbesondere bei Laien aufgrund der oftmals ungenauen Anpreisung dieser Lizenzen ein entsprechendes Verständnis fehlen. Sie gehen vielmehr davon aus, dass sie sich nur an die Lizenz halten müssen – schließlich ist das Werk ja „frei“ verwendbar. Das Bestehen weiterer, bei der Verwendung zu berücksichtigender Rechte ist jedoch letztlich kein Spezifikum freier Lizenzen. Selbst wenn die konkrete Verwendung eines Werks auf Grundlage gesetzlicher Schranken gestattet wäre, müssten die Persönlichkeitsrechte von Betroffenen gewahrt werden. Das Problem liegt somit eher darin, dass ein Werk, das frei lizenziert ist, nicht „einfach so“ verwendet werden darf, sondern oftmals auch weitere rechtliche Fragen beachtet werden müssen.

Ähnliches gilt für das Markenrecht. Dort kam es in der Vergangenheit insbesondere bei Nutzung frei lizenzierter Software zu Streitigkeiten. Durch eine freie Lizenzierung, etwa mittels der GPL, werden keine Nutzungsrechte an etwaigen für die Software bestehenden Markenrechten eingeräumt. Dies führt dazu, dass die Bearbeitung eines markenrechtlich geschützten, unter der GPL lizenzierten Programms nicht ohne Weiteres unter dem Namen des ursprünglichen Programms vertrieben und vermarktet werden darf.⁹⁷⁸ Ein Bearbeiter eines solchen Werks muss daher bei der Weiterverbreitung des Werks nicht nur den Bedingungen der GPL genügen, sondern darüber hinaus auch prüfen, ob der Werkstitel möglicherweise markenrechtlich geschützt ist, und gegebenenfalls prüfen, ob seine Verwendung des Titels eine markenmäßige Nutzung darstellt. Nach der Rechtsprechung ist etwa die Verwendung des geschützten Namens des Originals als bloßer Werkstitel zulässig, solange nur geringfügige Änderungen vorgenommen worden sind, weil die Bezeichnung dabei nur zur Identifizierung des Werks dient und keine Markenfunktion ausgeübt wird.⁹⁷⁹ Vergleichbares dürfte für die geschäftsmäßige Verwendung von Abbildungen fremder Marken in frei lizenzierten Werken gelten. Über das Markenrecht ist dem Lizenzgeber somit noch eine gewisse Kontrolle der Verwendung des Werks möglich, obwohl er bezüglich seiner Urheberrechte einer relativ freizügigen Verbreitung zugestimmt hat. Dies birgt für Lizenznehmer eine gewisse Gefahr, sofern sie sich dieses Risikos nicht bewusst sind.

977 Siehe hierzu etwa den bei *Mantz*, GRUR Int. 2008, S. 20, 23 f., geschilderten Rechtsstreit. Dort hatte ein Fotograf Bilder von Schülern unter einer CC-Lizenz veröffentlicht, welche Virgin Mobile für eine Werbekampagne verwendete und dafür schließlich von einer abgebildeten Person in Anspruch genommen wurde.

978 OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.09.2010, GRUR-RR 2010, 467; Urt. v. 24.04.2012, CR 2012, 434; siehe auch *Marly*, GRUR-RR 2010, S. 457.

979 OLG Düsseldorf, Urt. v. 24.04.2012, CR 2012, 434, Tz. 20; *Engelhardt/Jaeger* in: International F/OSS Law Book, S. 149 f. *Jaeger/Metzger*, Open-Source-Software, S. 249 ff.

Ein weiteres, bisher nur wenig beachtetes Problem stellt sich im Zusammenhang mit im Internet veröffentlichten frei lizenzierten Inhalten. Oftmals erfolgt deren Veröffentlichung über soziale Medien, Plattformen oder die eigene Website des Urhebers. Das Wissen, dass ein Werk tatsächlich unter einer freien Lizenz veröffentlicht worden ist, folgt dabei allein aus der entsprechenden Angabe durch den Lizenzgeber. Es ist ihm ein Leichtes, einen einmal verwendeten Hinweis auf eine freie Lizenzierung wieder zu entfernen. Dies macht es für Lizenznehmer, die zuvor bereits ein Werkexemplar heruntergeladen und einen entsprechenden Lizenzvertrag abgeschlossen haben, im Streitfall sehr schwierig nachzuweisen, dass das Werk tatsächlich unter einer freien Lizenz veröffentlicht worden ist. Ein Nutzer müsste eigentlich stets bei der Nutzung eines frei lizenzierten Werks zugleich auch die entsprechenden Nachweise für diese Lizenzierung sichern. Dies widerspricht freilich dem hinter diesen Lizenzen stehenden Gedanken der einfachen Nutzbarkeit, dürfte sich aber insbesondere für gewerbliche Anwendungen dringend empfehlen.

Ein weiteres Problem besteht darin, dass minderjährige Urheber zwar Inhaber von Urheberrechten werden, eine Nutzungsrechtseinräumung jedoch nur mit Zustimmung ihrer Eltern vornehmen können.⁹⁸⁰ Ein Lizenznehmer weiß ohne direkte Nachfrage beim Lizenzgeber jedoch nicht, ob es sich bei dem Lizenzgeber um einen Minderjährigen handelt. Gerade bei der Nutzung von in sozialen Medien und Plattformen verbreiteten Werken ist die Wahrscheinlichkeit, an einen minderjährigen Lizenzgeber zu geraten, relativ hoch. Es ist jedoch gerade im Internet oftmals überhaupt nicht erkennbar, ob eine handelnde Person minderjährig ist oder nicht. Ein Lizenznehmer müsste somit eigentlich stets zunächst überprüfen, ob der Lizenzgeber überhaupt voll geschäftsfähig ist – praktisch schwer vorstellbar. Auch insoweit besteht somit ein gewisses Risiko bei Verwendung frei lizenzierter Werke.

Diese Rechtsunsicherheiten bei Verwendung freier Lizenzen halten zahlreiche potentielle Interessenten von der Verwendung frei lizenzierter Werke ab. Immer wieder wird selbst von Personen, die der Idee aufgeschlossen gegenüberstehen, aufgrund der Risiken von einer Nutzung abgeraten. Auch wenn freie Lizenzen eigentlich die Verbreitung und Nutzung der Werke vereinfachen sollen, müsste in der Praxis eigentlich zunächst jeweils der tatsächlich Berechtigte ermittelt und bezüglich seiner Rechtsinhaberschaft Nachforschungen angestellt werden. Dies birgt ein großes Potential künftiger Rechtsstreitigkeiten, da derartige Überprüfungen in aller Regel nicht stattfinden (können) und führt dazu, dass freie Lizenzen weniger genutzt werden als eigentlich möglich.⁹⁸¹

980 Auch Minderjährige können Urheber sein, siehe *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 7 UrhG, Rn. 3; für Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit den Urheberrechten benötigen sie eine Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter, siehe *Thum* in: Wandtke/Bullinger, § 7 UrhG Rn. 5.

981 *Goss*, Chi.-Kent L. Rev. 2007, S. 963, 982 f.; *Loren*, Geo. Mason L. Rev. 2006, S. 271, 276.

2. Fehlender Feedback-Mechanismus

Eine institutionelle Schwäche des Konzepts freier Lizenzen ist ferner das Fehlen eines gezielten Feedback-Mechanismus. Wie im Zusammenhang mit den Beweggründen für die Verwendung freier Lizenzen ausgeführt, ist die Wirkung des eigenen Werks auf Andere bzw. das Wissen, dass das eigene Werk für einen sinnvollen Zweck genutzt wird oder jemandem gefällt, ein wichtiger Motivator für die Veröffentlichung und Verbreitung eigener Werke.⁹⁸² Werke werden gerade deswegen geteilt, weil die Urheber hören möchten, dass es jemandem gefällt oder jemandem dadurch geholfen werden konnte. Wer Gutes tut, möchte auch sehen, was er bewirkt. Nur so kann das Teilen dazu führen, das Selbstwertgefühl zu stärken.

Freie Lizenzen berücksichtigen jedoch nicht, dass viele Urheber gerne wissen würden, ob und wie ihre Werke tatsächlich genutzt werden. Der Vertragsschluss erfolgt, ohne dass der Lizenzgeber von den Einzelheiten der Nutzung erfährt. Seine einzige Möglichkeit, das Ausmaß seiner „guten Tat“ zu erfahren, besteht in intensiver Recherche nach dem eigenen Namen. Die Lizenzen sind somit zwar auf ein gemeinschaftliches Element hin ausgerichtet, erzwingen dieses jedoch nicht. Zum Teil ziehen sie ihren Vorteil gerade daraus, dass keine unmittelbare Kommunikation mit dem Lizenzgeber nötig ist.⁹⁸³ Diese Gestaltung ist somit zwar ökonomisch effizienter, bleibt dadurch aber hinter den psychologischen Möglichkeiten, Menschen zur Verwendung freier Lizenzen zu bewegen, zurück.

3. Copyleft- bzw. Share-Alike Klauseln

Zu einem weiteren Problem führen die in vielen Lizenzen wie etwa der GPL und auch den Share-Alike-Varianten der CC-Lizenzen verwendeten Copyleft-Klauseln. Das Ziel hinter diesen Klauseln ist es, dem Lizenznehmer zwar einerseits die Freiheit einzuräumen, das Werk zu bearbeiten, ihn andererseits aber daran zu hindern, das bearbeitete Werk – das auf dem frei lizenzierten Werk beruht – in klassisch proprietärer Art und Weise zu vermarkten.⁹⁸⁴ Zugleich soll so ein Anreiz geschaffen werden, Werke unter der jeweiligen freien Lizenz zu veröffentlichen.⁹⁸⁵ Dem Lizenznehmer wird die Wahl gegeben, die für eine Veröffentlichung der Bearbeitung nötigen Rechte entweder individuell vom Rechtsinhaber zu erwerben oder seine Bearbeitung seinerseits unter die vom Ersturheber gewählte freie Lizenz zu stellen. Dieser Effekt wird – neben den generellen Vorteilen eines kollaborativen Entwicklungsmodells – häufig als einer der wesentlichen Faktoren für den Erfolg von OSS angesehen. Er konnte lange Zeit verhindern, dass große Technologiefirmen die

982 Siehe hierzu vorstehend Kap. 3 B. III.

983 Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen zur Senkung von Transaktionskosten unter Kap. 3 A. II.

984 *Satchwell*, Berkeley Tech. L.J. 2005, S. 1757, 1780.

985 Der Erfolg eines derartigen Modells zur Steuerung freiwilliger Entscheidungen konnte dabei auch experimentell nachgewiesen werden, siehe *Leider u. a.*, NBER Working Paper Series Nr. 13135, 2007.

von anderen erbrachte Arbeit einseitig ausnutzen konnten und führte auch im Verhältnis der Unternehmen untereinander zu einem wesentlich stärkeren Austausch von Software-Code, da sie so auch selbst wiederum von den Weiterentwicklungen Dritter profitieren konnten.⁹⁸⁶ Im Fall der CC-Lizenzen dient der Effekt ebenfalls vor allem der Verhinderung eines einseitigen wirtschaftlichen Ausnutzens des frei lizenzierten Werks. Auf diesem Wege wird die Einnahmenerzielung mit fremden Werken nicht unmöglich gemacht, jedoch garantiert, dass auch Weiterentwicklungen des Werks weiterhin allen Interessenten zur Verfügung stehen. Diese innovativen Klauseln verfolgen somit grundsätzlich einen aus Sicht der Verwender der Lizenzen sinnvollen Zweck.

Nicht berücksichtigt wurde beim Entwurf dieser Lizenzen aber eine aus dem Copyleft-Effekt resultierende Problematik, die teilweise als größtes Hindernis einer noch weiteren Verbreitung freier Lizenzen angesehen wird.⁹⁸⁷ Grundsätzlich verlangen die dem Copyleft-Effekt zugrundeliegenden Klauseln, dass eine Bearbeitung nur unter derselben Lizenz wie das Original veröffentlicht werden kann. Im Fall der CC-Lizenzen muss die Lizenz, unter der das bearbeitete Werk verbreitet wird, eine CC-Lizenz mit denselben Modulen sein, wobei auch eine spätere Version der Lizenz mit denselben Modulen verwendet werden kann.⁹⁸⁸ Die GPLv3 verlangt nach Zif. 5 Abs. 1 lit. b) grundsätzlich eine Veröffentlichung ebenfalls unter der GPLv3.⁹⁸⁹

Diese Regelungen führen dazu, dass Werke, die unter einer bestimmten Lizenz veröffentlicht worden sind, nur schwer mit anderen Werken kombiniert werden können, die unter einer anderen freien Lizenz veröffentlicht worden sind.⁹⁹⁰ Dadurch wird das Ziel, eine möglichst weite und einfache Nutzung zu ermöglichen, torpediert.⁹⁹¹ Will ein Nutzer verschiedene Werke mit Copyleft-Klausel zu einem gemeinsamen Werk verbinden (z. B. im Rahmen eines Remix, Buchs o. eines Programms), kann er dies nur, wenn alle Werke kompatiblen Lizenzen unterliegen. In der Zwischenzeit dürfte es jedoch hunderte verschiedener Varianten freier Lizenzen geben. Viele dieser Lizenzen haben wieder ähnliche Klauseln. Dies führt dazu, dass letzten Endes immer wieder verschiedene Werke nicht miteinander verarbeitet

986 Jaeger/Metzger, GRUR 2008, S. 130, 130; Teupen, „Copyleft“ im deutschen Urheberrecht, S. 46.

987 So etwa Spindler/Zimbehl, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 51; Bitton, TIPLJ 2011, S. 65, 82.

988 Siehe Zif. 3 b. der CC-Lizenzen Version 4 mit Share-Alike-Klausel: „[...] if You Share Adapted Material You produce, the following conditions also apply [...] The Adapter's License You apply must be a Creative Commons license with the same License Elements, this version or later, or a BY-SA Compatible License“.

989 Dort heißt es: „You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program [...] provided that you also meet all of these conditions: [...] The work must carry prominent notices stating that it is released under this License [...]“.

990 Siehe Kreuzer, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 107, 130 f. für ein ausführliches, illustrierendes Beispiel; ferner Bitton, TIPLJ 2011, S. 65, 86; Katz, Idea 2005, S. 391, 401.

991 Katz, Idea 2005, S. 391, 409.

werden können, weil die Werke unter unterschiedlichen Lizenzen veröffentlicht worden sind.⁹⁹²

Nachdem dieses Problem erkannt worden war, wurde versucht, mittels Öffnungs- und Kompatibilitätsklauseln ein größeres Maß an gegenseitiger Nutzbarkeit zu erreichen. So erlaubt etwa Zif. 3 b. der CC-Lizenzen der Version 4 auch die Verwendung einer „kompatiblen“ Lizenz. Hierfür pflegt die Organisation hinter Creative Commons eine im Internet abrufbare Kompatibilitätsliste.⁹⁹³ So kann etwa Material, das unter der Lizenz CC-BY-SA 4.0 veröffentlicht wurde, auch unter der Free Art License Version 1.3 oder unter der GPLv3 weiterverbreitet werden – jedoch nicht umgekehrt. Die GPLv3 enthält in Zif. 13 eine echte Öffnungsklausel zur Nutzung der Affero GPL. Zudem gestattet sie es dem Bearbeiter nach Zif. 7, bestimmte weitergehende Verpflichtungen aufzunehmen oder spätere Bearbeiter hiervon befreien. Dadurch wurde unter anderem eine Kompatibilität zur praktisch wichtigen Apache License Version 2.0 erreicht.⁹⁹⁴

Diese Versuche können jedoch bisher nicht verhindern, dass das Problem der Lizenzinkompatibilität in vielen Fällen weiterbesteht. Nicht gerade förderlich sind dabei auch Institutionen oder Firmen, die ihre Werke zwar unter einer freien Lizenz veröffentlichen, dabei aber auf einen selbst entwickelten Lizenztext zurückgreifen, der mit keiner anderen Lizenz kompatibel ist.⁹⁹⁵ Ein weiteres großes Problem sind CC-Lizenzen mit und ohne NC-Klausel. Ein Werk, das unter der Lizenz CC-NC-SA lizenziert ist, kann nie gemeinsam mit einem Werk verarbeitet werden, das unter der Lizenz CC-BY-SA lizenziert ist. Das führt dazu, dass selbst große Teile der innerhalb einer Lizenzfamilie veröffentlichten Werke untereinander nicht kompatibel sind – ein gravierender Designfehler.⁹⁹⁶ Es ist bisher nicht absehbar, wie dieses Problem dauerhaft befriedigend gelöst werden kann. Schließlich haben die jeweiligen Urheber zunächst aus einem bestimmten Grund eine bestimmte Lizenz gewählt – eine durchgängige Kompatibilität ist daher von den Lizenzgebern oftmals überhaupt nicht gewünscht.⁹⁹⁷ Kompatibilität mit einer „freieren“ Lizenz, die mehr Nutzungen gestatten würde, als der Urheber freigegeben hat, widerspricht der Entscheidung des Urhebers. Eine Lösung für das Problem dürfte daher allein die Schaffung bestimmter Standards sein.⁹⁹⁸ Auch wenn der Copyleft-Effekt somit grundsätzlich

992 *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 132.

993 Abrufbar unter <https://creativecommons.org/share-your-work/licensing-considerations/compatible-licenses/> [letzter Abruf 14.02.2019].

994 *Jaeger/Metzger*, GRUR 2008, S. 130, 132.

995 *Metzger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, S. 115, 119.

996 *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 132.

997 *Gehring*, in: Djordjevic/Gehring/Grasmuck/Kreutzer/Spielkamp (Hrsg.), *Urheberrecht im Alltag*, S. 223, 229.

998 *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 134.

in der Lage ist, die nötigen Anreize für eine freie Veröffentlichung zu erzeugen, hemmt er zugleich wiederum die Verwendung freier Lizenzen.⁹⁹⁹

4. Non-Commercial-Klausel

Durch die Beschränkung der Nutzung auf nicht-kommerzielle Zwecke soll bei einigen Lizenzen der CC-Familie verhindert werden, dass Lizenznehmer das Werk verwenden, um damit ihrerseits Geld zu verdienen. Problematisch ist dabei aber einerseits, dass die exakte Abgrenzung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Nutzung seit vielen Jahren große Probleme bereitet. Dies schreckte insbesondere in den Grenzbereichen dieser Abgrenzung viele potentielle Lizenznehmer und -geber ab. Zudem führt die Verwendung dieser Lizenz regelmäßig zu einer weit stärker eingeschränkten Nutzbarkeit, als dies vom Lizenzgeber eigentlich beabsichtigt war und führt im Ergebnis dazu, dass derartig lizenzierte Werke weniger genutzt werden können. Die strittige Regelung schränkt die eingeräumten Nutzungsrechte dabei auf „*non-commercial purposes only*“ ein. Der Begriff ist in den CC-Lizenzen der Version 4 definiert als:

„[...] means not primarily intended for or directed towards commercial advantage or monetary compensation. [...]“

Mit dieser Klausel beschäftigten sich das LG und das OLG Köln kürzlich relativ ausführlich.¹⁰⁰⁰ Dabei ging es um die Frage, inwiefern die Verwendung eines unter einer derartigen Lizenz veröffentlichten Bilds durch das Deutschlandradio im Rahmen eines Artikels auf der werbefreien Homepage des Deutschlandradios eine nicht-kommerzielle Nutzung im Sinne der Lizenz darstellt. Während das LG Köln davon ausging, dass nur rein private Nutzung „nicht-kommerziell“ sei,¹⁰⁰¹ stufte das OLG Köln die Nutzung auf Basis der Zweifelsregelung in § 305c Abs. 2 BGB als zulässig ein.¹⁰⁰² Dies veranschaulicht, wie schwierig eine rechtssichere Prognose über die rechtliche Zulässigkeit bestimmter Handlungen im Umfeld freier Lizenzen sein kann. Nach dem Wortlaut der Definition kommt es nicht auf die Person des Lizenznehmers an, sondern darauf, welche Zwecke mit der konkreten Nutzung verfolgt werden. Erfasst sind ferner nur Handlungen, die vordergründig auf geschäftliche Vorteile oder geldwerte Kompensation hin ausgerichtet sind. Bereits dies hätte ausgereicht um zu erkennen, dass eine im öffentlichen Auftrag handelnde Institution, die sich ausschließlich über Gebühren finanziert, nicht kommerziell handelt, wenn sie ein Bild im Rahmen der Berichterstattung gemäß ihres öffentlich-rechtlichen Auftrags verwendet.¹⁰⁰³

Ein potentieller Lizenznehmer steht somit vor der schwierigen Aufgabe, zu beurteilen, ob seine konkret beabsichtigte Verwendung nun vordergründig kommerziell ist

999 *Satchwell*, Berkeley Tech. L.J. 2005, S. 1757, 1787.

1000OLG Köln, Urt. v. 31.10.2014, GRUR 2015, 167; LG Köln, Urt. v. 05.03.2014, CR 2014, 677.

1001LG Köln, Urt. v. 05.03.2014, CR 2014, 677, Tz. 42.

1002OLG Köln, Urt. v. 31.10.2014, GRUR 2015, 167, Tz. 71 ff.

1003*Koreng*, K&R 2015, S. 99, 101.

oder nicht.¹⁰⁰⁴ Ob das Werk am Ende tatsächlich verwendet wird, dürfte dabei weniger vom Ergebnis dieser Prüfung als vielmehr von Risikofreude, Problembewusstsein oder dem Vertrauen, nicht belangt zu werden, bestimmt werden. Umgekehrt muss auch der Lizenzgeber einschätzen können, ob er nun kommerzielle Nutzung ausschließen möchte oder nicht – wobei er eine einmal getroffene Entscheidung nicht mehr (einschränkend) korrigieren kann.¹⁰⁰⁵ Deshalb dürfte ein nicht unwesentlicher Teil von Urhebern „zur Sicherheit“ im Zweifelsfall lediglich eine Veröffentlichung unter einer Non-Commercial Variante wählen.¹⁰⁰⁶ Die Verwendung dieser Lizenzvarianten hat jedoch unter Umständen gravierende Nachteile, derer sich die Lizenzgeber im Moment der Veröffentlichung nicht bewusst sind.¹⁰⁰⁷

Zunächst führt die Verwendung dieses Lizenzmoduls dazu, dass das Werk mit nahezu keiner anderen freien Lizenz kompatibel ist. Eine Verbindung mit anderen Werken ist nur möglich, wenn diese ebenfalls unter einer Non-Commercial Lizenz vertrieben werden. Diese Art der Nutzungsbeschränkung, obwohl eines der erfolgreichsten Module der CC-Lizenzen, findet sich so nur bei wenigen anderen Lizenzarten. Die meisten anderen freien Lizenzen arbeiten ausschließlich mit dem bereits vorgestellten Copyleft-Effekt, um eine einseitige kommerzielle Ausnutzung der eigenen Leistung zu erschweren.¹⁰⁰⁸ Hinzu kommt, dass es sich um eine Einschränkung des grundsätzlich diskriminierungsfreien Ansatzes freier Lizenzen handelt, weshalb die Lizenz auch von vielen Netzgemeinschaften aus ideologischen Gründen abgelehnt wird.¹⁰⁰⁹ Zudem werden so oftmals Nutzungen verhindert, deren Verhinderung vom Lizenzgeber überhaupt nicht beabsichtigt war. Dies gilt etwa für typische private Webseiten mit Werbeeinblendungen, gemeinnützige Organisationen, öffentlich-rechtliche Institutionen, wissenschaftliche Organisationen etc. Zwar mag bei vielen dieser potentiellen Lizenznehmer die Einordnung einzelfallabhängig sein, jedoch werden viele von ihnen für ein Mehr an Rechtssicherheit schlicht auf die Verwendung von Werken unter einer Non-Commercial Lizenz verzichten.¹⁰¹⁰ Dies schließt naturgemäß nicht aus, dass es Lizenzgeber gibt, die exakt solche Nutzungen auch nicht ermöglichen wollen. Sie dürften jedoch eher nicht die Regel darstellen.

Hinzu kommt, dass die Verwendung dieser Lizenzvariante eine Einnahmenerzielung für den Urheber eher erschwert als die Verwendung einer Share-Alike-Klau-

1004 *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 126.

1005 *Corbett*, *MLR* 2011, S. 503, 520; *Möller*, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch* 2006, S. 271, 272.

1006 Was wiederum zum Teil nicht rational begründet ist, sondern mit psychologischen Effekten erklärt werden kann, siehe hierzu vorstehend unter Kap. 4 A. II. 1.

1007 Auch die maßgebende Persönlichkeit hinter der Entwicklung der CC-Lizenzen, Lawrence Lessig, sieht diese Lizenzvarianten daher inzwischen durchaus kritischer als noch zu anfangs. Zitiert nach *Gehring*, in: Djordjevic/Gehring/Grasmuck/Kreutzer/Spielkamp (Hrsg.), *Urheberrecht im Alltag*, S. 223, 229.

1008 *Möller*, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch* 2006, S. 271, 273.

1009 *Möller*, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch* 2006, S. 271, 274.

1010 *Möller*, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch* 2006, S. 271, 277.

sel. Denn während die Verwendung einer Non-Commercial Variante sämtliche gewerblichen Nutzer und Interessenten (also diejenigen, die möglicherweise (mittelbar) Geld einbringen könnten) von vornherein ausschließt, gestattet eine Share-Alike Lizenz auch wirtschaftlich tätigen Unternehmen die Verwendung des Werks, solange sie nur das darauf aufbauende Werk wiederum entsprechend frei lizenzieren. Die kommerzielle Nutzung des eigenen Werks durch Dritte kann daher auch positive Wirkungen haben – welche die Nutzung dieses Lizenzmoduls jedoch von vornherein ausschließt.¹⁰¹¹

B. Nachteile geduldeter Nutzung

Die Grenzen privater Selbstregulierung zeigen sich nicht nur bei Verwendung freier Lizenzen, sondern vor allem auch bei geduldeter Nutzung, wenngleich in anderer Form. Die verschiedenen Arten der geduldeten Nutzung eines Werks führen zu einer Reihe von Folgeproblemen, die daran zweifeln lassen, ob Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern tatsächlich, wie in Art. 17 des Vorschlags für eine neue Urheberrechtsrichtlinie vorgesehen,¹⁰¹² ein taugliches Mittel der Urheberrechtsregulierung im Internet sind.

I. Verhältnis zum urheberrechtlichen Interessenausgleich

Ein großer Nachteil der geduldeten Nutzung, vor allem in Verbindung mit einer freiwilligen Vereinbarung zwischen Plattformbetreiber und Verwerter, ist die Möglichkeit einer einseitigen Beeinflussung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs durch Verwerter. Die gezielte Duldung von Rechtsverletzungen führt dazu, dass die Möglichkeiten von Verwertern, auf kulturelle, kreative und kommunikative Prozesse einzuwirken, nochmals verstärkt werden. Zudem wird durch die wachsende Etablierung und Förderung solch informeller Prozesse zugleich eine echte politische Debatte über eine angemessene Lösung der Folgen massenhafter Nutzerkreativität verhindert.

1. Stärkung der Stellung von Rechtsinhabern und Plattformanbietern

Indem sich ein Rechtsinhaber – ob mit oder ohne gesonderte Vereinbarung mit einem Plattformbetreiber – dazu entscheidet, mögliche Rechtsverletzungen durch (kreative) Nutzer zu dulden, legt er zugleich faktisch die Reichweite und Grenze einer etwaigen Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeit durch den (möglicherweise nur vermeintlichen) Rechtsverletzer fest. Es liegt allein in seiner Hand, ob er gegen eine bestimmte Nutzung des Werks vorgeht oder nicht.

¹⁰¹¹Möller, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring (Hrsg.), Open Source Jahrbuch 2006, S. 271, 279.

¹⁰¹²Die bisher nicht amtliche, konsolidierte Fassung ist abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_DE.pdf [letzter Abruf 28.03.2019]. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt steht noch die Zustimmung des Rates der Europäischen Union aus.

a) Ungleich verteilte Rechtssetzungsmacht

Geduldete Nutzungen sind, sofern sie nicht vertraglich in eine festere Form gefasst worden sind, zunächst einmal informelle, soziale Praktiken im Umgang mit urheberrechtlich geschützten Werken.¹⁰¹³ Sie bilden sich durch tatsächliche Übung, Zeitablauf, Wiederholung und eine Art informellen Konsens zwischen sämtlichen Beteiligten heraus.¹⁰¹⁴ Bilden sich neue informelle Praktiken in Rechtsbereichen, die einer Gruppe stärkere Rechtsmacht als einer anderen Gruppe der Beteiligten zuweist, hat diese Gruppe einen ungleich höheren Einfluss auf die Gestaltung und die Reichweite einer neuen informellen Norm.¹⁰¹⁵

Hinzu kommt, dass ein Rechtsinhaber aufgrund der exklusiven Zuweisung des Ausschließlichkeitsrechts immer in der Lage ist, allein die Möglichkeiten der Verwendung einer neuen Nutzungsform durch neue Technologien zu kontrollieren.¹⁰¹⁶ Die Bestimmungsmacht darüber, ob und welche Formen der kulturellen Kommunikation möglich sind, liegt daher von vornherein primär in den Händen der Verwerter.¹⁰¹⁷ Das Urheberrecht weist den Urhebern bzw. davon abgeleitet den Verwertern die Möglichkeit zu, gegen Verletzungen ihres Rechts vorzugehen und bietet dafür einfache und oftmals effiziente Möglichkeiten. Es obliegt somit zunächst den Verwertern selbst zu entscheiden, ob und inwieweit sie von diesen Rechten Gebrauch machen. Geschieht dies in einem rechtlichen Graubereich, bei dem nicht eindeutig ist, ob eine bestimmte Nutzungshandlung eine Rechtsverletzung darstellt,¹⁰¹⁸ kann der Rechtsinhaber durch die Duldung auch einseitig steuern, ob und inwieweit dieses Verhalten zulässig ist oder nicht. Es ist dann unwahrscheinlich, dass die Norm den Interessen beider Seiten gleichermaßen dienlich ist.

Ist beispielsweise nicht klar, ob eine Parodie oder Hommage eine zulässige freie Bearbeitung darstellt, führt allein das Verhalten des Rechtsinhabers, aus dem sich ergibt, dass er diese Parodie oder Hommage dulden werde, zu einer einseitigen „Rechtssetzung“ durch den Rechtsinhaber. Die Tolerierung durch den hierzu (vermeintlich) Berechtigten tritt an die Stelle der gesetzlichen Regelung.¹⁰¹⁹ Es wird nicht mehr tatsächlich überprüft bzw. ist faktisch nicht mehr relevant, ob tatsächlich

1013 Siehe hierzu vorstehend Kap. 2 A. II. 2., B. II.

1014 Siehe allgemeiner zum Verhältnis von Recht und informellen Prozessen *Merrill/Smith*, Yale L.J. 2000, S. 1, 54 ff.

1015 *Rothman*, Va. L. Rev. 2007, S. 1899, 1972.

1016 *Grünberger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1, 11; *Nazari-Khanachayi*, Rechtfertigungsnarrative, S. 214.

1017 *Grünberger*, ZUM 2015, S. 273, 290.

1018 Typische Beispiele hierfür sind auslegungsbedürftige Schrankenbestimmungen, auslegungsbedürftige (konkludente) Erklärungen und die Auswirkung der Wahrnehmung von Grundrechten. Es ist zwar zu begrüßen, wenn das BVerfG davon ausgeht, dass bestimmte Nutzungshandlungen durch die Wahrnehmung von Grundrechten gerechtfertigt sein können (etwa in der Entscheidung vom 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690 – Metall auf Metall); es ist für die Handelnden (und noch weniger für einen Filteralgorithmus) jedoch überhaupt nicht abzuschätzen, wann eine Handlung in diesem Randbereich nun zulässig ist oder nicht.

1019 *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 174.

eine Rechtsverletzung vorliegt oder nicht. Der Nutzer muss sich lediglich an die vom Rechtsinhaber vorgegebenen Grenzen halten.¹⁰²⁰ Durch die Kraft des Faktischen hat der Rechtsinhaber den Vorfall – auch wenn es möglicherweise unnötig gewesen wäre – seiner informellen Duldungsregel unterworfen. Dies wird typischerweise noch durch außerrechtliche Umstände verstärkt: Verwerter sind im Falle geduldeter Nutzung sehr häufig größere Entitäten, die das Recht auf ihrer Seite sehen – der Nutzer ist hingegen im typischen Fall eine Privatperson und möglicher Rechtsverletzer. Es dürfte offensichtlich sein, dass sich ein Nutzer in einem solchen Fall gerne freiwillig der Regel des Verwerter unterwirft. Auch dieses Machtgefälle führt daher dazu, dass der Rechtsinhaber die Grenzen dessen, was „erlaubt“ wird und was nicht, losgelöst von der tatsächlichen Rechtslage festlegen kann.¹⁰²¹

Dasselbe gilt im Regelfall für das Verhältnis zwischen Plattformanbietern und Nutzern. Auch in diesem Verhältnis ist, realistisch betrachtet, allein die Rechtsauffassung des Plattformanbieters relevant. Der Plattformanbieter bietet dem Nutzer die Möglichkeit zur Nutzung seiner Plattform typischerweise unentgeltlich an. Er kann den Zugang und die Inhalte des Nutzers daher im Regelfall aufgrund entsprechender Bestimmungen in seinen Nutzungsbedingungen jederzeit löschen oder sperren. Im Verhältnis zwischen Plattformanbietern und Nutzern führt daher auch noch eine technische Komponente dazu, dass die tatsächlichen Möglichkeiten des Nutzers jederzeit einseitig beschränkt werden können. Im Zusammenhang mit möglicherweise bestehenden Urheberrechtsverletzungen führt dies dazu, dass der Anbieter unter Berufung darauf auch vertraglich im Rahmen seiner Nutzungsbedingungen weitreichende Möglichkeiten hat, gegen den Nutzer vorzugehen. Auch in diesem Verhältnis führt das typische Machtgefüge häufig dazu, dass die Frage, ob eine Handlung des Nutzers tatsächlich eine Urheberrechtsverletzung darstellt, faktisch irrelevant ist.

Insbesondere in Konstellationen, in denen nicht eindeutig ist, ob eine Rechtsverletzung vorliegt, wirkt sich die faktische Rechtsetzungsmacht von Rechtsinhabern und Plattformanbietern an Stelle demokratisch legitimierter Wertungsentscheidungen immer stärker aus. Dies führt im Ergebnis zu einer weiteren Verschiebung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs zu Lasten kreativer Nutzungsmöglichkeiten und ist daher nicht zu rechtfertigen.

b) Auswirkungen freiwilliger Vereinbarungen

Noch deutlicher wird diese Wirkung bei Vereinbarungen zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern zum Umgang mit (möglicherweise nur vermeintlich) rechtsverletzenden Werken. Gibt es eine solche Vereinbarung, richten sich Zulässigkeit und Rechtsfolgen von Nutzerbeiträgen zunächst stets nach dieser Vereinbarung. Der (kreative) Nutzer hat keine wirksame Möglichkeit, darauf Einfluss zu nehmen. Möchte er etwa ein eigenes, zusammengestelltes Werk, dessen Erstellung und Ver-

¹⁰²⁰Hua, *More Balanced Approach*, S. 198.

¹⁰²¹Lev Aretz, *Akron L. Rev.* 2012, S. 137, 173; *DeLisa*, *Brook. L. Rev.* 2016, S. 1275, 1294.

öffentlichung nach dem Recht seiner Rechtsordnung zulässig ist, auf einer solchen Plattform verbreiten, kann er dies nur in Abhängigkeit von der „Gnade“ des Plattformanbieters bzw. den Absprachen zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbieter.

Dabei geht es nicht nur um die Frage, ob das Werk dauerhaft auf der Plattform verfügbar bleibt oder nicht. Wesentlich relevanter ist die Frage, wer berechtigt ist, die Vergütung aus Werbeeinblendungen für diese Art von Werken zu erhalten bzw. über ihre Verteilung zu entscheiden. Es spricht viel dafür, dass das bisherige System der Einnahmenverteilung für nutzergenerierte Werke nicht interessengerecht ist. Manche sehen darin gar die Etablierung einer Art neuen digitalen Feudalsystems.¹⁰²² Plattformanbieter stellen den Nutzern die technischen Möglichkeiten zur Produktion und Verbreitung eigener Werke zur Verfügung, die Rechtsinhaber der Originalwerke gestatten die „Verletzung“ ihrer Rechte, der Nutzer wird kreativ tätig. Die aus der kreativen Leistung der Nutzer resultierenden Einnahmen fließen jedoch ausschließlich den Plattformanbietern und Rechtsinhabern zu. Die eigene kreative Leistung der Nutzer spielt für die Verteilung der Einnahmen keine Rolle, unabhängig davon, inwieweit das Werk des Nutzers auf fremden Inhalten beruht.¹⁰²³ Doch nicht nur die Verteilung der Einnahmen zwischen Nutzer, Rechtsinhaber und Plattformanbieter, sondern auch die Verteilung der Einnahmen zwischen den verschiedenen Rechtsinhabern, die Rechte an dem Netzwerk geltend machen, ist umstritten.¹⁰²⁴

Gegenwärtig – und auch nach dem aktuellen Vorschlag für eine neue Urheberrechtsrichtlinie – wird ausgeblendet, dass bei weitem nicht jedes Werk, das auf eine derartige Plattform hochgeladen wird, auch Urheberrechte verletzt. Der nunmehr verabschiedete Entwurf für eine neue Urheberrechtsrichtlinie¹⁰²⁵ stellt dementsprechend in Art. 17 Abs. 7 klar, dass die Verfügbarkeit von Werken, durch die keine Urheberrechte Dritter beeinträchtigt werden oder die von Schranken gedeckt sind, durch derartige Lizenzvereinbarungen oder Filteralgorithmen nicht beeinträchtigt werden darf.¹⁰²⁶ Ebenso wird ausgeblendet, dass dem Rechtsinhaber möglicherweise überhaupt kein entsprechender Vergütungsanspruch für dieses Werk zusteht, etwa wenn die Nutzung durch das Zitatrecht nach § 51 UrhG umfasst ist oder eine freie Bearbeitung darstellt. Nach den bisherigen Vereinbarungen, die offenbar für die EU-Kommission Vorbild für den Vorschlag der Förderung dieser Kooperationen waren, können Rechtsinhaber und Plattformanbieter die im Zusammenhang mit

1022Carr, *The Big Switch*, S. 183; *Tushnet*, Berkeley Tech. L.J. 2014, S. 1447, 1473.

1023Zimmerman, *Pace L. Rev.* 2014, S. 260, 271; *Boroughf*, Alb. L.J. Sci. & Tech. 2015, S. 95, 97, 112; *DeLisa*, *Brook. L. Rev.* 2016, S. 1275, 1290.

1024DeLisa, *Brook. L. Rev.* 2016, S. 1275, 1290.

1025Die bisher nicht amtliche, konsolidierte Fassung ist abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_DE.pdf [letzter Abruf 28.03.2019]. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt steht noch die Zustimmung des Rates der Europäischen Union aus.

1026Ob und wie dies faktisch technisch zu bewerkstelligen sein soll, ist unklar. Siehe zu den daraus resultierenden Problemen nachstehend unter Kap. 4 B. II. sowie Kap. 5 B. II. 1.

diesem Werk erzielten Einnahmen unter sich aufteilen. Dabei dürfte es durchaus angemessen sein, wenn der Plattformanbieter als Gegenleistung für die kostenlose Zurverfügungstellung seiner Leistungen Einnahmen mit Hilfe von Werbung im Umfeld des Werks erzielt. Es ist aber nicht erkennbar, wieso der Rechtsinhaber in diesem Fall in irgendeiner Form Anspruch auf einen Anteil dieser Einnahmen haben sollte.

Sofern – wie häufig – das hochgeladene Werk auch hinsichtlich der schöpferischen Leistungen des Nutzers die erforderliche Schöpfungshöhe erreicht, stehen auch dem Nutzer Rechte an seinem Werk zu. Auch er hat Anspruch darauf, an der Nutzung seines Werks in angemessener Art und Weise beteiligt zu werden (§ 11 S. 2 UrhG). Vor diesem Hintergrund erscheint es noch unangemessener, die mit dem Werk erzielten Einnahmen einzig zwischen dem Rechtsinhaber des Originals und dem Plattformanbieter aufzuteilen – vor allem wenn der Nutzer im Gegenzug keinerlei Sicherheit dafür erhält, dass seine Nutzung des Originals dadurch nun rechtmäßig wird.¹⁰²⁷ Hinzu kommt, dass die kreativen Tätigkeiten der Nutzer sich in grundrechtssensiblen Bereichen (Kunst- und Meinungsfreiheit, Eigentumsfreiheit) bewegen. Es erscheint daher sehr zweifelhaft, ob allein der Umstand, dass die Werke (möglicherweise) unter Verletzung fremder Urheberrechte hergestellt oder verbreitet worden sind, eine einseitige Verteilung sämtlicher Einnahmen rechtfertigt.

Verschiedene (im Regelfall internationale) Konzerne profitieren somit von der unentgeltlichen kreativen Leistung von Millionen von Nutzern, die sich sogar noch freiwillig in dieses System begeben und dabei der Entscheidungsgewalt dieser Konzerne ausgeliefert sind. Diese Praxis soll nun nach dem Vorschlag für eine neue Urheberrechtsrichtlinie legitimiert und de facto verpflichtend werden, ohne dass dadurch das eigentliche Problem in irgendeiner Form gelöst werden würde.

Die Praxis beschränkt zudem den Wettbewerb zwischen Plattformanbietern. Hat ein Plattformanbieter erst einmal eine Stellung erreicht, in der er Rechtsinhaber dazu bringen kann, freiwillige Vereinbarungen mit ihm abzuschließen um ihn so von einer etwaigen Haftung freizustellen, verstärkt sich typischerweise seine Marktmacht immer weiter.¹⁰²⁸ Ein neuer Marktteilnehmer ohne entsprechende Marktmacht hat keine Möglichkeit, sich die für den Betrieb seines Dienstes gegebenenfalls nötige Rechtssicherheit durch Vereinbarungen mit Rechtsinhabern zu erkaufen. Umgekehrt gilt für die Steigerung der Marktkonzentration der großen Verwerter. Auch die zwingend notwendige Verwendung von Filtertechnologie fördert diesen Pro-

¹⁰²⁷Siehe zur eingeschränkten Wirkung dieser Vereinbarungen auf Rechte des Nutzers ausführlich vorstehend unter Kap. 2 A. III. 4.

¹⁰²⁸*Tushnet*, Berkeley Tech. L.J. 2014, S. 1447, 1452.

zess.¹⁰²⁹ In der Summe führen solche Vereinbarungen somit zu einer Stärkung der Marktmacht einzelner großer Verwerter und Plattformanbieter.¹⁰³⁰

2. Unzureichende Beteiligungsmöglichkeiten, Intransparenz und demokratische Prozesse

Das Fehlen jeglicher Transparenz und Einflussnahmemöglichkeit seitens der tatsächlich betroffenen Personen auf Entscheidungsfindung und Gestaltung ausgeglichener Regeln ist ein weiteres gravierendes Problem dieser Art von Selbstregulierung.

Die meisten wesentlichen Entscheidungen im Zusammenhang mit geduldeter Nutzung werden von Rechtsinhabern und Plattformanbietern getroffen. Welchen Inhalt eine Duldungspraxis, Nutzungsbedingungen, deren Durchsetzung oder Second Level Agreements haben, wird allein zwischen Verwertern und Plattformanbieter entschieden. Andere betroffene Interessengruppen – insbesondere Urheber und Nutzer – haben allenfalls mittelbare Einflussmöglichkeiten. Die genauen Inhalte und Hintergründe sind in aller Regel nicht offengelegt. Die Entscheidung darüber, wie Werke auf allgemein zugänglichen Plattformen – dem modernen demokratischen Forum – tatsächlich genutzt werden können, wird damit nicht vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber, sondern von verschiedenen Konzernen untereinander entschieden.

Auch Urheber, die von einem Verwerter vertreten werden, der eine entsprechende Vereinbarung geschlossen hat, haben ihrerseits (im absoluten Regelfall) keine Möglichkeit, auf die Vereinbarung, ihren Inhalt oder die Verfügbarkeit ihrer Werke auf der entsprechenden Plattform Einfluss zu nehmen.¹⁰³¹ Die Entscheidung darüber, ob ihre Werke dort verbreitet, Bearbeitungen eingestellt oder mit welcher Werbung die Werke und Bearbeitungen kombiniert werden können, liegt nicht bei den Urhebern. Sie haben somit ebenfalls keinen Einfluss auf die Bildung entsprechender Normen.¹⁰³²

Doch nicht einmal jeder Rechtsinhaber oder Plattformanbieter ist in der Position, entsprechende Vereinbarungen abzuschließen. Eine entsprechende Vereinbarung, von der Plattformanbieter und Rechtsinhaber profitieren könnten, wird i. d. R. nur zwischen entsprechend marktmächtigen Parteien abgeschlossen, da nur dann der Anreiz für die jeweilige Gegenseite zum Vertragsschluss groß genug ist. Kleinere Verwerter oder Start-up-Unternehmen können von diesen Vereinbarungen nicht in gleichem Maße profitieren. Das System der freiwilligen Vereinbarungen bietet so-

¹⁰²⁹Siehe zu den aus der Verwendung von Filtertechnologie resultierenden Problemen ausführlicher nachstehend unter Kap. 4 B. II.

¹⁰³⁰*DeLisa*, Brook. L. Rev. 2016, S. 1275, 1294.

¹⁰³¹Dies hängt jedoch letztlich von den konkreten vertraglichen Vereinbarungen im Wahrnehmungsvertrag und von der Frage, wie sehr der Urheber auf diesen Verwerter angewiesen ist, ab.

¹⁰³²*Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 173.

mit nur hinreichend gewichtigen Akteuren eine Lösung für die Probleme marginaler Rechtsverletzungen und nutzergenerierter Inhalte und ist damit zutiefst wettbewerbsfeindlich. Nicht einmal das bereits vorgestellte System Youtube Content ID, das das bisher offenste und am weitesten entwickelte derartige System sein dürfte, steht nicht jedem Rechtsinhaber offen, sondern nur denjenigen, bei denen Youtube davon ausgeht, dass ein „substantial body“ an Werken tatsächlich unzulässigerweise von Dritten hochgeladen wird.¹⁰³³ Es haben somit nur wenige Institutionen tatsächlich Einfluss auf die Bildung und Steuerung entsprechender informeller Normen oder die Vereinbarung von Second Level Agreements.

Je mehr sich entsprechende Vereinbarungen zwischen einzelnen großen Akteuren im Bereich des Urheberrechts und der IT-Dienstleistungen ausbreiten, desto geringer ist die Chance auf eine tatsächliche öffentliche gesellschaftliche Debatte über die Frage, wie mit kreativen Werken und Bearbeitungen im digitalen Umfeld umgegangen werden soll. Wenn einzelne Parteien das Problem unter sich lösen, kommen andere betroffene Interessen nicht zu Wort. Vor allem aber erfolgt keine politische, auf einen Ausgleich aller Interessen gerichtete Entscheidung des Gesetzgebers. Durch die Intransparenz entsprechender Regelungen ist es dabei Akteuren der Zivilgesellschaft nicht einmal möglich, fundierte Kritik an solchen Vereinbarungen zu üben.

Der gravierendste Nachteil ist jedoch, dass hierdurch wesentliche Fragen der Kulturproduktion und -verbreitung im digitalen Umfeld nicht von Parlamenten, sondern von internationalen Konzernen getroffen werden. Negative Beispiele für diese Auswirkungen sind etwa das Google Books Settlement¹⁰³⁴ zwischen Google und verschiedenen Verlagen, das eine gesamtgesellschaftliche Lösung der Debatte, wie mit Fragen der Digitalisierung, verwaisten Werken und Zugänglichmachung umgegangen werden soll, verhinderte.¹⁰³⁵ Auch die kürzlich erzielte Einigung zwischen Youtube und der GEMA machte eine politische oder rechtliche Klärung der Frage, für welche Inhalte Plattformanbieter haften und wie mit kreativen, rechtsverletzenden Handlungen von Nutzern umzugehen ist, obsolet. Je mehr aus unzureichender gesetzlicher Regelung resultierende Fragen durch geheime Vereinbarungen marktmächtiger Parteien gelöst werden, desto weniger Möglichkeit besteht für eine öffentliche Debatte über die Ausrichtung des Urheberrechts.¹⁰³⁶ Die offensichtliche Folge ist ein weiteres Schwinden der ohnehin geringen Akzeptanz.

II. Abhängigkeit von Filtertechnologie

Die Abhängigkeit freiwilliger Vereinbarungen von Filtertechnologie ist ein weiteres Problem.¹⁰³⁷ Das System der Vergütung für Rechtsverletzungen auf Plattformen funktioniert nur, wenn aus der Vielzahl der auf einer Plattform veröffentlichten

¹⁰³³DeLisa, Brook. L. Rev. 2016, S. 1275, 1284.

¹⁰³⁴Siehe hierzu ausführlich *Kleinemenke*, GRUR Int. 2014, S. 892.

¹⁰³⁵Van Houweling, Va. L. Rev. 2010, S. 549, 620.

¹⁰³⁶Lev Aretz, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 170.

Werke diejenigen Werke automatisiert identifiziert werden können, die fremde Urheberrechte verletzen. Zudem müssen diese Werke wiederum den jeweiligen Rechtsinhabern zugeordnet werden. Eine manuelle Überprüfung ist aufgrund der Masse an Werken nicht möglich.¹⁰³⁸ Wird ein Werk auf einer Plattform veröffentlicht, prüft der Filter, ob das Werk Teile anderer Werke enthält, für die deren Rechtsinhaber Referenzdateien hinterlegt haben. Gibt es einen Treffer, wird das hochgeladene Werk, je nach vorab geäußertem Wunsch des Rechtsinhabers gesperrt oder mit Werbung versehen und die Einnahmen zwischen Plattformanbieter und Rechtsinhaber geteilt. Die am weitesten entwickelte Filtertechnologie stellt zurzeit Youtube Content ID dar.¹⁰³⁹ Doch auch dieser Algorithmus ist weiterhin sehr fehleranfällig, falsche Treffer an der Tagesordnung. Je nach Studie sind zwischen 30 % und 70 % aller Treffer zumindest rechtlich zweifelhaft.¹⁰⁴⁰

Das größte Problem im Zusammenhang mit Filtertechnologie ist bisher, dass ein Filter nicht erkennen kann, ob die Verwendung eines bestimmten Werks aufgrund gesetzlicher Schranken oder extern erteilter Lizenzen gestattet ist oder nicht.¹⁰⁴¹ Auch wird i. d. R. nicht überprüft, ob das Werk tatsächlich urheberrechtlich geschützt ist und der Rechtsinhaber der tatsächlich Berechtigte ist. Dies führt im Ergebnis zur genannten hohen Zahl an falschen Treffern. Dadurch erhält der Rechtsinhaber des fremden Werks die Möglichkeit, über das weitere Schicksal des hochgeladenen Werks zu entscheiden, obwohl urheberrechtlich hierfür keine Grundlage existiert. Zwar kann der Nutzer Einwände gegen die Einstufung als „Treffer“ vorbringen; dies setzt aber voraus, dass er davon überhaupt Kenntnis erlangt und ein wirksamer Streitbeilegungsmechanismus besteht.

Ein weiteres Problem im Zusammenhang mit der Filtertechnologie ist der massive technologische Vorsprung, den einige Anbieter (namentlich Youtube) hierdurch gegenüber etwaigen neuen Wettbewerbern aufbauen konnten. Ein vergleichbares System ist nur unter Aufwendung hoher Kosten erstellbar.¹⁰⁴² Dies verhindert faktisch den Markteintritt neuer Wettbewerber und fördert somit auch aus technischer Sicht die weitere Marktkonzentration auf Anbieterseite.¹⁰⁴³

So vielversprechend die Verwendung einer technischen Lösung für das Problem der Ermittlung möglicher Rechtsverletzungen und ihrer automatisierten Abwicklung

1037 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 174; *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 189; *Zimmerman*, Pace L. Rev. 2014, S. 260, 274; *Angelopoulos*, On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, S. 39.

1038 Dies konnten *Urban/Karaganis/Schofield*, Notice And Takedown In Everyday Practice, anhand umfangreicher Interviews mit verschiedenen Betreibern feststellen.

1039 Siehe hierzu auch vorstehend unter Kap. 2 A. II. 3.

1040 *Urban/Karaganis/Schofield*, Notice And Takedown In Everyday Practice, S. 35, 96 f.

1041 *DeLisa*, Brook. L. Rev. 2016, S. 1275, 1290; *Arsham*, Geo. L.J. 2012, S. 775, 791; *Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1, 22.

1042 *Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1, 20.

1043 *Tushnet*, Berkeley Tech. L.J. 2014, S. 1447, 1466; *Simon*, Wm. & Mary Bus. L. Rev. 2014, S. 305, 325; *Boroughf*, Alb. L.J. Sci. & Tech. 2015, S. 95, 109.

auf den ersten Blick auch erscheint, ist es nicht einmal Youtube trotz umfangreicher langjähriger Bemühungen bisher gelungen, zufriedenstellende technische Lösungen für diese Probleme zu finden.

III. Rechtssicherheit

Geduldete Nutzung und Second Level Agreements verhindern zudem das Entstehen von Rechtssicherheit und Planbarkeit auf Nutzerseite. Nutzer erfahren nie, ob sie gerade legal handeln und welche Konsequenzen ihre Handlung haben kann. Sie kennen im Regelfall weder den Inhalt der Vereinbarung, noch erhalten sie irgendwelche Berechtigungen, auf die sie sich berufen könnten.¹⁰⁴⁴ Wird ihr Werk mit fremder Werbung versehen oder gelöscht, können sie oftmals weder die Hintergründe, noch die Frage der Berechtigung sinnvoll einschätzen.

Da ein Nutzer aber oftmals schon nicht einmal rechtssicher einschätzen kann, ob sein Werk rechtsverletzend ist (oftmals hängt dies auch von der jeweils anwendbaren Rechtsordnung ab), hat er auch keine wirksame Möglichkeit, seine Sicht der Dinge in wirksamer Form vorzubringen.¹⁰⁴⁵ Zwar gibt es zuweilen plattforminterne Streitbeilegungsmechanismen. Auch hier kann jedoch der Rechtsinhaber, zumindest im Fall Youtube, am Ende alleine entscheiden, ob er die vorgebrachten Argumente des Nutzers für berechtigt hält oder nicht.¹⁰⁴⁶ In einer aktuellen Befragung der EU-Kommission zur Haftung von Intermediären äußerten daher 82 % der Teilnehmer, dass sie ein wirksames Gegenverfahren im Falle automatisierter Löschungen für sinnvoll halten würden.¹⁰⁴⁷ Ein solches Gegenverfahren gibt es zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht. Im aktuellen Vorschlag für eine neue Urheberrechtsrichtlinie ist in Art. 17 Abs. 9¹⁰⁴⁸ jedoch vorgesehen, dass die Mitgliedsstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass Diensteanbieter für derartige Fälle wirksame und zügige Beschwerde- und rechtsbehelfsverfahren zu Verfügung stellen. Inwiefern ein derartiger Schutzmechanismus in der Praxis funktioniert, wird sich zeigen müssen.

Selbst wenn die Veröffentlichung eines rechtsverletzenden Werks auf der jeweiligen Plattform aufgrund einer Vereinbarung zwischen Verwerter und Plattformbetreiber „gestattet“ ist, verstoßen die Nutzer dabei typischerweise dennoch gegen die Nutzungsbedingungen des Plattformanbieters.¹⁰⁴⁹ Sie riskieren somit die ganze Zeit über, dass ihre Inhalte und Daten gelöscht werden können. Schließlich dient die Vereinbarung allein dem Schutz des Plattformanbieters, nicht des Nutzers. Selbst

1044 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 168; *Tushnet*, Berkeley Tech. L.J. 2014, S. 1447, 1460; *Simon*, Wm. & Mary Bus. L. Rev. 2014, S. 305, 317.

1045 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 177.

1046 *Boroughf*, Alb. L.J. Sci. & Tech. 2015, S. 95, 109; *DeLisa*, Brook. L. Rev. 2016, S. 1275, 1291; zu weiterer Kritik am Streitbelegungsmechanismus bei Youtube ferner S. 1293 f.

1047 *Husovec/Leenes*, Summary Consultation Final Report, S. 32.

1048 Die bisher nicht amtliche, konsolidierte Fassung ist abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_DE.pdf [letzter Abruf 28.03.2019]. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt steht noch die Zustimmung des Rates der Europäischen Union aus.

1049 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 168; *Tushnet*, Berkeley Tech. L.J. 2014, S. 1447, 1461.

wenn die Veröffentlichung seines Werks – von dem er möglicherweise weiß, dass es fremde Rechte verletzen könnte – vom Rechtsinhaber zunächst geduldet wird, kann er nicht dauerhaft auf diese Duldung vertrauen, da sie vom Rechtsinhaber jederzeit wieder zurückgenommen werden kann. Die Duldung einer rechtsverletzenden Nutzung im Rahmen freiwilliger Vereinbarungen bringt somit allenfalls Rechtssicherheit für eine Seite.

Berücksichtigt man ferner, dass Nutzer zur Vornahme formal verletzender Handlungen gezielt von Plattformanbietern, der Allgemeinheit und immer häufiger auch von Rechtsinhabern ermuntert werden,¹⁰⁵⁰ wird deutlich, dass hier die Rechtsunsicherheit auf Seiten der Nutzer gezielt ausgenutzt wird, um sich einerseits alle Optionen der Durchsetzung offen zu halten, andererseits die Vorteile aus der Verbreitung oder Bearbeitung der eigenen Werke, insbesondere im Bereich des Marketing, abzuschöpfen.¹⁰⁵¹ Einerseits sind Nutzer gesellschaftlich wünschenswert kreativ und kommunikativ tätig, andererseits wissen sie nie, was sie nun tatsächlich dürfen, und tragen stets das Risiko, dass ihr eigenes Werk oder ihr Zugang zur Plattform gelöscht wird oder sie weitergehenden Ansprüchen ausgesetzt sind.

IV. Erosion des Urheberrechts

Dies führt letztlich zu einer fortschreitenden Erosion des Urheberrechts bzw. zu einem Bedeutungsverlust zugunsten privater Vereinbarungen und technischer Lösungen.

In rein praktischer Hinsicht ist für Nutzer immer weniger klar, wann sie fremde Urheberrechte verletzen und wann nicht. Wird eine Handlung bewusst geduldet oder ist sie von einem Second Level Agreement umfasst, merken Nutzer häufig nicht einmal, dass sie in diesem Moment gegen Urheberrechte verstoßen oder halten den bewussten Verstoß für legitim.¹⁰⁵² Diese von Seiten der Verwerter zum Teil bewusst geförderte Unbekümmertheit für das geltende Recht dürfte mit der Zeit dazu führen, dass die Verwirrung und Unkenntnis seitens der Nutzer über die Grenzen des Erlaubten immer weiter steigen wird. Damit einhergehend wird auch die Akzeptanz des Urheberrechts weiter sinken, sollte das Recht in einer vergleichbaren Situation plötzlich doch durchgesetzt werden. Im Ergebnis wird das Urheberrecht dadurch immer häufiger als willkürlich empfunden werden.¹⁰⁵³ Das Hauptproblem liegt dabei aber vor allem in einem gesetzlichen System, das zahlreiche Handlungen bei Androhung von Nachteilen verbietet (und die Grenzen dieser Handlungen nicht klar umschreiben kann) und einen Teil diese Handlungen sogar als gesellschaftlich förderungswürdig betrachtet, während zugleich von Seiten aller Beteiligten davon

¹⁰⁵⁰*Hetcher*, U. Pa. L. Rev. 2009, S. 1869, 1880; *Levine*, Cardozo Arts & Ent. L.J. 2013, S. 717, 724.

¹⁰⁵¹*Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1486 f.

¹⁰⁵²*Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 169.

¹⁰⁵³*Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 169.

ausgegangen wird, dass das entsprechende Recht im Regelfall nicht durchgesetzt werden wird.¹⁰⁵⁴

Eine solche Haltung zeigt einerseits, dass ein Recht, das praktisch nicht durchgesetzt wird, vermutlich überflüssig ist. Andererseits führt sie – solange das Recht in Kraft ist und sogar noch Rufe nach einer Verschärfung laut werden – dazu, dass die Akzeptanz und Relevanz des Urheberrechtssystems als Ganzes immer weiter schwinden wird. Insbesondere im Bereich transformativer Werknutzung ist daher immer häufiger nicht die tatsächliche Rechtslage, sondern die Toleranz der Urheber bzw. Rechtsinhaber der relevante Faktor.¹⁰⁵⁵

V. Einfluss auf transformative Kreativität

Im Ergebnis wird somit Kreativität, die auf anderen Werken aufbaut, immer stärker von einer im Einzelfall gelebten Toleranz der Berechtigten reguliert anstatt durch gesetzgeberische Entscheidungen.

Dieses Wissen hat jedoch wiederum negativen Einfluss auf die Schaffung neuer Werke. Wenn bei der Schöpfung eines Werks nicht einmal klar ist, ob seine Verbreitung tatsächlich gestattet sein wird, sinkt der Anreiz, es zu erstellen.¹⁰⁵⁶ Dasselbe gilt für die Entscheidung über die Veröffentlichung eines Werks. Zugleich führt das Bewusstsein der Abhängigkeit vom Willen eines Dritten (oder eines ungenauen Algorithmus) zu einer Art Selbstzensur.¹⁰⁵⁷ Gerade die kreativsten und im Sinne einer demokratischen Gesellschaft wichtigsten, kritischen, kreativen Varianten können so aussterben.¹⁰⁵⁸ Die Mischung aus Rechtsunsicherheit und erhoffter Duldung bei der Erstellung des Werks führt somit letztlich zu einer Beschränkung von Kreativität und kritischen Meinungen.¹⁰⁵⁹ Weil bei der Veröffentlichung über Social Media Plattformen Inhalte zudem häufig bereits vor Veröffentlichung auf etwaige (vermeintliche) Rechtsverletzungen hin gescannt werden, kann so jede öffentliche Debatte über die Berechtigung der Löschung oder Sperre im Einzelfall verhindert werden.¹⁰⁶⁰ Die Existenz einer externen Kontrollinstanz, deren Verhalten für Einzelpersonen i. d. R. nicht prognostizierbar ist, führt somit letztlich dazu, dass weniger bzw. unkreativere, unkritischere oder weniger innovative Werke durch die Nutzer veröffentlicht werden.

1054 *Wu*, Tolerated Use: The Copyright Problem, veröffentlicht auf Slate.com am 16.10.2007, abrufbar unter http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/features/2007/american_lawbreaking/tolerated_use_the_copyright_problem.html [letzter Abruf 14.02.2019].

1055 *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172.

1056 *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 191.

1057 *Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1, 19.

1058 Siehe zur bereits zuvor dargestellten negativen Wirkung externer Kontrollinstanzen auf die Ausübung und Vielfalt von Kreativität *Amabile*, Creativity in Context, S. 156 m.w.N.

1059 *Zimmerman*, Pace L. Rev. 2014, S. 260, 277; *Tushnet*, Berkeley Tech. L.J. 2014, S. 1447, 1461.

1060 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 176; *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 189; *Zimmerman*, Pace L. Rev. 2014, S. 260, 272.

Um dieses Problem zu beheben, wären klarere Regeln erforderlich. Es müsste für einen kreativen Urheber bereits vorab klar sein, ob eine bestimmte Handlung zulässig ist oder nicht. Selbst wenn derartige Vereinbarungen somit zu scheinbar mehr kreativen Freiräumen führen, dürfte der stark negative Einfluss dieser Unsicherheiten auf die Kreativität etwaige Vorteile wieder zunichte machen. Freiwillige Vereinbarungen zwischen Verwertern und Plattformbetreibern haben ohne klare Regeln und mehr Transparenz somit eine negative Wirkung auf die Ausübung von Kreativität.

Kapitel 5: Selbstregulierung als förderungswürdiger Ansatz zur Regulierung kreativer Leistungen?

Wie in Kapitel 3 gezeigt, können freiwillige Selbstregulierungsansätze im digitalen Zeitalter in Gestalt freier Lizenzen und geduldeter Nutzung verschiedene Vorteile ökonomischer und kreativitätspsychologischer Art besitzen. Sie sind mit ihrer größeren Freiheit und Flexibilität möglicherweise besser geeignet, kreative Prozesse zu regulieren als das bisherige Urheberrecht. Umgekehrt zeigte sich jedoch, dass Selbstregulierung durch private Akteure ihre Grenzen hat und verschiedenartige Probleme mit sich bringt.¹⁰⁶¹ Einerseits funktioniert sie in der Praxis keineswegs so optimal wie in der Theorie, andererseits schafft sie zum Teil neue Probleme, die an ihrer Eignung als Mittel zur Neugestaltung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs zweifeln lassen. Es ist daher an der Zeit, eine Bewertung dieser Selbstregulierungsprozesse vorzunehmen. Wie in Kapitel 1 dargelegt, bestehen Differenzen zwischen den Anforderungen an das Urheberrecht und der Realität des digitalen Alltags. Es ist dabei vor allem relevant, ob diese Selbstregulierungsprozesse in der Lage sind, diese Differenzen auf angemessene Art und Weise zu beseitigen. Nur wenn dies der Fall ist, können Ausbau und Förderung von Selbstregulierungsprozessen ein hypothetisches Gestaltungsmittel sein. Ergänzend stellt sich zudem die Frage, ob aus der Existenz, den Potentialen oder Problemen dieser Selbstregulierungsprozesse wiederum Erkenntnisse über den gegenwärtigen Zustand des Urheberrechts oder dessen sinnvolle künftige Ausgestaltung abgeleitet werden können.

A. Bewertung der Selbstregulierungsprozesse

Es ist deutlich geworden, dass sich das geltende Urheberrecht im digitalen Raum seit längerer Zeit mit verschiedenen Herausforderungen konfrontiert sieht.¹⁰⁶² Hintergrund dieser Herausforderungen sind die gewandelten technologischen Verhältnisse in Folge der Digitalisierung, eine möglicherweise suboptimale Anpassung des Urheberrechts an diese Veränderungen sowie eine Reihe seit jeher bestehender Interessengegensätze. Dies betrifft insbesondere die Frage nach einem angemessenen Ausgleich zwischen Urheberschutz und kreativen Nutzungsmöglichkeiten.

I. Anforderungen an das Urheberrecht

Wie sich anhand der Analyse ökonomischer und psychologischer Hintergründe der Werkproduktion und -verbreitung zeigte, soll das Urheberrecht zwar einerseits der Förderung kreativer Handlungen und der Verbreitung ihrer Produkte dienen, führt jedoch andererseits auch dazu, dass kreative Handlungen erschwert oder limitiert werden. In sehr vielen Fällen kann der Schutz kreativer Leistungen gerade nicht mit

¹⁰⁶¹Siehe hierzu vorstehend Kap. 4.

¹⁰⁶²Siehe hierzu vorstehend Kap. 1 A. II.

ökonomischen Erwägungen begründet werden. Auch aus kreativitätspsychologischer Sicht ist das Urheberrecht für die Schaffung vieler Werke nicht erforderlich. Werke werden vielmehr ungeachtet der Existenz eines dafür verliehenen Ausschließlichkeitsrechts aus primär intrinsischen Motiven geschaffen und verbreitet.¹⁰⁶³ Umgekehrt erschwert das geltende Urheberrecht die Entstehung und Verbreitung kreativer Werke insbesondere im digitalen Bereich in einem Ausmaß, das oftmals ökonomisch nicht gerechtfertigt werden kann.¹⁰⁶⁴

Die Begründung für die Reichweite des digitalen Urheberrechts ist daher in vielen Konstellationen sehr zweifelhaft. Zu dieser Erkenntnis trägt auch der Umstand bei, dass Urheber und Verwerter in zahlreichen Konstellationen offenbar selbst davon ausgehen, die ihnen kraft Gesetzes zustehenden Verbotsrechte nicht zu benötigen.¹⁰⁶⁵ Das ungelöste Problem eines angemessenen Ausgleichs zwischen Werkchutz einerseits und (kreativen) Nutzungsmöglichkeiten bzw. Werkzugang andererseits wurde durch die Digitalisierung und Massenkreativität im Internet nur noch deutlicher, da mit den Vervielfältigungs- und Verbreitungskosten ein wesentliches Begründungselement des bisherigen analogen Interessenausgleichs zumindest teilweise entfiel.

Es fehlt trotz optimaler technischer Kommunikationsmöglichkeiten weiterhin an einem effektiven Mechanismus, der Schutzbedarf und Nutzungsmöglichkeiten im konkreten Einzelfall zwischen Rechtsinhabern und Nutzern austariert.¹⁰⁶⁶ Es ist durch die Analyse der psychologischen und ökonomischen Hintergründe kreativer Tätigkeiten deutlich geworden, dass eine angemessene urheberrechtliche Regulierung nur durch eine wesentlich stärkere Berücksichtigung der jeweiligen Einzelumstände erfolgen kann. Dabei muss weitaus stärker als bisher die „Umwelt“ der jeweiligen Werkproduktion und Verbreitung, d. h. die jeweiligen persönlichen, ökonomischen und sozialen Hintergründe bei Schaffung, Verbreitung und Nutzung eines bestimmten Werks in den Blick genommen werden.¹⁰⁶⁷

Will man das aktuelle Schutzniveau im Grundsatz aufrechterhalten, ist bei Bestimmung der konkreten Reichweite und etwaiger Schranken eine weitaus stärkere Einzelfalldifferenzierung auf Grundlage von deutlich mehr Umgebungsvariablen vor-

1063 Siehe zu den tatsächlichen Gründen und Voraussetzungen kreativer Handlungen unter Kap. 3 B. II. 2.

1064 Siehe hierzu insbesondere die Ausführungen zu Transaktionskosten unter Kap. 3 A. II.

1065 Peukert, in: Eifert (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Innovation, S. 299, 305; Dusollier, Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain, S. 50.

1066 Dies ist die Hauptthese der aktuellen Analyse urheberrechtlicher Rechtfertigung anhand ökonomischer und psychologischer Realitäten durch Nazari-Khanachayi, Rechtfertigungsnarrative, S. 208.

1067 Siehe zu dieser in jüngerer Zeit häufiger vorgebrachten Forderung eingehender Grünberger, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1; Leistner, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 211, 225; Leistner, BRJ 2014, S. 120, 126; Wielsch, ZGE/IPJ 2013, S. 274; Nazari-Khanachayi, Rechtfertigungsnarrative, S. 207.

zunehmen als bisher. Ferner ist zu beachten, dass die mit der Koordination von Rechtsinhaber und Nutzungsinteressent verbundenen Transaktionskosten im digitalen Urheberrecht eine wesentlich größere Bedeutung haben als noch im analogen Zeitalter. Vor allem dort, wo die wirtschaftliche Bedeutung einzelner Rechte, Rechtsverletzungen und Nutzungshandlungen gegen Null geht, ergeben althergebrachte ökonomische Theorien über Erfordernis und Ausgestaltung von Ausschließlichkeitsrechten keinen Sinn mehr. Ein derart weitreichendes Ausschließlichkeitsrecht ist somit in vielen Fällen ökonomisch ineffektiv und aus Sicht der Kreativitätsforschung schädlich, weil seine Anwendung (in Form von Durchsetzung und Nutzungsrechtseinräumungen) mehr Kosten als Vorteile bringt. Ferner erscheint – sowohl im Einzelfall, als auch generell – eine Verschiebung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs zugunsten weitergehender und vor allem mit weniger Aufwand verbundener (kreativer) Nutzungsmöglichkeiten angezeigt.¹⁰⁶⁸ Es spricht auf Grundlage der vorgenommenen Analyse viel dafür, dass die gegenwärtige Reichweite des digitalen Urheberrechts nicht zu rechtfertigen ist, weil sie durch die Behinderung von Kreativität mehr Schaden anrichtet, als sie an messbaren Vorteilen für Urheber und Verwerter einbringt.

II. Wirkung der Selbstregulierungsprozesse

Gerade aufgrund dieser Kluft zwischen den durch Ökonomie und Kreativitätsforschung belegten tatsächlichen praktischen Bedürfnissen von Urhebern, Verwertern und Nutzern im digitalen Umfeld und dem starren formalen Recht haben sich ausgedehnte Selbstregulierungsprozesse entwickelt. Es stellt sich somit die Frage, ob diese Prozesse in der Lage sind, Lösungen für die Herausforderungen des digitalen Urheberrechts aufzuzeigen.

1. Stärkere Differenzierung

Ein großer Vorteil privater Selbstregulierung im Verhältnis zu gesetzlichen Regelungen besteht i. d. R. in der Möglichkeit einer stärkeren Differenzierung und Individualisierung der auf einen konkreten Sachverhalt anzuwendenden Normen.¹⁰⁶⁹ Selbstregulierungsmechanismen können grundsätzlich dazu führen, dass der im Einzelfall bei der Nutzung eines Werks erforderliche Ausgleich der unterschiedlichen beteiligten Interessen stärker an die jeweilige Situation, Branche und Werkart angepasst werden kann, als dies im Rahmen gesetzgeberischer Tätigkeiten möglich wäre. So kann die Regulierung kreativer Prozesse grundsätzlich besser an die jeweiligen besonderen Ausübungsbedingungen einer konkreten Situation angepasst und so den unterschiedlichen Umweltbedingungen der Rechtsausübung stärker Rechnung getragen werden.

¹⁰⁶⁸Siehe hierzu insbesondere die Arbeit von *Hansen*, Warum Urheberrecht?, der darin darlegt, wieso das geltende Urheberrecht Nutzerinteressen zu gering gewichtet und dass ein Urheberrecht ohne stärkere Berücksichtigung von Nutzerinteressen nicht gerechtfertigt werden kann.

¹⁰⁶⁹*Lee*, U. Ill. L. Rev. 2008, S. 1459, 1540 f.; *Spindler*, in: Hilty (Hrsg.), Schutz von Kreativität und Wettbewerb, S. 287, 307; *Klang/Nolin*, Skripted 2012, S. 172, 194.

Einerseits kann auf technische Neuerungen und Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls individueller reagiert werden, andererseits können auch abweichende, d. h. nicht primär monetäre Beweggründe Berücksichtigung finden. Der jeweilige Rechtsinhaber kann andere Motive als der Gesetzgeber berücksichtigen oder diese Motive vollkommen anders gewichten. Das Gesetz selbst ist primär am Interesse der Urheber ausgerichtet, mit Hilfe von ausschließlichen Rechten an den eigenen Werken finanzielle Erlöse zu erzielen. Selbstregulierung ermöglicht hier die Etablierung eines wesentlich flexibleren Rechtsrahmens. Wie sich bei der Untersuchung der Erkenntnisse der Kreativitätspsychologie gezeigt hat, haben Urheber im Umgang mit ihren Werken und während des kreativen Schaffensprozesses eine Vielzahl darüber hinausgehender nicht-monetärer Beweggründe.¹⁰⁷⁰ Hinter diesen Selbstregulierungsprozessen steht oftmals ein wesentlich kooperativeres und kommunikativeres Verständnis des gegenseitigen Umgangs mit Ideen und Werken, als im Rahmen der vielen urheberrechtlichen Regelungen zugrundeliegenden Rational Actor Doktrin. Urheber können im Wege der Selbstregulierung also bewusst kooperativer und interaktiver agieren, als es der gesetzliche Standardfall vorsieht. Dies hat sowohl für den einzelnen Urheber als auch für die Gesamtgesellschaft in vielen Fällen positive Auswirkungen.¹⁰⁷¹

Menschen verhalten sich nun einmal im Regelfall nicht nach der Rational Actor Doktrin, sondern kooperativ.¹⁰⁷² Wie Studien ergaben, handelt im Schnitt lediglich ca. ein Drittel der Personen mit dem Ziel individueller Gewinnmaximierung, jedoch mehr als die Hälfte aller Personen mit dem Ziel der Kooperation.¹⁰⁷³ Ein kooperatives Vorgehen ist insbesondere dann erfolgversprechend, wenn es gute Kommunikationskanäle zwischen den Beteiligten gibt oder ein Gemeinschafts- und/oder Solidaritätsgefühl mit anderen Beteiligten und ein Klima der Fairness und Angemessenheit herrscht, welches durch aktives Vertrauen der Handelnden verstärkt werden kann.¹⁰⁷⁴ Die Digitalisierung hat nachweislich die Kommunikation – insbesondere auch gegenüber Fremden – stark vereinfacht, zum Teil sogar automatisiert. Freie Lizenzen arbeiten mit standardisierten Symbolen und Lizenzhinweisen, um die Kommunikation zwischen Urheber und Nutzungsinteressent noch stärker zu vereinfachen und machen sich so die digitalen Vorteile zunutze. Gerade zwischen Nutzern freier Lizenzen gibt es zudem häufig ein besonders ausgeprägtes Gefühl von Fairness, Angemessenheit und Vertrauen.¹⁰⁷⁵ Insbesondere freie Lizenzen sind somit ein gutes Beispiel für einen Umgang mit Urheberrechten, der, wie bei der

¹⁰⁷⁰Siehe hierzu vorstehend Kap. 3 B.

¹⁰⁷¹Siehe zu den verschiedenen möglichen ökonomischen Vorteilen einer alternativen Selbstregulierung ausführlicher vorstehend unter Kap. 3 A.

¹⁰⁷²*Belsky u. a.*, Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 2010, S. 1, 22.

¹⁰⁷³Für diesen Befund gibt es zahlreiche Erklärungsansätze aus den unterschiedlichsten wissenschaftlichen Disziplinen. Eine umfassende Sammlung dieser Erklärungsansätze findet sich bei *Belsky u. a.*, Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 2010, S. 1, 39 ff.

¹⁰⁷⁴*Belsky u. a.*, Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 2010, S. 1, 41 ff.

¹⁰⁷⁵Siehe hierzu die vorstehend beschriebenen psychologischen und sozialen Beweggründe für die Verwendung freier Lizenzen unter Kap. 3 B. III.

Mehrheit aller Menschen, nicht allein durch ökonomische Gewinnmaximierung bestimmt ist. Dennoch kann auch die ökonomische Gewinnmaximierung eine Verwendung freier Lizenzen in vielen Fällen gegenüber der Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten attraktiv erscheinen lassen.

Ferner führt Selbstregulierung dazu, dass eine der grundlegenden Schwächen jedes Systems von Ausschließlichkeitsrechten abgemildert wird: eine am Einzelfall orientierte Differenzierung zwischen bedeutenden und unbedeutenden Rechtsverletzungen.¹⁰⁷⁶ Das Urheberrecht kennt grundsätzlich nur die Differenzierung zwischen verletzenden und nicht-verletzenden Handlungen und muss diese Differenzierung ex ante vornehmen. Es wird bei der Schutzrechtsgestaltung billigend in Kauf genommen, dass es zu zahlreichen unbedeutenden Rechtsverletzungen kommen wird, die im Zweifelsfall dann nicht geahndet werden. Dieser Ansatz ist aus Sicht der Ökonomie und Kreativitätsforschung fragwürdig, da er die Grenzen der Nutzbarkeit fremder Werke in vielen Konstellationen weiter einschränkt, als es sachlich gerechtfertigt wäre. Zum Teil wird deshalb sogar generell bezweifelt, ob ein System eigentumsähnlicher Ausschließlichkeitsrechte der richtige Weg sei, um die optimalen Regelungen für einen derartig flexiblen, verwobenen, vielschichtigen, voneinander abhängigen und teilweise irrationalen Prozess wie die kreative Schöpfung zu finden.¹⁰⁷⁷ Dieser Prozess ist möglicherweise schlicht zu komplex, um ihn mit Hilfe starrer und weitreichender Eigentumsrechte greifen und modellieren zu können – die Folge ist die wachsende Bedeutung privater Selbstregulierung.¹⁰⁷⁸

Der durch die Selbstregulierung eingeschränkte Schutzzumfang führt dazu, dass Urheberrechte nur dort geltend gemacht werden, wo sie aus Sicht der Berechtigten notwendig sind. Im Ergebnis kann somit ein Urheber den aus seiner Sicht angemessenen Interessenausgleich in gewissen Grenzen selbst steuern. Die Situation ist ein wenig vergleichbar mit der Rechtslage im Fall einer Registrierungspflicht für die Entstehung von Ausschließlichkeitsrechten, wie sie etwa in den USA lange Zeit bestand. Dort wurden nur die Rechte angemeldet, die auch tatsächlich ökonomisch bedeutsam waren (oder bedeutsam werden konnten), während alle anderen Werke frei genutzt werden konnten.¹⁰⁷⁹ Freie Lizenzen und geduldete Nutzung führen im Ergebnis zu einem sehr ähnlichen Effekt.¹⁰⁸⁰

Selbstregulierung kann somit zu einer stärkeren Flexibilisierung und Differenzierung in der Anwendung von Urheberrechten führen. Diese Flexibilisierung ermöglicht dabei wiederum etwa die Ausübung neuer Kreativität überall dort, wo ein Rechtsinhaber sein Werk unter einer freien Lizenz veröffentlicht hat oder entspre-

1076Lynn, in: Hargreaves/Hofheinz (Hrsg.), *Intellectual Property and Innovation*, S. 11, 14.

1077Wu, *Colum. J.L. & Arts* 2008, S. 617, 617; Goss, *Chi.-Kent L. Rev.* 2007, S. 963, 970.

1078Spindler, in: Hilty (Hrsg.), *Schutz von Kreativität und Wettbewerb*, S. 287, 307.

1079Siehe hierzu und zu den Vorteilen von Registrierungspflichten Lessig, *Free Culture*, S. 137 f.;

Gompel, *Amsterdam Law School Research Paper* 2012/09, 2012, 11; Dusollier, in: Guibault/Angelopoulos (Hrsg.), *Open Content: From Theory to Practice*, S. 75.

1080Euler, in: Drossou/Krempf/Poltermann (Hrsg.), *Die wunderbare Wissensmehrung*, S. 147, 155.

chende Nutzungen seiner Werke duldet. Andere Kreative können so, ungeachtet der Grenzen des § 23 UrhG, selbst auf Grundlage dieses Werks kreativ tätig werden oder erhalten zumindest leichteren Zugriff auf mehr Werke – was bekanntermaßen wiederum die Entstehung weiterer Kreativität fördert.¹⁰⁸¹ Die bisher untersuchten Prozesse digitaler Selbstregulierung sind somit wesentlich kreativitätsfreundlicher als das geltende Urheberrecht.

Auf der anderen Seite ist die Veröffentlichung eines Werks unter einer freien Lizenz sowie die Duldung einer Verletzung stets freiwillig. Die Reichweite der Wirkung ist damit von vornherein auf Fälle beschränkt, in denen der Berechtigte durch eigene aktive Handlung sein Werk einer freien Lizenz unterstellt oder bestimmte Werknutzungen toleriert. Da im Fall freier Lizenzen eine eigene aktive Handlung erforderlich ist, um das Ziel einer stärkeren Differenzierung zu erreichen (die noch dazu im Grundsatz unwiderruflich ist und mit der bewusst vom geltenden Recht abgewichen werden soll), ist die psychologische Hürde für die Vornahme einer solchen Handlung entsprechend hoch. Zudem führen diese Selbstregulierungsprozesse naturgemäß nur dort zu einer stärkeren Differenzierung, wo sie auch angewendet werden.

Generell muss zudem beachtet werden, dass bei der Abwägung zwischen staatlich vorgegebenen Regeln und Selbstregulierung, die durch die Selbstregulierung ermöglichte größere Differenzierung kein Allheilmittel ist, sondern im Gegenteil zu große Differenzierung selbst wieder nachteilig sein kann. Erforderlich ist vielmehr, den richtigen Balancepunkt zwischen staatlichen Vorgaben und Selbstregulierung zu finden.¹⁰⁸² Die Nachteile einer zu weitreichenden Selbstregulierung zeigen sich etwa in Form von Inkompatibilitäten bei freien Lizenzen.¹⁰⁸³ Dieses Problem bedroht das gesamte System freier Lizenzen und hemmt zudem seine Wirksamkeit.¹⁰⁸⁴

In der Summe bietet Selbstregulierung somit durchaus eine Chance, die Anwendung des Urheberrechts auf bestimmte Sachverhalte – oftmals sogar mit globaler Wirkung – zu flexibilisieren. Freie Lizenzen bieten eine standardisierte alternative Möglichkeit zur Regelung von Urheberrechten in der digitalen Kreativitäts- und Kommunikationsumgebung. Sie sind dabei näher an der kreativen und kommunikativen Welt der digitalen Kulturproduktion und der technischen Grundstruktur des Internets als die bisherigen gesetzlichen Regelungen.¹⁰⁸⁵ Diese Zugangskultur oder

1081 *Collins/Amabile*, in: Sternberg (Hrsg.), *Handbook of Creativity*, S. 297, 303 ff.; *Cohen*, U.C. Davis L. Rev. 2007, S. 1151, 1180.

1082 Siehe zu dieser nötigen Abwägung im Urheberrecht ausführlich *Merrill/Smith*, Yale L.J. 2000, S. 1.

1083 Siehe hierzu vorstehend Kap. 4 A. VI. 3.

1084 *Katz*, *Idea* 2005, S. 391, 409; *Satchwell*, Berkeley Tech. L.J. 2005, S. 1757, 1787; *Spindler/Zimbehl*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 51; *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 134.

1085 *Cohen*, *Configuring the Networked Self*, S. 80 ff.; *Peukert*, GRUR Beil. 2014, S. 77, 78.

auch Partizipationskultur¹⁰⁸⁶ repräsentiert zudem in weitaus stärkerem Maße als die „klassische“ Exklusivitätskultur den tatsächlichen Ablauf kreativer Prozesse.¹⁰⁸⁷

Dies gilt letztlich auch für die geduldete Nutzung. Auch diese Form der Selbstregulierung führt zu einer – oftmals globalen – Flexibilisierung des Umgangs mit Urheberrechten, so dass Verletzungen nur dort verfolgt werden, wo sie als unangemessen oder geschäftsschädigend angesehen werden. Zudem ermöglichen freiwillige Vereinbarungen eine flexible Alternative zur Durchsetzung von Urheberrechten, die immer dort zum Einsatz kommt, wo es die jeweiligen Marktbeteiligten für wirtschaftlich sinnvoll erachten. Flexibilität bedeutet jedoch nicht in jedem Fall ein gerechtes Ergebnis. Es ist daher sehr zweifelhaft, ob diese Vorteile die mit geduldeter Nutzung einhergehenden Nachteile aufwiegen, da in diesem Fall vor allem marktmächtige Verwerter im Verhältnis zur Zahl der kreativen Nutzer unverhältnismäßig profitieren. Somit ist zu überlegen, ob es nicht besser wäre, wenn der Gesetzgeber an dieser Stelle klare und situationsangemessene Regeln erlassen würde.¹⁰⁸⁸

2. Effizienzvorteile

Private Selbstregulierung kann unter den richtigen Rahmenbedingungen effizienter sein als gesetzliche Regelungen, d. h. mit weniger Aufwand zu einem besseren Ergebnis führen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die einen wirtschaftlichen Sachverhalt regelnden gesetzlichen Bestimmungen aufgrund technologischer Veränderungen nicht mehr den tatsächlichen wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Beteiligten entsprechen oder nicht exakt genug an die jeweiligen Interessen angepasst sind. Vor allem aber erlauben sie Nutzungsrechtseinräumungen und Nutzungen zu weitaus geringeren Transaktionskosten.

Jeder Urheber kann mit freien Lizenzen ohne das Erfordernis tieferer rechtlicher Kenntnisse seine Werke zu aus seiner Sicht angemessenen Konditionen selbst und eigenständig verbreiten. Die wenigsten Urheber sind Juristen oder haben entsprechendes Knowhow. Daher sind freie Lizenzen für sie eine einfache Möglichkeit, bestimmte Regelungen für den Umgang mit ihren Werken zu treffen um sie so verbreiten zu können.¹⁰⁸⁹ Von der Vereinfachung des Lizenzierungsprozesses profitieren vor allem kleinere Künstler überdurchschnittlich.¹⁰⁹⁰ Freie Lizenzen können daher im Idealfall zu einer Standardisierung und Institutionalisierung führen.¹⁰⁹¹ Sie bieten in ihrem Ansatz daher grundsätzlich eine effektivere Methode der Rechtever-

1086 Siehe zu diesem Begriff *Sunder*, Ohio N.U.L. Rev. 2014, S. 359, 359.

1087 *Cohen*, Configuring the Networked Self, S. 80 ff.

1088 Siehe zu den gravierenden Nachteilen der durch die Duldung begründeten Rechtsunsicherheit ausführlicher vorstehend unter Kap. 4 B. III.

1089 *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 107, 107; *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 515.

1090 *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), Open Content Licensing, S. 107, 123; *Weitzmann*, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), Copy.Right.Now!, S. 73, 75.

1091 *Niv*, The Socio-Economic Contribution of Creative Commons, S. 12.

gabe und des Rechtserwerbs im Vergleich zu normaler Lizenzierung, da der Rechtsinhaber vorab über die Erteilung einer Lizenz zu bestimmten Konditionen an jedermann entscheidet. Hinzu kommt, dass der Zugang zu diesen Werken im Internet im Regelfall einfach möglich ist und die Werke außerdem schnell und einfach über Suchmaschinen gefunden werden können, die die Lizenzart bereits erkennen können.¹⁰⁹²

Dies gilt jedoch nur dann, wenn es sich um hinreichend weit verbreitete und bekannte Lizenzsysteme, wie etwa die GPL oder CC-Lizenzen handelt. Freie Lizenzen helfen dabei nicht nur den Urhebern, ihre Werke leichter zu verbreiten bzw. deren Verbreitung zu regeln, sondern auch den kreativen Werknutzern als neuen Urhebern. Es sind keine Lizenzverhandlungen oder ähnliches nötig.¹⁰⁹³ Dies ist vor allem deshalb von großer Bedeutung, weil die Transaktionskosten ansonsten oftmals prohibitiv wären, d. h. der Aufwand einer Anfrage beim Urheber viel zu groß.¹⁰⁹⁴ Der signalisierende Effekt einer freien Lizenz kann daher zu einer verstärkten Nutzung des Werks führen bzw. umgekehrt verhindern, dass Werke nicht genutzt werden, obwohl der Rechtsinhaber gegen die konkrete Nutzung überhaupt nichts einzuwenden hätte.¹⁰⁹⁵

Jedoch mindern praktische Probleme diese Effizienzvorteile. Zwar ist es grundsätzlich für jeden Urheber einfach möglich, sein Werk unter dem alternativen Regelungsregime zu verbreiten. Er hat dabei jedoch oft allenfalls rudimentäre Vorstellungen darüber, welche Auswirkungen die Verwendung der Lizenz haben kann. Möchte er die Lizenztexte inhaltlich verstehen und die Bedeutung der einzelnen Regelungen abschätzen können, ist er hierfür eigentlich wiederum auf externen Rechtsrat angewiesen. Aus Nutzerperspektive sind die Probleme noch weitaus größer. Zwar versprechen freie Lizenzen zunächst einfache Nutzbarkeit des Werks (und halten dieses Versprechen in den weitaus meisten Fällen auch ein), die konkreten Bedingungen der Lizenzen sind jedoch oftmals alles andere als trivial und einfach verständlich. Gleichwohl muss sich der Lizenznehmer strikt an die (insoweit auch nicht immer eindeutigen) Regelungen der Lizenz halten, da ihm andernfalls überhaupt keine Rechte zustehen. Dies erhöht für gewissenhafte Nutzer den Prüfaufwand immens. Hinzu kommt, dass sich ein Nutzer ohne konkrete Nachforschungen oftmals nicht sicher sein kann, ob die Person, die das Werk unter einer freien Lizenz veröffentlicht oder verbreitet, auch dazu berechtigt ist. Zudem führt die Verwendung zahlreicher unterschiedlicher freier Lizenzen dazu, dass der Lizenznehmer immer wieder eine ihm unbekannte Lizenz auf ihren Inhalt hin prüfen müsste sowie – bei Verwendung von Share-Alike oder Copyleft-Lizenzen – ob und wie verschiedene Lizenzen miteinander kompatibel sind.

1092 *Fitzgerald*, in: *Fitzgerald/Atkinson* (Hrsg.), *Copyright Future*, S. 20, 5.

1093 *Niv*, *The Socio-Economic Contribution of Creative Commons*, S. 16.

1094 Siehe hierzu die Ausführungen unter Kap. 1 A. II. 1., Kap. 3 A. II. 2.

1095 *Boyle*, *Public Domain*, S. 182.

Auch die geduldete Nutzung, vor allem in Kombination mit freiwilligen Vereinbarungen mit Plattformbetreibern, bietet für Verwerter Effizienzvorteile. Sie haben die Möglichkeit, Plattformen, auf denen es zur Verletzung ihrer Rechte kommt, automatisiert überwachen zu lassen, vorab Handlungsanweisungen festzulegen, wie im Fall einer Rechtsverletzung automatisiert zu verfahren ist, und Rechtsverletzungen dabei nicht nur automatisiert zu beseitigen, sondern sogar noch zu monetarisieren.¹⁰⁹⁶ Digitale Filteralgorithmen bieten den Rechtsinhabern somit eine sehr einfache und effektive Methode, mit Rechtsverletzungen umzugehen. Dieser Vorteil ist vor allem spürbar, wenn es um massenhafte Verletzungen geht. Diese Durchsetzungseffizienz geht jedoch im Ergebnis zu Lasten der Kreativität. Indem klare Regeln durch im Einzelfall gelebte Toleranz ersetzt werden, sind gerade besonders kreative und kritische Elemente stark gefährdet. Zudem wird Kreativität vor allem (neben anderen Gründen) durch klare Regeln gefördert – diese gibt es in einem solchen Fall jedoch nicht.

Freie Lizenzen sind somit zwar grundsätzlich in der Lage, Rechte an Werken auf wesentlich einfacherem Wege an Fremde einzuräumen und hierdurch eine schnellere und einfachere Verbreitung sowie Nutzbarkeit zu erreichen. Diese theoretischen Vorteile kommen in der Praxis jedoch – zumindest für gewissenhafte Lizenznehmer – nicht vollends zum Tragen. Bei geduldeter Nutzung profitieren von der Effizienzsteigerung durch geduldete Nutzung nahezu ausschließlich die Rechtsinhaber, gegebenenfalls auch noch die Plattformanbieter. Dies geht jedoch wiederum zu Lasten der Kreativität. Es erscheint daher sehr zweifelhaft, ob diese Art von Durchsetzungseffizienz mit Blick auf die Regelungszwecke des Urheberrechts inhaltlich gerechtfertigt werden kann.

3. Anpassung des Interessenausgleichs

Einen weiteren Vorteil bieten diese Selbstregulierungsprozesse teilweise, indem sie den urheberrechtlichen Interessenausgleich zu Gunsten einer umfassenderen Nutzbarkeit und besseren Verbreitungsmöglichkeiten kreativer Werke verschieben. Es kommt so zu einer Art Rekalibrierung des durch die Digitalisierung verschobenen Interessenausgleichs in eine Richtung, die eher dem im analogen Zeitalter gültigen Verhältnis zwischen Rechten und Nutzungsmöglichkeiten entspricht.¹⁰⁹⁷ Durch die Selbstregulierungsprozesse werden auch die digitalen Äquivalente klassisch analoger Handlungen im Umgang mit fremden Werken zum Teil legalisiert. Die durch wohl zu weitreichende Anpassungen des Urheberrechts erfolgte Verschärfung wird so durch informelle Praktiken, soziale Normen und deren rechtliche Überformung in Form freier Lizenzen und Second Level Agreements wieder entschärft.

Damals wie heute rezipieren Menschen fremde Werke und transformieren deren Inhalt oder Teile davon im Rahmen von Meinungsäußerungen, Selbstentwicklung

¹⁰⁹⁶Siehe hierzu ausführlicher unter Kap. 2 A. II.

¹⁰⁹⁷*Merges*, U. Chi. L. Rev. 2004, S. 183, 184; *Kreutzer*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 120; *De Filippi*, *Copyright Law in the Digital Environment*, S. 45.

und eigener Kreativität. Menschen nehmen damals wie heute bestehende Werke als Vorbild oder Anregung für eigene Werke oder verwenden Werkteile weiter, wo immer es technisch einfach möglich ist. Im Unterschied zum analogen Zeitalter ist dies heute jedoch oftmals nur unter der Verletzung fremder Urheberrechte möglich;¹⁰⁹⁸ einerseits, weil fast immer Vervielfältigungshandlungen nötig sind, andererseits weil Verbreitung und Meinungsaustausch über das Internet heute in viel öffentlicherer Form ablaufen und damit schneller den Raum des Privaten verlassen. Inhaltlich sind viele der digitalen Handlungen somit mit analogen Handlungen vergleichbar, jedoch dürfte ihr Ausmaß aufgrund der vereinfachten technischen Möglichkeiten ein vollkommen anderes sein. Im Ergebnis führt somit die Verbreitung einer neuen Technologie zu einem veränderten Verhalten von Personen, was sich wiederum in veränderten informellen Praktiken äußert und sich in der Etablierung einer neuen Art der Balance zwischen Rechten, deren Durchsetzung und Nutzungsmöglichkeiten niederschlägt.¹⁰⁹⁹

Die vorgestellten Selbstregulierungsprozesse führen zu einem vereinfachten Zugang zu fremden Werken bzw. vereinfachen deren Nutzbarkeit in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht.¹¹⁰⁰ In vielen Fällen geht es dabei um den Zugang bzw. die Nutzbarkeit fremder Werke, die vom Urheber ohnehin produziert worden wären, unabhängig davon ob ihm dafür ein Urheberrecht verliehen wird und ob er mit einer entgeltlichen Lizenzierung dieser Rechte kalkuliert hat.¹¹⁰¹ Im Bereich der geduldeten Nutzung werden lediglich Rechtsverletzungen geduldet, die isoliert betrachtet ökonomisch bedeutungslos sind. Indem diese Selbstregulierungsprozesse mehr Nutzungen ermöglichen, wird der zuvor einseitig zugunsten der Verwerter verschobene Interessenausgleich wieder durch eine stärkere Berücksichtigung der Belange von Urhebern und Nutzern nivelliert. Beide Prozesse ermöglichen in wesentlich stärkerem Maß als das Gesetz den Aufbau auf Vorbestehendem.¹¹⁰² Insbesondere freie Lizenzen sind von der Erkenntnis geprägt, dass ein großer Teil kreativen Schaffens in der einen oder anderen Form auf bereits bestehenden Inhalten beruht und dass deshalb eine freiere Nutzbarkeit und ein besserer Zugang zu bestehendem Wissen und Kultur für die Förderung weiterer Kreativität und Innovation essentiell sind.¹¹⁰³ Der durch die Selbstregulierungsmechanismen vereinfachte Zugang bzw. die hierdurch ermöglichte vereinfachte transformative Nutzbarkeit führt im Ergebnis dazu, dass zahlreiche neue Urheber in der Lage sind, besser und einfacher kreativ tätig zu sein.¹¹⁰⁴ Dies gilt insbesondere dann, wenn man sich die immer stärker werdende Verwischung der Grenzen zwischen Urhebern und Nutzern verge-

1098 Siehe zu dieser Problematik ausführlich vorstehend unter Kap. 1 B. I.

1099 *Greenberg*, U. Colo. L. Rev. 2014, S. 53, 83; *Balganesh*, S. Cal. L. Rev. 2012, S. 723.

1100 *Weitzmann*, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Copy.Right.Now!*, S. 73, 74; *Fitzgerald*, in: Fitzgerald/Atkinson (Hrsg.), *Copyright Future*, S. 20, 3.

1101 *Euler*, in: Drossou/Krempf/Poltermann (Hrsg.), *Die wunderbare Wissensmehrung*, S. 147, 156.

1102 *Corbett*, MLR 2011, S. 503, 516.

1103 *Euler*, in: Drossou/Krempf/Poltermann (Hrsg.), *Die wunderbare Wissensmehrung*, S. 147, 157; *Ensthaler*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S. 106.

genwärtigt und anerkennt, dass Urheber in aller Regel zunächst einmal Nutzer sind.¹¹⁰⁵

Auch jenseits der – nicht immer leicht identifizierbaren – Grenzen des § 24 UrhG wird hier eine kreative Nutzung der Werke ermöglicht, ja sogar bezweckt. Dieser Punkt dürfte somit zugleich der gewichtigste Unterschied zum gesetzlichen Regelfall sein. Während das Urheberrecht dafür angelegt ist, durch möglichst weitreichende und umfassende Ausschließlichkeitsrechte die verschiedenen beteiligten Interessen zum Ausgleich zu bringen, versuchen freie Lizenzen diesen Ausgleich mit möglichst weitreichender Nutzbarkeit, gekoppelt an bestimmte Bedingungen, zu erreichen – Zugangs- statt Exklusivitätskultur.¹¹⁰⁶ Auch geduldete Nutzungen leben davon, dass es oftmals sinnvoller ist, Verletzungen hinzunehmen und die aus einer weiten Verbreitung des eigenen Werks oder der eigenen Marke resultierenden Vorteile abzuschöpfen. Diese Selbstregulierungsprozesse sind somit grundsätzlich in der Lage, durch großzügigere Gestattung der Nutzbarkeit kreative Freiräume zu öffnen. Sie sind stärker an den technischen und sozialen Realitäten des digitalen Schöpfungs- und Verbreitungsprozesses ausgerichtet als das Gesetz und spiegeln wohl eher die herrschenden sozialen Normen wieder.¹¹⁰⁷ Zudem bieten sie – aufgrund großer kreativer Freiräume und (vermeintlich) klarer Grenzen dieser Freiräume – geeignete Umweltbedingungen für die Entstehung und Förderung von Kreativität.¹¹⁰⁸

Hierbei wird jedoch leicht übersehen, dass all diese Freiräume wiederum nur in Abhängigkeit von der konkreten Lizenz bzw. der Duldung durch den Rechtsinhaber bestehen. Selbst wenn man die Problematik des Vertragsschlusses außen vor lässt, gibt es eine Vielzahl unterschiedlicher freier Lizenzen, welche unterschiedliche Rechte einräumen. Insbesondere das für die transformative Kreativität wesentliche Bearbeitungsrecht wird nicht von allen Lizenzen eingeräumt. Die vorstehenden Ausführungen gelten für diese Art freier Lizenzen somit nur begrenzt. Zudem kann keineswegs jedermann von diesen Freiräumen profitieren. Insbesondere Urheber, die mit ihren Werken Geld verdienen wollen und somit als kommerziell betrachtet werden müssen, können keine Werke nutzen, die unter einer Non-Commercial-Lizenz veröffentlicht worden sind bzw. müssen im Fall geduldeter Nutzungen eine Inanspruchnahme durch den Rechtsinhaber befürchten. Ob somit im konkreten Fall tatsächlich ein größerer kreativer Freiraum vorliegt, hängt vom Inhalt der konkret verwendeten Lizenz, Nutzungsart und Person der jeweiligen Nutzungshandlung ab.

1104 *Weitzmann*, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Copy.Right.Now!*, S. 73, 74; *Fitzgerald*, in: *Fitzgerald/Atkinson* (Hrsg.), *Copyright Future*, S. 20, 3; *Kreutzer*, in: *Angelopoulos/Guibault* (Hrsg.), *Open Content Licensing*, S. 107, 123, jeweils zu freien Lizenzen.

1105 *Corbett*, *MLR* 2011, S. 503, 516; siehe hierzu ausführlicher bereits unter Kap. 1 A. II. 3.

1106 Die Bedeutung dieser beiden unterschiedlichen Formen der Online-Kultur wurden von *Peukert*, *GRUR Beil.* 2014, S. 77 herausgearbeitet.

1107 Siehe hierzu vorstehend Kap. 2. B. II.

1108 Siehe zu den kreativitätspsychologischen Anforderungen an eine möglichst optimale Gestaltung der Ausübungsbedingungen für Kreativität bereits vorstehend unter Kap. 3 B. II. 2.

Zudem bestehen diese Freiräume naturgemäß nur dort, wo der jeweilige Rechtsinhaber sich freiwillig dazu entschlossen hat, ein bestimmtes Werk unter eine bestimmte freie Lizenz zu stellen bzw. bestimmte Nutzungen zu dulden.

Auch ist fraglich, ob ein angemessener Interessenausgleich nur durch einseitige Belastung der Urheber wiederhergestellt werden sollte.¹¹⁰⁹ Schließlich sind Urheber im Gegensatz zu Verwertern durch den aktuellen Status des Interessenausgleichs ebenfalls in gewissem Umfang benachteiligt, wenn auch nicht in gleichem Maße wie Nutzer. Jedoch dürfte es gerade einer der wesentlichen Vorteile dieser Selbstregulierungsmechanismen sein, dass der Urheber selbst darüber entscheidet, ob er für ein konkretes Werk überhaupt sämtliche Rechte benötigt. Dies stellt letztlich die effizienteste und unmittelbarste Art und Weise dar, wie der Interessenausgleich im Einzelfall auf freiwilliger Basis wiederhergestellt werden kann. Jedoch werden dort, wo freie Lizenzen von Laien-Urhebern verwendet werden, die Interessen der Nutzer zum Teil durchaus über die Interessen dieser Urheber gestellt. Insoweit kann der Open Content Bewegung ein gewisses Maß an Ambivalenz vorgeworfen werden. Es wird damit geworben, den Einfluss des Urheberrechts durch freiwillige Maßnahmen zu bekämpfen, gleichzeitig geht es aber vor allem darum, Nutzern mehr Rechte einzuräumen. Relativierend ist jedoch wiederum darauf hinzuweisen, dass viele der Probleme des Urheberrechts gerade von zu weitreichenden Urheberrechten herrühren und Nutzer daher keine andere Möglichkeit haben, fremde Werke in angemessener Art und Weise zu nutzen¹¹¹⁰ – ein Problem, das diese Selbstregulierungsansätze gerade zu lösen versuchen.

Trotz dieser Einschränkungen dürfte gleichwohl in der grundsätzlichen Ermöglichung weitergehender Kreativität einer der wichtigsten Vorteile dieser Art von Selbstregulierung liegen. Ob dieser bei geduldeten Nutzungen – anders als bei freien Lizenzen – jedoch tatsächlich dazu führt, dass sämtliche beteiligten Interessen einem gerechten Ausgleich zugeführt werden, erscheint angesichts der damit verbundenen Nachteile zweifelhaft. Folge dieser Flexibilisierung dürfte vor allem ein Zugewinn der Machtstellung von Verwertern und Plattformanbietern sein. Durch geduldete Nutzung, so wie sie bisher stattfindet, kann damit nur ein geringer positiver Effekt für eine angemessenere Ausgestaltung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs festgestellt werden.

4. Förderung neuartiger Produktions- und Verbreitungsarten

Freie Lizenzen ermöglichen auf einfache Art und Weise die kollektive Zusammenarbeit einer zum Teil sehr großen Gruppe von Urhebern an einem gemeinsamen Gesamtziel. Hier führen technische Möglichkeiten wie vereinfachte Kommunikati-

¹¹⁰⁹Dreier/Leistner, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 24.

¹¹¹⁰Corbett, MLR 2011, S. 503, 531 spricht davon, dass diese Probleme freier Lizenzen letztlich auch nur Symptome einer unzureichenden Anpassung des Urheberrechts an die tatsächlichen digitalen Produktions- und Verbreitungsbedingungen sind; ähnlich Peukert, GRUR Beil. 2014, S. 77, 81, FN 98.

on und dezentrale Herstellungsmöglichkeiten in Kombination mit einer gemeinsamen Lizenz zu neuartigen Formen des Zusammenarbeitens. Die bekanntesten Beispiele hierfür sind OSS sowie die Wikipedia.¹¹¹¹ Ohne freie Lizenzen wären Projekte dieser Größenordnung niemals möglich gewesen. Aber auch jenseits derartiger Leuchtturmprojekte findet sich eine Vielzahl kleinerer Projekte, bei denen eine Handvoll Personen gemeinsam auf ein bestimmtes Ziel hinarbeiten und dabei von freien Lizenzen Gebrauch machen. Zudem ermöglichen sämtliche der hier vorgestellten Selbstregulierungsmodelle wiederum verschiedene neuartige Vermarktungs- und Verbreitungsmodelle.¹¹¹² Es wirkt sich dabei positiv aus, dass für einen Großteil aller kreativ Tätigen größere Bekanntheit auf lange Sicht wirtschaftlich und auch aus Sicht der Kreativitätspsychologie wichtiger ist als Urheberrechte an den eigenen Werken.¹¹¹³ An die Stelle der Einnahmenerzielung durch den Verkauf von teuer und aufwendig produzierten Vervielfältigungsstücken des eigenen Werks tritt die Einnahmenerzielung aus komplementären Produkten und Dienstleistungen, für die aufgrund der durch die kostengünstige und einfache Verbreitung der Werke erhöhten Bekanntheit eine Nachfrage besteht.

Studien zeigen, dass auch ein rein auf Freiwilligkeit basierendes System finanziell durchaus tragfähig sein kann. Es kann für die Urheber finanziell günstiger sein als eine klassische Vermarktung über einen Verwerter.¹¹¹⁴ Ob ein derartiges Vorgehen tatsächlich vorteilhafter ist, hängt aber wesentlich von individuellen Faktoren wie dem konkreten Design des Leistungsaustauschs, Framing, der Art der Zusammenarbeit und Kommunikation zwischen den Personen und dynamischen sozialen Faktoren ab.¹¹¹⁵ *Belsky, Kahr, Berkelhammer* und *Benkler* zeigten etwa am Beispiel eines Onlineportals, auf dem Musik, die auch anderswo unter einer freien Lizenz verfügbar war, gegen ein vom Nutzer festgelegtes Entgelt zum Download bereit gestellt wurde, dass die finanziellen Erträge der Musiker höher waren als die aus CD-Verkäufen.¹¹¹⁶ Somit können Modelle, die stärker auf einer Eigenvermarktung und liberalerem Umgang mit den eigenen Urheberrechten aufbauen und sich hierfür etablierter Selbstregulierungsmechanismen bedienen, sowohl aus Urheber- als auch aus Nutzersicht vorteilhaft sein. Schließlich profitieren beide Seiten vom Entfallen der Mittlerrolle der Verwerter nicht nur finanziell, sondern es kommt auch zu einer engeren sozialen Bindung und einem gesteigerten kommunikativen Austausch zwischen Künstler und Fan.

1111 Grundlegend: *Benkler*, *Wealth of Networks*; mit einer rechtlichen Steuerung derartiger Projekte befasste sich zudem *Wielsch*, JIPITEC 2010, S. 96 ausführlich.

1112 Siehe zu diesen Möglichkeiten ausführlich aus ökonomischer Perspektive unter Kap. 3 A. IV.

1113 *Ensthaler*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, S. 106; *Foong*, *J. Media Commun. Stud.* 2010, S. 64, 18, 20; *Weitzmann*, in: *Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), Copy.Right.Now!*, S. 73, 75.

1114 *Belsky u. a.*, *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 2010, S. 1, 1.

1115 *Belsky u. a.*, *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 2010, S. 1, 5.

1116 *Belsky u. a.*, *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 2010, S. 1, 1.

Freie Lizenzen, geduldete Nutzung und digitale Technik erlauben es dem Urheber, seine Werke ohne große eigene Kosten zu verbreiten, zugleich aber noch ein gewisses Maß an Restkontrolle über sein Werk zu behalten, indem einzelne Rechte vorbehalten werden. Einnahmen werden sodann nicht aus dem (verletzen) Nutzungsrecht selbst generiert, sondern aus der Beziehung zum Nutzer. Hierfür bieten freie Lizenzen und geduldete Nutzung jeweils ein flexibles und grundsätzlich einfach zu handhabendes Mittel.

5. Rechtssicherheit

Selbstregulierung kann darüber hinaus in der Theorie zu mehr Rechtssicherheit und Planbarkeit führen. Dies gilt zumindest, solange man das Maß an hierdurch vermittelter Rechtssicherheit und Planbarkeit ins Verhältnis zur Planbarkeit und Berechenbarkeit setzt, die ohne derartige de facto standardisierte informelle und formelle Praktiken herrschen würde.¹¹¹⁷

Bei Verwendung freier Lizenzen regeln diese im Grundsatz relativ klar die unterschiedlichen Rechte und Verbote, denen der Nutzer eines derart lizenzierten Werks unterliegt. So sind etwa Vervielfältigungen und die öffentliche Zugänglichmachung erlaubt, häufig auch Bearbeitungen. Was jeweils konkret erlaubt und verboten ist, ergibt sich aus den dafür verwendeten individuellen Zeichen. Dies erhöht aus Sicht potentieller Nutzer die Erkennbarkeit und Planbarkeit angesichts der im digitalen Umfeld oftmals bestehenden Unschärfe der urheberrechtlichen Einordnung einzelner Handlungen.¹¹¹⁸ Dies gilt vor allem im Verhältnis zu möglicherweise anstelle der Lizenzen greifenden gesetzlichen Schrankenregelungen. Einige für Nutzer relevante Schrankenregelungen sind etwa das Recht auf Privatkopie (§ 53 UrhG), die Schranke für vorübergehende Vervielfältigungshandlungen in § 44a UrhG, für die öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung in § 52a UrhG, das Zitatrecht in § 52 UrhG, die Ausnahmen von zustimmungsbedürftigen Handlungen in § 69d UrhG und im Besonderen für das Recht auf freie Benutzung in § 24 UrhG. Alle diese Regelungen würden einem potentiellen Nutzer unter Umständen die konkret beabsichtigte Nutzung des Werks gestatten. Ob die vom ihm beabsichtigte Handlung jedoch tatsächlich gestattet ist oder nicht, kann er oftmals nicht ohne weiteres aus dem Gesetz entnehmen. Dies ist nicht nur der Komplexität mancher Regelungen geschuldet, sondern auch der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, teils nur wenig nachvollziehbarer oder vorhersehbarer Rechtsprechung und unklarer Abgrenzungen. Diese Unklarheiten führen im Ergebnis dazu, dass insbesondere auf Rechtskonformität bedachte Nutzer im Zweifel von einer entsprechenden Nutzung eher Abstand nehmen, obwohl sie möglicherweise auf Grundlage einer Schrankenregelung zulässig wäre. Freie Lizenzen führen an dieser Stelle zumindest

¹¹¹⁷Siehe zu den durch Rechtsunsicherheiten ausgelösten Transaktionskosten vorstehend unter Kap. 3 A. II.

¹¹¹⁸*Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 14 f.

in einigen Situationen klarere Regelungen ein und können dadurch wiederum die Ausübung von Kreativität fördern.

Private Selbstregulierungsmechanismen weisen jedoch noch einen weiteren entscheidenden Vorteil in Sachen Rechtssicherheit auf: Sie sind auf effizientere Weise als nationale Gesetze in der Lage, internationale Regelungen und Standards zu setzen. Da die beteiligten Akteure nicht an bestimmte Landesgrenzen gebunden sind, wirkt ein Großteil dieser Praktiken auf globalem Level. Die Frage, wer Zugang zu Werken hat bzw. was damit gemacht werden kann, wird weniger abhängig vom Territorialitätsprinzip.¹¹¹⁹ Dies führt insbesondere aus transnationaler Perspektive zu einer starken Vereinfachung von Nutzung und Verbreitung. Private Institutionen sind aufgrund ihrer höheren Flexibilität in der Lage, einfacher und schneller international wirkende Regularien zu entwickeln als die Nationalstaaten. Hinzu kommt, dass im Internet sämtliche Handlungen im Regelfall global und nicht auf den Hoheitsbereich eines Staates begrenzt sind. Freie Lizenzen und geduldete Nutzung erlauben grundsätzlich unabhängig von den unterschiedlichen Rechtsordnungen bestimmte Nutzungshandlungen. Damit sind diese Selbstregulierungsmechanismen wesentlich näher an einer Lösung des Konflikts zwischen der Globalität des Internets und der Begrenztheit nationalen Rechts, als es staatliche Regulierungen in naher Zukunft sein dürften.¹¹²⁰

Ob diese Vorteile dabei in jedem Fall erreicht werden, erscheint hingegen angesichts zahlreicher, zum Teil gravierender rechtlicher Fragen eher zweifelhaft. Bei freien Lizenzen gibt es zwar ein gewisses Maß an de facto Standardisierung durch die weite Verbreitung einzelner Lizenzen wie der GPL oder den CC-Lizenzen. Jedoch finden sich in der Praxis eine Vielzahl weiterer freier Lizenzen mit Regelungen, die im Detail abweichen können. Selbst innerhalb der Gruppe der etablierten freien Lizenzen gibt es zum Teil beachtliche Unterschiede je nach verwendeter Version der Lizenz. Dies geht soweit, dass nicht einmal garantiert werden kann, dass Werke die mit verschiedenen Lizenzversionen derselben Lizenzfamilie versehen worden sind, miteinander kombiniert werden können. Hinzu kommt, dass durch auf den ersten Blick klare Regelungen in den Lizenzen zwar möglicherweise gesetzliche Graubereiche eindeutiger geregelt werden können, aber viele freie Lizenzen ihrerseits wieder Regeln enthalten, die alles andere als eindeutig sind und deshalb an anderer Stelle Streit und Unsicherheit verursachen.¹¹²¹ Addiert man zudem noch die inhärenten Risiken der Rechtsinhaberschaft, des Vertragsschlusses und der Folgen

1119Niv, *The Socio-Economic Contribution of Creative Commons*, S. 13; Wielsch, *ZGE/IPJ* 2013, S. 274, 308.

1120Siehe hierzu Peukert, in: Wöhrn/Bullinger/Grunert/Ohst (Hrsg.), *Festschrift Wandtke*, S. 459, 462. Peukert sieht dabei auch die vom BGH in den *Vorschaubilder-Entscheidungen* entwickelte Einwilligung als gelungenen Weg, der Handlung des Uploaders des Bildes globale Wirksamkeit zu verleihen, s. S. 466. Auch dabei handelt es sich letztlich um nichts anderes als eine Art informeller Selbstregulierung mit Nähe zur geduldeten Nutzung.

1121Siehe hierzu vorstehend Kap. 4 A. V.

der Anwendbarkeit der AGB-rechtlichen Klauselkontrolle nach §§ 307 ff. BGB,¹¹²² ist fraglich, ob die Rechtsunsicherheit bei Verwendung freier Lizenzen oder bei Anwendung der gesetzlichen Schranken größer ist.

Im Fall geduldeter Nutzung kennt ein Nutzer im Regelfall nicht einmal die Grenzen seines „Rechts“. Er weiß nicht, wann und aus welchen Gründen der Rechtsinhaber doch gegen die Verbreitung eines bearbeiteten Werks vorgehen wird. Er erfährt nur, dass der Rechtsinhaber grundsätzlich damit leben kann, aber nicht wo aus Sicht des Rechtsinhabers die Grenze der Zulässigkeit verläuft. Derartige Praktiken führen somit nicht zu mehr Planbarkeit und Sicherheit für den Nutzer. Der Rechtsinhaber kann weiterhin aus beliebigen Gründen gegen die Verbreitung des Werks vorgehen, der Plattformanbieter den Zugang des Nutzers wegen Urheberrechtsverletzungen sperren. Statt zu mehr Rechtssicherheit führt die geduldete Nutzung dazu, dass die Grenzen zwischen rechtlich Erlaubtem und Verbotenem für Nutzer noch weniger erkennbar sind als bereits ohnehin. Auch aus Sicht des Rechtsinhabers führt die geduldete Nutzung zu keinem Zugewinn an Rechtssicherheit. Er hat jedoch durch die Kombination von freiwilligen Vereinbarungen und Filtertechnologie den Vorteil, Rechtsverletzungen stets überwachen und somit im Bedarfsfall steuern zu können. Da die Filtertechnologie jedoch noch nicht ausgereift genug ist, hat er ebenfalls keine Gewissheit darüber, ob jeder „Treffer“ des Filters auch tatsächlich eine Rechtsverletzung anzeigt, und kann sich zudem nicht darauf verlassen, dass tatsächlich jede Rechtsverletzung aufgespürt wird. Es gibt somit keinen messbaren Zugewinn an Rechtssicherheit und Planbarkeit.

Das gewünschte Plus an Rechtssicherheit und Planbarkeit kann durch Selbstregulierung im Verhältnis zu den gesetzlichen Regelungen somit wohl nicht erreicht werden. Im Fall freier Lizenzen ist der Grund einerseits darin zu sehen, dass es nicht nur dem Gesetzgeber, sondern auch den Gestaltern freier Lizenzen schwerfällt, exakte Formulierungen zu finden, die angesichts der Vielzahl der geregelten Situationen immer und in jedem Fall eindeutig sind. Vor allem aber werden hier schlicht die Grenzen eines globalen, privatwirtschaftlichen Ansatzes sichtbar. Die Aufgabe, das als unpassend empfundene Urheberrecht aller Länder der Welt zu verändern bzw. dessen negativen Auswirkungen zu begrenzen, kann nicht allein durch privatwirtschaftliche Lizenzverträge erfüllt werden.

6. Zwischenergebnis: Potentiale und Schwächen

Die verschiedenen Arten privater Selbstregulierung sind grundsätzlich in der Lage, einen individuelleren Ausgleich der jeweils betroffenen Interessen herbeizuführen als das geschriebene Urheberrecht. Sie können schneller und einfacher auf technologische Änderungen reagieren. Sie können grundsätzlich dazu dienen, Transaktionskosten und Ineffizienzen des gesetzlichen Systems zu umgehen oder zu verringern. Sie ermöglichen darüber hinaus eine Vielzahl neuerer Entwicklungs-, Ver-

¹¹²²Siehe hierzu vorstehend Kap. 4 A. IV 2.

marktungs-, Verwertungs- und Vertriebsmodelle. Ihre stärkste Auswirkung haben sie wohl auf den Bereich der transformativen Werknutzung und damit auf einen klassischen Bereich des UGC. Insbesondere in diesem Bereich transformativer Kreativität erscheint das vom Gesetz vorgesehene Prozedere nicht mehr den tatsächlichen Bedürfnissen und sozialen wie technischen Realitäten zu entsprechen. Hier besteht daher ein besonders großer Bedarf an alternativen Regelungsinstituten. Entsprechend hoch ist der Wirkungsgrad solch alternativer Regulierungen. Aus urheberrechtlicher Sicht haben private Regulierungsansätze damit eine ganze Reihe von Vorteilen gegenüber den bisherigen gesetzlichen Regelungen. Jedoch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Frage, ob Selbstregulierung in einer bestimmten Situation zu begrüßen ist oder nicht, in hohem Maße von den jeweiligen situativen Umständen abhängt.

Freie Lizenzen haben in der Praxis bewiesen, dass es möglich ist, erfolgreich alternative Regelungen zum Umgang mit Urheberrechten auf rein freiwilliger Basis zu etablieren. Ferner haben sie gezeigt, dass Urheberrechte nicht zwingend erforderlich sind, um mit eigenen kreativen Leistungen Geld zu verdienen. Auf der anderen Seite finden sie sich bisher überwiegend in fremdfinanzierten Konstellationen bzw. in Konstellationen, in denen eine finanzielle Verwertung des Werks eine untergeordnete Bedeutung hat. Dies zeigt, dass freie Lizenzen keinesfalls ein Allheilmittel für sämtliche Urheber und Werkarten sein können. Es hat sich aber auch gezeigt, dass freie Lizenzen gerade außerhalb der klassischen „Urheberrechtsindustrie“ das Potential haben, einen alternativen Interessenausgleich zu ermöglichen und zugleich mehr kreative Freiräume zu erzeugen oder zu erhalten. Die durch Selbstregulierung bezweckten Ziele der höheren Rechtssicherheit und Effektivität konnten hingegen bisher noch nicht umfassend erreicht werden.

Die bisherige Art geduldeter Nutzung in Kombination mit freiwilligen Vereinbarungen zeigt hingegen, welche negativen Auswirkungen es haben kann, wenn Existenz und Grenzen informeller Praktiken vor allem von einer Partei gesteuert werden können. Die gesamtgesellschaftlichen Nachteile eines Systems, das ex ante eine Vielzahl alltäglicher Handlungen verbietet, einer Gruppe von Akteuren aber eine Art „Gnadenrecht“ hierüber gibt, dürften etwaige Effizienzvorteile bei weitem überwiegen.

III. Folgerungen für Gegenwart und Zukunft des Urheberrechts

Aus der Analyse dieser Selbstregulierungsansätze, den ökonomischen und psychologischen Hintergründen der Werkproduktion, der Verwendung dieser Mechanismen und deren Abgleich mit der Realität der digitalen Kulturproduktion lassen sich einige weitere Schlussfolgerungen zum gegenwärtigen Zustand und zu möglichen künftig sinnvollen Anpassungen des digitalen Urheberrechts ziehen.

1. Reichweite des digitalen Urheberrechts

Zunächst dürfte das Ausmaß an Selbstregulierung ein starkes Indiz dafür sein, wie sehr sich geschriebenes Recht und gesellschaftliche Realität voneinander entfernt haben. Informelle Praktiken – hier: Teilen und Dulden – entstehen i. d. R. immer dort, wo das geltende Recht keine passenden Antworten auf neue technologische Möglichkeiten bereithält.¹¹²³ In solchen Situationen wächst die Bedeutung informeller Prozesse immer dann, wenn die gesetzliche Regelung nicht den herrschenden sozialen Normen entspricht oder die gesetzliche Regelung nicht ausreichend an neuen technologische Bedingungen angepasst wird.¹¹²⁴ Gerade technische Neuerungen führen immer wieder zu einer Verschiebung der Grenzen des rechtlich, moralisch und sozial Legitimen.¹¹²⁵ Wenn das Recht dafür keine angemessenen Lösungen bieten kann, schwindet sein Einfluss und soziale Normen – wie etwa Duldung – treten an seine Stelle.¹¹²⁶ Es kommt zu einer Art freiwilligen „Liability Rule“: solange eine bestimmte Grenze aus Sicht des Berechtigten nicht überschritten wird, ist die Nutzung gestattet.¹¹²⁷

a) Keine Rechtfertigung der Reichweite des digitalen Urheberrechts

Aktuell wird der digitale Raum auf der einen Seite von einer Vielzahl von Ausschließlichkeitsrechten durchdrungen, die zahlreiche alltägliche Handlungen formal illegal machen¹¹²⁸ und den kreativen Umgang mit fremden Werken erschweren.¹¹²⁹ Auf der anderen Seite sind diese rechtlichen Grenzen für viele Beteiligte faktisch irrelevant. Nutzer halten sich – zum Teil mit Billigung der Berechtigten – nicht daran, umgekehrt ist eine Durchsetzung sämtlicher Rechte, die das Gesetz einem Urheber im digitalen Umfeld zuweist, ökonomisch im Regelfall absolut sinnlos.¹¹³⁰ Dies betrifft sowohl Privatpersonen als rein passive Nutzer als auch Kreative und zahlreiche gewerbliche Akteure.

1123 *Levine*, *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 2013, S. 717, 731; *Lee*, *U. Ill. L. Rev.* 2008, S. 1459, 1541; *Peñalver/Katyal*, *Property Outlaws*, S. 12.

1124 *Levine*, *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 2013, S. 717, 731.

1125 *Lee*, *U. Ill. L. Rev.* 2008, S. 1459; *Levine*, *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 2013, S. 717, 731.

1126 *Klang/Nolin*, *Skripted* 2012, S. 172, 194.

1127 *Hua*, *More Balanced Approach*, S. 198.

1128 *Kreutzer*, *Modell des Urheberrechts*, S. 271; *Netanel*, *Vand. L. Rev.* 2000, S. 1879, 1902; *Boyle*, *Public Domain*, S. 51.

1129 Siehe hierzu Kap. 1 A. II 1.

1130 Siehe vorstehend Kap. 3 A. II 2.

Es besteht somit – auch jenseits klassischen Filesharings – ein gigantisches Durchsetzungs- und Anwendungsdefizit. Die Praxis der geduldeten Nutzung zeigt dabei, dass es zu einfach ist, sich nur über Nutzer aufzuregen, die fremde Rechte missachten. Das Problem ist weitaus vielschichtiger – schließlich sind viele Handlungen sozial akzeptiert und werden von den Verletzten bewusst geduldet oder gar gefördert. Zudem weist das Recht den Rechtsinhabern Verbotsmacht zu, die sie in den meisten Fällen nicht einmal durchsetzen können, sofern sie ökonomisch rational handeln. Ein Verstoß gegen ein sichtbar unnötiges Verbot dürfte dabei für manche zumindest moralisch legitim erscheinen. Wenn aber Rechtsinhaber selbst in einer Vielzahl von Fällen die ihnen eigentlich zustehenden Rechte niemals durchsetzen, ist dies nur ein weiteres Indiz dafür, dass Reichweite und Schranken des digitalen Urheberrechts einer radikalen Reform bedürfen.¹¹³¹

Dies betrifft sowohl bloße Verbreitungshandlungen als auch eigene kreative Handlungen. Das Vervielfältigungsrecht und das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung werden im Umgang mit digitalen Werken täglich millionenfach verletzt – ohne irgendwelche praktischen Auswirkungen. Dasselbe gilt für massenhafte Bearbeitungen fremder Werke, insbesondere im Laien-Bereich. An einem Zeitpunkt der Geschichte, an dem mehr kreative Werke als je zuvor hergestellt und verbreitet werden und diese Werke weitreichender geschützt sind als je zuvor, wird das Urheberrecht in Wahrheit immer unbedeutender. Wenn das Urheberrecht aber nicht selbst in der Lage ist, angemessene Lösungen für einen Bereich zu finden, der Millionen von Menschen täglich betrifft, wird die Legitimation des Urheberrechts immer weiter schwinden, werden sich soziale Normen und geschriebenes Recht immer weiter voneinander entfernen.

Aus dem Ausmaß und besonders den ökonomischen und kreativitätspsychologischen Hintergründen freiwilliger Beschränkungen des Urheberrechts lässt sich daher der Schluss ziehen, dass das geltende Urheberrecht im digitalen Raum in seiner bisherigen generellen Reichweite in vielen Konstellationen schlicht nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Es ist in zum Teil eher überflüssiger Ballast und hemmt die Erstellung und Verbreitung kreativer Werke mehr, als es sie fördert.

b) Freihaltung alltäglicher digitaler Handlungen von Verbotsrechten Dritter

Sinnvoll wäre zunächst eine Freihaltung alltäglicher digitaler Handlungen von Verbotsrechten Dritter. Wie in Kapitel 1 dargestellt, verstoßen zahlreiche alltägliche digitale Handlungen, die für einen Großteil der Gesellschaft selbstverständlich sind, formal betrachtet gegen Urheberrechte. Die Tatsache, dass diese Verletzungen jedoch selten thematisiert und noch seltener tatsächlich verfolgt werden, spricht gegen eine allzu große Bedeutung dieser Rechte für Urheber und Verwerter. Die Rechte dienen oftmals vielmehr einzig der Aufrechterhaltung einer Kontrollmacht durch Konzerne im Wege von Nutzungsvereinbarungen oder der Zensur unliebsa-

¹¹³¹Peukert, in: Eifert (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Innovation, S. 299, 305; Dusollier, Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain, S. 50.

mer Inhalte.¹¹³² Sofern eine Handlung tatsächlich wirtschaftliche Bedeutung haben kann – etwa bei Verbreitung eines Werks in sozialen Medien – dürfte eine entsprechende, gegebenenfalls vergütungspflichtige Schranke für die nicht-kommerzielle Nutzung in sozialen Medien weitaus zielführender sein als ein Verbot. Schließlich ist ein Verbot ökonomisch nur dort gerechtfertigt, wo es zumindest theoretisch auch lizenziert werden kann. Das ist etwa im Rahmen privater Social-Media-Nutzung nicht realistisch. Diese Werke werden schließlich nur deshalb geteilt, weil es einfach und kostenlos möglich ist.¹¹³³ Eine Alternative wäre eine Neu-Definition des Begriffs der Öffentlichkeit im Rahmen des § 19a UrhG unter Berücksichtigung der Bedeutung sozialer Medien.¹¹³⁴ Zudem müsste die Reichweite des digitalen Vervielfältigungsrechts bzw. die Schranke des § 44a UrhG neu überdacht werden, um der gesunkenen Bedeutung einer isolierten Vervielfältigung Rechnung zu tragen. Der radikalste Vorschlag in diesem Zusammenhang besteht darin, das digitale Vervielfältigungsrecht nahezu vollständig abzuschaffen.¹¹³⁵ An seine Stelle könnte eine Art Verbreitungsrecht treten. Dies würde die tatsächliche Bedeutung einzelner digitaler Vervielfältigungen widerspiegeln und unnötige Verbote beseitigen.

c) Angemessene Lösungen für transformative Kreativität

Daneben muss eine angemessene Lösung für die Ermöglichung transformativer Kreativität gefunden werden, insbesondere aber nicht nur im nicht-kommerziellen Bereich. Das aktuelle Recht sieht vor, dass die kreative Nutzung eines Werks nur mit Zustimmung des Urhebers möglich ist, sofern es sich nicht lediglich um eine freie Benutzung im Sinne des § 24 UrhG handelt, wobei die Abgrenzung zur abhängigen Schöpfung im Sinne des § 23 UrhG oftmals unklar ist. Wie die Ausführungen zu kreativen Prozessen aus psychologischer Sicht gezeigt haben, wäre es jedoch weitaus förderlicher, wenn eine transformative Nutzung eines Werks möglich wäre, ohne dass ein Dritter dies untersagen oder auf den Prozess Einfluss nehmen könnte.¹¹³⁶ Daher muss jede Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten daran gemessen werden, wie sehr sie transformative Nutzungen behindert.¹¹³⁷ Auch das Bundesverfassungsgericht hat jüngst ausdrücklich das Interesse anderer Künstler anerkannt, ohne finanzielle und inhaltliche Risiken innerhalb des kreativen

1132 Siehe hierzu bereits die Beispiele unter Kap. 1 A. II. 3. b), ferner *Ghosh*, *Social Scientist* 2013, S. 51.

1133 *Zimmerman*, *Pace L. Rev.* 2014, S. 260, 282.

1134 In diese Richtung weisen auch die Ausführungen bei *Spindler*, in: Hornung/Müller-Terpitz (Hrsg.), *Rechtshandbuch Social Media*, S. 131, 134.

1135 *Miller/Feigenbaum*, in: Sander (Hrsg.), *Security and Privacy in Digital Rights Management*, S. 233; *Lessig*, *Yale J.L. & Human.* 2006, S. 56, 68.

1136 Siehe hierzu vorstehend Kap. 3 B. I. 1. c), II. 2. b). Zu diesem Schluss gelangt auch *Nazari-Khanachayi*, *Rechtfertigungsnarrative*, S. 209.

1137 *Elkin-Koren/Salzberger*, *Law and Economics of IP in the Digital Age*, S. 124 f.; *Nazari-Khanachayi*, *Rechtfertigungsnarrative*, S. 209.

Schaffensprozesses in einen „künstlerischen Dialog“ mit anderen Werken zu treten.¹¹³⁸ Die Kunstfreiheit kann im Einzelfall urheberrechtliche Beschränkungen überwinden, solange die Verwertungsmöglichkeiten nur geringfügig einschränkt werden. Damit führt es die Grundsätze der Germania-3-Entscheidung fort. Dort hatte das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt, dass Werke mit ihrer Veröffentlichung Teil des gesellschaftlichen Diskurses werden und daher auch zulässigerweise Anknüpfungspunkt kreativer Auseinandersetzungen sein können.¹¹³⁹ Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht kann es somit geboten sein, eine Auseinandersetzung mit bestehenden Werken auch jenseits der bisher bestehenden Schranken zu ermöglichen.

Zur Lösung dieser Problematik reichen die Vorschläge von der Einführung einer Schranke für nicht-kommerzielle, kreative Nutzungen¹¹⁴⁰ oder einer Fair-Use-Schranke¹¹⁴¹ über vereinfachte Lizenzierungsprozesse¹¹⁴² bis hin zu einer Neugestaltung der Regelung in §§ 23, 24 UrhG.¹¹⁴³ Im kommerziellen Bereich, d. h. bei der gewinnorientierten Nutzung fremder Werke für eigene kreative Zwecke stellen sich vergleichbare Probleme, wenn auch in einem geringeren Ausmaß. Doch muss auch dort dringend die sinnvolle Ermöglichung einer weitergehenden Nutzung fremder Werke vereinfacht werden, sei es durch Schranken, Zwangslizenzen oder sonstige vereinfachte Lizenzierungsverfahren. Eine Beschränkung etwaiger neuer Schranken auf nicht-kommerzielle Nutzungshandlungen ist zwar wohl politisch leichter durchsetzbar, würde es aber anderen Urhebern erschweren, mit ihren Werken Geld zu verdienen. Dies steht in einem gewissen Widerspruch zum Regelungszweck des Urheberrechts.

Hier haben freie Lizenzen gezeigt, dass sie grundsätzlich geeignet sind, einen alternativen Ausgleich zwischen Verbotsrecht und Bearbeitungsmöglichkeit zu etablieren, indem Bearbeitungen zwar gestattet, jedoch bestimmten Regeln unterworfen werden. So muss insbesondere der Originalurheber angegeben werden, ebenso die Tatsache, dass das Werk bearbeitet worden ist. Bei einigen Lizenzen kann darüber hinaus auch das bearbeitete Werk nur unter einer vergleichbaren freien Lizenz weiterverbreitet werden.¹¹⁴⁴ Der Urheber kann durch die Veröffentlichung unter einer derartigen Lizenz der Allgemeinheit mitteilen, dass er unter diesen – oftmals fairen – Bedingungen mit einer Bearbeitung einverstanden ist. Somit könnte auch der Ansatz freier Lizenzen neue Möglichkeiten für das Verhältnis zwischen Ausschließlichkeitsrecht und transformativer Nutzungsmöglichkeit bieten.

1138BVerfG, Urt. v. 31.05.2016, 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690, Tz. 86 – Metall auf Metall.

1139BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000, 1 BvR 825/98, NJW 2001, 598, 599 – Germania 3.

1140Bauer, User Generated Content, S. 395 ff.

1141Förster, Fair Use, S. 220 ff.; Kleinemenke, GRUR Int. 2014, S. 892, 895 ff.

1142Lev Aretz, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 195.

1143Nazari-Khanachayi, Rechtfertigungsnarrative, S. 220 ff.

1144Gemeint sind Lizenzen mit Share-Alike bzw. Copyleft-Klausel.

2. Verhältnis von wirtschaftlichen und persönlichen Interessen

Anhand der Selbstregulierungsansätze wird auch erkennbar, dass eine strikere Trennung zwischen den wirtschaftlichen und persönlichkeitsrechtlichen Aspekten des Urheberrechts einen Ausweg aus der Legitimationskrise bieten könnte.¹¹⁴⁵ Aktuell gibt es keine allumfassende, widerspruchsfreie, allgemein akzeptierte Rechtfertigung für die Existenz des Urheberrechts, lediglich verschiedene Ansätze zur Vereinigung der unterschiedlichen Rechtfertigungstheorien.¹¹⁴⁶ Dieses Defizit, kombiniert mit einer unzureichenden Anpassung an veränderte technologische Gegebenheiten, dürfte einer der wesentlichen Gründe für den weitreichenden Akzeptanzverlust des Urheberrechts sein.¹¹⁴⁷ Ein Recht, das nicht nachvollziehbar erklären kann, wieso es eine bestimmte, sozial akzeptierte und oftmals sogar gewünschte Handlung (Stichwort: Kommunikation, Kreativität) verbietet, kann schwerlich auf allgemeine Akzeptanz hoffen.¹¹⁴⁸

Hier könnte eine stärkere Trennung der wirtschaftlichen und persönlichen Interessen des Urhebers Abhilfe verschaffen. Insbesondere die Verwendung freier Lizenzen und eine genauere Untersuchung der psychologischen Hintergründe der Werkproduktion zeigte,¹¹⁴⁹ dass in vielen Fällen keine primär wirtschaftlichen Interessen an einem Werk bestehen, oftmals jedoch weitreichende urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen – allen voran der Wunsch auf Namensnennung bzw. Anerkennung der Urheberschaft.¹¹⁵⁰ Umgekehrt gibt es viele Sachverhalte, bei denen zwar ein starkes wirtschaftliches Interesse an einem Werk gegeben ist, jedoch persönlichkeitsrechtliche Aspekte überhaupt nicht oder nur sehr schwach ausgeprägt sind.¹¹⁵¹ Eine stärkere Trennung dieser beiden Schutzebenen würde es erlauben, vermögensrechtliche Befugnisse des Urheberrechts rein utilitaristisch-ökonomisch – etwa als Investitionsschutzrecht – zu rechtfertigen. Dies würde wiederum eine rein an den wirtschaftlichen Umständen der Verwertung ausgerichtete Neuausrichtung des Interessenausgleichs ermöglichen und erfordern.

Umgekehrt spielen für viele (keineswegs alle!) Urheber – nicht nur im Laienbereich – die unmittelbar aus der Verwertung des Ausschließlichkeitsrechts zu erzielenden Einnahmen eine wirtschaftlich untergeordnete Rolle.¹¹⁵² Vor allem aber ist die Gewährung wirtschaftlicher Verwertungsmöglichkeiten oftmals irrelevant

1145 Siehe zu diesem Vorschlag - unabhängig von freien Lizenzen - *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts, S. 413 ff.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479, 488.

1146 Siehe hierzu jüngst *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung; *Hansen*, Warum Urheberrecht?; *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, S. 479; *Nolte*, ZUM 2012, S. 740.

1147 Siehe hierzu bereits Kap. 1 A. II. 3., B. II. 2.

1148 *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 24.

1149 Siehe vorstehend Kap. 3 B. II.

1150 *Sprigman u. a.*, B.U. L. Rev. 2013, S. 1389; *Sprigman u. a.*, Law and Legal Theory Working Paper Series 2012-02, 2012.

1151 Beispiele hierfür sind neben dem Softwarebereich etwa die Filmbranche sowie sämtliche Leistungsschutzrechte von Verwertern.

für die Frage, ob eine Person tatsächlich kreativ tätig wird oder nicht.¹¹⁵³ Kreative Werke werden aus vollkommen anderen, vor allem persönlichen und sozialen Gründen erstellt und verbreitet.¹¹⁵⁴ Dabei ist jedoch nicht die wirtschaftliche Verwertbarkeit relevant, sondern vor allem die Zuweisung eines Werks zu seinem Urheber – wie sie etwa durch die Namensnennung geschieht. Dies erklärt zum Teil auch den Erfolg freier Lizenzen. Eine Vielzahl der Beweggründe¹¹⁵⁵ für eine freie Lizenzierung setzt voraus, dass nach außen hin erkennbar ist, wer Urheber eines Werks ist. Das Teilen eines Werks kann i. d. R. nur dann als Akt des kommunikativen oder sozialen Austauschs angesehen werden, wenn das Werk auch auf eine bestimmte Person zurückgeführt werden kann. Auch der Effekt auf die eigene Selbstwahrnehmung hängt wesentlich davon ab, dass ein Bezug zwischen Werk und Urheber herstellbar ist. Dasselbe gilt für Reziprozitäts- oder Kooperationserwartungen und erst recht für die verschiedenen ökonomischen Gründe zum Teilen eines Werks. Dementsprechend ist die Nennung des Originalurhebers bei nahezu allen freien Lizenzen auch die wichtigste Pflicht des Nutzers. Anhand von Debatten über die Verwendung freier Lizenzen lässt sich darüber hinaus nachvollziehen, dass auch andere persönlichkeitsrechtliche Fragen wie etwa die Grenzen von Bearbeitungen (Stichwort: Entstellungsschutz) für viele Personen bei der Entscheidung über das Für und Wider einer freien Lizenzierung relevant sind.

Kreutzer schlägt deshalb vor, generell vermögensrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Aspekte des Urheberrechts wesentlich stärker zu trennen.¹¹⁵⁶ Während das Urheberrecht als Wirtschaftsrecht allein die vermögensrechtliche Seite regelt (von *Kreutzer* als „Werkschutz“ bezeichnet), könnte das Urheberpersönlichkeitsrecht als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verortet und gesondert geregelt werden (von *Kreutzer* als „Urheberschutz“ bezeichnet). Dies hätte den Vorteil, dass die einzelnen Schutzgüter besser getrennt wären und somit eine dogmatisch und systematisch klarere und nachvollziehbare Rechtfertigung für einzelne Regelungen gefunden werden kann.¹¹⁵⁷ Zudem wäre so eine aufgrund der Globalität der digitalen Welt gebotene internationale Angleichung der verschiedenen Urheberrechtstraditionen leichter möglich, ohne den Urheberschutz gänzlich aufzugeben.¹¹⁵⁸ Investitionsschutzgedanken und persönlichkeitsrechtliche Legitimation wären getrennt. In diese Entwicklungsrichtung weist letztlich bereits die europäische Rechtsentwicklung. Sowohl die InfoSoc-Richtlinie¹¹⁵⁹ als auch der aktuelle Entwurf einer neuen Urheberrechtsrichtlinie klammern Urheberpersönlichkeitsrechte explizit aus

1152 Siehe hierzu die bereits genannten Studien zu Einnahmen verschiedener Kreativer von *Kretschmer*, Does Copyright Law Matter?; *Towse*, Creativity, Incentive and Reward; *Abbing*, Why are artists poor?

1153 Siehe hierzu die vorstehenden Ausführungen zum Anreizparadigma in Kap. 3. B. II. 1.

1154 Siehe zu den „wahren“ Gründen für kreatives Handeln vorstehend unter Kap. 3. B. II. 2.

1155 Siehe hierzu vorstehend unter Kap. 3. B. III.

1156 *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts, S. 413 ff.

1157 *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts, S. 415.

1158 *Kreutzer*, Modell des Urheberrechts, S. 415 f.

1159 Richtlinie 2001/29/EG.

und befassen sich allein mit wirtschaftlichen Aspekten. Hier könnte durch eine klarere Trennung und ein Bekenntnis zu den unterschiedlichen Schutzzwecken ein Legitimationsgewinn erreicht werden.

3. Differenzierung als Ausweg

Ferner zeigen sowohl das Ausmaß als auch die Hintergründe der Verwendung verschiedener Arten von selbstbeschränkenden Selbstregulierungsmechanismen, dass eine weitaus stärkere Differenzierung der urheberrechtlichen Regeln je nach konkretem Regelungsobjekt und Umgebungsvariablen notwendig wäre. Während bestimmte urheberrechtliche Regelungen in manchen Konstellationen gerechtfertigt sein mögen, sind sie in anderen Konstellationen überflüssig und zum Teil sogar schädlich. Das Urheberrecht selbst trifft jedoch (von Ausnahmen abgesehen) keinerlei Differenzierung nach Schutzgegenstand, Person des Urhebers, Motivation und Interessen sowie technologischen Unterschieden.¹¹⁶⁰ Dies führt dazu, dass es aufgrund seiner Anwendbarkeit auf die unterschiedlichsten Konstellationen nur in den wenigsten Fällen tatsächlich den Punkt optimaler ökonomischer Effizienz erreicht.¹¹⁶¹

Im Wege von Selbstregulierung sind die jeweiligen Akteure zumindest in der Lage, auf freiwilliger Basis in gewissen Grenzen für etwas mehr Flexibilität zu sorgen. Dadurch werden zumindest einige der durch die unzureichende Differenzierung verursachten Ineffizienzen abgemildert. Während der tatsächliche gesamtgesellschaftliche Vorteil im Fall der geduldeten Nutzung in der aktuellen Praxis eher zweifelhaft sein dürfte,¹¹⁶² ist ein entsprechender Vorteil durch freie Lizenzen durchaus feststellbar. Dieser Effekt ist jedoch durch die praktischen Probleme und begrenzte Verbreitung der Lizenzen in seiner Wirkung gehemmt.¹¹⁶³ Grundsätzlich könnte aber wohl eine freiwillige Beschränkung einmal entstandener Urheberrechte prinzipiell geeignet sein, eine stärkere Differenzierung herbeizuführen und dadurch bestehende Unzulänglichkeiten des geltenden Urheberrechts abzumildern.¹¹⁶⁴ Es handelt sich dabei um einen weiteren Ansatzpunkt zur Ausgestaltung von Ausschließlichkeitsrechten: sie können nicht nur durch den Gesetzgeber in Gestalt von Rechten und Schranken geformt und ausgestaltet werden, sondern auch durch rechtsbegründende oder eben rechtsbeschränkende Handlungen des Rechtsinhabers.

1160Die unzureichende Differenzierung dürfte dabei zum Teil auf der vorstehend kritisierten unzureichenden Trennung zwischen persönlichkeitsrechtlicher Rechtfertigung des Schutzes an sich und ökonomischer Rechtfertigung der Ausgestaltung beruhen.

1161Kerber, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 31, 59; Leistner, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 422.

1162Denkbar wäre insoweit jedoch - zur Steigerung des Nutzerschutzes - die Einführung einer Offenlegungsverpflichtung für Second Level Agreements oder die Etablierung gewisser Mindestvoraussetzungen, siehe hierzu Lev Aretz, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 184.

1163Siehe hierzu vorstehend Kap. 5. A. II. 2.

1164Dusollier, in: Guibault/Angelopoulos (Hrsg.), Open Content: From Theory to Practice, S. 75, 97; Guibault, in: Guibault/Hugenholtz (Hrsg.), Future of the Public Domain, S. 87, 95.

Derartige Handlungen können somit eine Art Filterfunktion ausüben.¹¹⁶⁵ Ein vergleichbares Beispiel sind etwa Immaterialgüterrechte, die vor ihrer Entstehung einer vorherigen Registrierung bedürfen – etwa das Patentrecht oder das Urheberrecht in den USA vor 1989. Dort ist eine aktive Handlung des Schöpfers erforderlich, um überhaupt rechtlichen Schutz zu erlangen. Die Folge ist, dass nur dort, wo eine Registrierung aus Sicht des Schöpfers oder Erfinders aus irgendeinem Grund sinnvoll und gewünscht ist, ein Ausschließlichkeitsrecht entsteht. Gerade auch im Zusammenhang mit der radikalen Veränderung der Werkproduktion und Verbreitung durch die Digitalisierung wurde daher von verschiedener Seite immer wieder die Wiedereinführung von Registrierungsformalitäten für Urheberrechte in verschiedenster Form (und damit eine Abschaffung oder Umgehung von Art. 5 Abs. 2 RBÜ) vorgeschlagen.¹¹⁶⁶

Die Einführung einer Registrierungspflicht könnte wohl in der Tat eine ganze Reihe der aktuellen Probleme des Urheberrechts beseitigen. Zudem dürften die praktischen Probleme eines Registrierungssystems angesichts der digitalen Technologien inzwischen weitaus geringer sein als zu früheren Zeiten.¹¹⁶⁷ Da bisher jedoch unter anderem unklar ist, wie in einem solchen System etwa die wohl zu Recht mit dem Schöpfungsakt entstehenden Urheberpersönlichkeitsrechte – insbesondere von den dann besonders schutzwürdigen Laien-Urhebern – auch ohne vorherige Registrierung sinnvoll geschützt werden könnten oder welche Rechte von einer Registrierungspflicht wie betroffen sein sollten, dürfte es sich dabei zunächst um relativ utopische bzw. spekulative Vorschläge handeln.¹¹⁶⁸ Abgestufte Modelle, wie sie etwa von *Bitton* in Form eines „Gradual Dedication Modell“¹¹⁶⁹ oder auch von *Lessig*¹¹⁷⁰ vorgeschlagen wurden, erscheinen daher durchdachter und sinnvoller als eine bloße (Wieder-)Einführung von Registrierungspflichten.

Ausgehend von der Analyse verschiedener Selbstregulierungsprozesse stellt sich in diesem Zusammenhang jedoch die Frage, ob nicht eine Art freiwilliges Opt-Out-System helfen könnte, einige der bestehenden Unzulänglichkeiten des Urheberrechts zu bekämpfen. Ein solches System könnte u. a. dazu führen, dass ein höherer

1165 *Sprigman*, Stanford L. Rev. 2004, S. 485, 502 ff.; *Gompel*, Amsterdam Law School Research Paper 2012/09, 2012, 11.

1166 *Gompel*, Formalities in Copyright Law; *Guibault*, in: Guibault/Hugenholtz (Hrsg.), Future of the Public Domain, S. 87, 95; *Lessig*, The Future Of Ideas, S. 251; *Lessig*, Remix, S. 260 ff.; *Landes/Posner*, U. Chi. L. Rev. 2003, S. 471; *Sprigman*, Stanford L. Rev. 2004, S. 485; *Kuhne III*, Loy. L. Rev. 2004, S. 549; *Samuelson*, Utah L. Rev. 2007, S. 551; differenzierender *Dusollier*, in: Guibault/Angelopoulos (Hrsg.), Open Content: From Theory to Practice, S. 75; *Spindler*, NJW 2014, S. 2550, 2551.

1167 Eine Studie im Auftrag der EU-Kommission kam (u.a.) zum Ergebnis, dass vorherige Registrierungen mit geringeren Transaktionskosten verbunden sein können als Schrankenregelungen, siehe *Langus/Neven/Shier*, Assessing the Economic Impacts of Adapting Certain Limitations and Exceptions to Copyright and Related Rights in the EU, S. 69.

1168 *Spindler*, NJW 2014, S. 2550, 2551.

1169 *Bitton*, TIPLJ 2011, S. 65.

1170 *Lessig*, Free Culture, S. 287 ff.

Grad an Schutzrechtsdiversifizierung erreicht wird.¹¹⁷¹ Dabei könnte der Ansatz der freien Lizenzen aufgegriffen werden und durch eine noch auszuarbeitende Art staatlicher Anerkennung und Regelung ein Teil der aktuellen Effektivitäts- und Rechtssicherheitsprobleme gemildert werden. Ein allein auf Freiwilligkeit basierender Ansatz dürfte dabei – wie bisher auch freie Lizenzen – vor allem in Bereichen, in denen das Urheberrecht als Wirtschaftsrecht für den Urheber selbst schon bisher keine große Rolle spielte, Aussicht auf Erfolg haben, etwa bei Amateur-Urhebern, in der Wissenschaft oder bei öffentlich-rechtlich finanzierten Werken. Überall dort, wo hingegen primär wirtschaftliche Gründe für die Werkproduktion ausschlaggebend sind (d. h. innerhalb der klassischen Urheberrechtsindustrien), dürfte ein Opt-Out nur dann stattfinden, wenn er auch tatsächlich wirtschaftlich sinnvoll erscheint.¹¹⁷² Angesichts der gestiegenen Bedeutung der Amateurkreativität, des durch die Digitalisierung ermöglichten kulturellen Wandels hin zu einer stärkeren Partizipationskultur und des Schwindens der Bedeutung von Verwertern bzw. ihrer Existenzrechtfertigung¹¹⁷³ erscheint solch ein Ansatz dabei durchaus geeignet, einige der Spannungen des aktuellen Urheberrechts abzumildern.¹¹⁷⁴

B. Selbstregulierung als Weg für ein faires Urheberrecht?

Auf Grundlage der soeben vorgenommenen Bewertung bisheriger Selbstregulierungsansätze im Urheberrecht stellt sich somit die Frage, ob und inwieweit Selbstregulierung ergänzend oder an Stelle gesetzlicher Regelungen treten könnte, um etwa eine flexiblere und stärker differenzierte Rechtsanwendung zu ermöglichen.

I. Erfordernis staatlicher Regelungen

Dabei ist zunächst klarzustellen, dass Selbstregulierung für sich genommen kein Allheilmittel darstellen kann. Wesentliche Entscheidungen und Entwicklungen allein den freien Kräften des Markts zu überlassen, erscheint in einem so sensiblen Bereich mit großer Nähe zu Persönlichkeitsrechten, Meinungs- und Kunstfreiheit sowie gesellschaftlichem und demokratischem Diskurs der falsche Weg.¹¹⁷⁵ Selbstregulierung kann effizienter sein und zu höherer Einzelfallgerechtigkeit führen – wesentliche Wertungsentscheidungen sind jedoch in einem demokratischen Rechtsstaat originäre Aufgabe des Gesetzgebers. Seine Aufgabe ist es nicht nur, durch einen möglichst effektiven Markt zu gestalten, sondern vor allem auch Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit, der öffentlichen Ordnung, der Allgemeininteressen und

1171 *Dusollier*, in: Guibault/Angelopoulos (Hrsg.), *Open Content: From Theory to Practice*, S. 75, 95 ff.

1172 Dass dies nicht ausgeschlossen ist, zeigen die unter Kap. 3 A. dargestellten ökonomischen Vorteile freier Lizenzen sowie die unter Kap. 3 A. IV. dargestellten Geschäftsmodelle.

1173 Siehe hierzu die Argumente bei *Waldfoegel*, in: Lerner/Stern (Hrsg.), *Innovation Policy and the Economy*, 105.

1174 Siehe hierzu ausführlicher nachstehend unter Kap. 5 B. III.

1175 So vollkommen zurecht die Kritik von *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, S. 13, 23.

der Schutzbedürftigkeit zu berücksichtigen.¹¹⁷⁶ Zudem ist der Gesetzgeber aufgrund seiner Ausgestaltungsbefugnis für das Urheberrecht in der Lage, weitaus effektiver und wirkmächtiger die bestehenden Probleme des Urheberrechts zu lösen als dies private Akteure je könnten. Selbstregulierung kann somit allenfalls einzelne Aspekte wie genauere Differenzierung, Anpassung an technologische Veränderungen und Abwicklung transnationaler Rechtsbeziehungen vereinfachen. Selbstregulierung ist somit nur in sehr begrenztem Umfang eine Lösung, jedoch aktuell als vorübergehender „Flicken“ zur Vermeidung größerer Schäden angesichts gesetzgeberischer Untätigkeit möglicherweise unvermeidbar.¹¹⁷⁷

Gerade in Bezug auf kreative Nutzung und massenhafte, marginale Rechtsverletzungen wären eigentlich einige wesentliche Entscheidungen zu Reichweite und Grenzen des Urheberrechts durch den Gesetzgeber zu treffen. Die Frage der Reichweite des digitalen Urheberrechts erfordert eine grundlegende Neubestimmung des Existenzzwecks des digitalen Urheberrechts, ebenso die Bestimmung der Grenzlinie zwischen freier und unfreier Bearbeitung. Diese Entscheidungen können nicht allein an die Rechtsinhaber und Nutzer delegiert werden. Gleichwohl dürfte dies erst einmal in weite Ferne gerückt sein. Die aktuelle Fassung eines Entwurfs für eine neue Urheberrechtsrichtlinie durch die EU-Kommission gibt wenig Anlass, in naher Zukunft eine grundlegende Neuanpassung des digitalen Urheberrechts zu erwarten.

Dennoch ist die (zum Teil bewusst) unzureichende Differenzierung zwischen verschiedensten Anwendungsbereichen und Situationen neben der rasant noch fortschreitenden Entwicklung der Digitalisierung und deren Ubiquität eines der Hauptprobleme des bisherigen Urheberrechts. Sofern der Gesetzgeber sich dazu entschließen sollte, den bisher verfolgten Einheitlichkeitsansatz zu verlassen, wäre eine klare Differenzierung zwischen verschiedenen Werkarten und Konstellationen zwingend nötig.¹¹⁷⁸ Angesichts der Tatsache, dass naturgemäß nicht für jede Konstellation eine angemessene ex ante Lösung gefunden werden kann, bleibt auch dann, wenn die wesentlichen Leitentscheidungen vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber getroffen worden sind, Raum für eine individuellere Anpassung an eine konkrete Einzelsituation im Wege der Selbstregulierung. Private Akteure kennen ihr Umfeld besser als der Gesetzgeber. Durch die Geschwindigkeit technologischer Neuerungen schwindet die Wahrscheinlichkeit, dass eine vom Gesetzgeber ex ante getroffene, einheitliche Entscheidung alle Interessen gleichermaßen befrie-

1176Siehe zu den Aufgaben des Staats im Verhältnis zu Selbstregulierung *De Filippi*, Copyright Law in the Digital Environment, S. 101; *Wagner/Radin*, Chi.-Kent L. Rev. 1998, S. 1295.

1177Entsprechend sehen auch viele Anhänger freier Lizenzen diese nur als „zweitbeste Lösung“ oder Notbehelf, etwa *Merges*, U. Chi. L. Rev. 2004, S. 183, 184; *Eidenberger/Ortner*, in: Dobusch/Forsterleitner (Hrsg.), Freie Netze. Freies Wissen, S. 42, 56; *Euler*, in: Drossou/Krempf/Poltermann (Hrsg.), Die wunderbare Wissensmehrung, S. 147, 156.

1178*Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 411.

digt.¹¹⁷⁹ Dies lässt grundsätzlich Raum für private Regulierung.¹¹⁸⁰ Zudem ist gerade im Urheberrecht private Regulierung eigentlich ein Kernelement – schließlich werden dem Urheber gerade deshalb Rechte verliehen, damit er darüber im Rahmen privater Verträge verfügen kann.¹¹⁸¹

II. Raum für geordnete Selbstregulierung

Es stellt sich somit die Frage, ob und inwieweit die hier vorgestellten Ansätze privater Selbstregulierung innerhalb eines gesetzlich vorgegebenen Rahmens die bestehenden Probleme des digitalen Urheberrechts lösen könnten.

1. Art. 17 des Entwurfs einer neuen Urheberrechtsrichtlinie

Selbstregulierung kann gesetzgeberische Entscheidungen nur dort ersetzen oder ergänzen, wo sämtliche Betroffenen auch tatsächlich in der Lage und Willens sind, diese Fragen selbstbestimmt zu regeln.¹¹⁸² Dies ist im typischen Fall geduldeter Nutzung aufgrund von Informationsasymmetrien und Machtungleichgewichten nicht der Fall. Hier kann keine von beiden Seiten selbstbestimmte alternative Regelung getroffen werden, weil eine Seite typischerweise strukturell stark unterlegen ist. Lediglich Plattformbetreiber und Rechtsinhaber untereinander könnten als zumindest teilweise strukturell vergleichbar angesehen werden. Deshalb ist vorgeschlagen worden, die bereits bestehenden Industriestandards und Selbstregulierungsprozesse im Verhältnis zwischen Plattformanbietern und Rechtsinhabern zum Anlass zu nehmen, die Frage der Störerhaftung durch industrielle Selbstregulierung innerhalb bestimmter gesetzlicher Grenzen zu lösen.¹¹⁸³ Solch ein Ansatz hätte durchaus vielversprechende Vorteile, da das aus Sicht der Rechtsinhaber bedeutsame Problem der Rechtsdurchsetzung im digitalen Raum durch ein Vergütungssystem ersetzt wird.¹¹⁸⁴

Im aktuellen Entwurf für eine neue Urheberrechtsrichtlinie¹¹⁸⁵ ist in Art. 17 Abs. 1 vorgesehen, dass Diensteanbieter selbst einen Akt der öffentlichen Zugänglichmachung vornehmen, wenn sie von Nutzern hochgeladene Werke auf ihrer Homepage zum Abruf anbieten. Sie müssen daher entsprechende Rechte von Rechtsinhabern hierfür erwerben. Wo dies im Vorhinein nicht möglich ist, haftet der Diensteanbieter für die Veröffentlichung des vom Nutzer hochgeladenen Werkes, sofern er nicht nachweisen kann, dass er (a) alle Anstrengungen zum Erwerb der Rechte ergriffen

1179 *De Filippi*, Copyright Law in the Digital Environment, S. 38.

1180 *De Filippi*, Copyright Law in the Digital Environment, S. 37.

1181 *De Filippi*, Copyright Law in the Digital Environment, S. 39.

1182 *Wagner/Radin*, Chi.-Kent L. Rev. 1998, S. 1295, 1309; *De Filippi*, Copyright Law in the Digital Environment, S. 102.

1183 *Leistner/Stang*, WRP 2008, S. 533, 554; *Leistner*, ZGE/IPJ 2009, S. 403, 439; wohl auch *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 183 ff.

1184 *Lev Aretz*, Akron L. Rev. 2012, S. 137, 166 ff.

1185 Die bisher nicht amtliche, konsolidierte Fassung ist abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0245-AM-271-271_DE.pdf [letzter Abruf 28.03.2019]. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt steht noch die Zustimmung des Rates der Europäischen Union aus.

hat, (b) anhand branchenüblicher Standards sicherstellt, dass Werke, für die ihm die Rechtsinhaber Informationen zu Verfügung gestellt haben, nicht verfügbar sind und (c) im Fall eines Hinweises den Zugang zu einem solchen Werk nicht unverzüglich sperrt und seinen künftigen Wieder-Upload verhindert. Diese Regelung sieht sich zurecht heftiger inhaltlicher Kritik ausgesetzt.¹¹⁸⁶

Die Regelung stellt in Abs. 1 klar, dass Diensteanbieter, die ein von einem Nutzer hochgeladenes Werk auf ihrer Homepage veröffentlichen, mit dieser Handlung selbst einen Akt der öffentlichen Zugänglichmachung vornehmen. Damit wurde in der schließlich verabschiedeten Fassung ein im ursprünglichen Entwurf zurecht kritisiertes¹¹⁸⁷ unklares Verhältnis zwischen Art. 17 der neuen Urheberrechtsrichtlinie und Art. 14 der E-Commerce-Richtlinie¹¹⁸⁸ eindeutiger geregelt. Dies stellt Abs. 3 nochmals klar, indem er für diese Art von Diensten eine Bereichsausnahme in Bezug auf das Provider-Privileg statuiert. Es wird somit klar geregelt, dass sich ein entsprechender Anbieter eigene Rechte durch die Rechtsinhaber einräumen lassen muss. Dies betrifft dem Grunde nach die Rechte an sämtlichen Werken, die Nutzer des Anbieters potentiell hochladen könnten. Gelingt es ihm nicht, für ein von einem Nutzer hochgeladenes Werk vorab ein Lizenz zu erwerben, haftet er gegenüber dem Rechtsinhaber jedoch nur nach Maßgabe von Abs. 4 ff.

Nach Art. 17 Abs. 4 der Regelung kann sich der Anbieter unter den bereits zuvor genannten Voraussetzungen exkulpieren. Art. 17 Abs. 5 gibt relativ offene Vorgaben, anhand derer die Erfüllung dieser Voraussetzungen im Einzelfall zu überprüfen sind. Hierzu zählen Art, Umfang und Publikum des Dienstes, Werkart sowie die tatsächlich zu Verfügung stehenden Schutzmöglichkeiten bzw. deren Aufwand und Kosten. So erfreulich es ist, dass von Seiten des Gesetzgebers versucht wird, durch offene Formulierungen eine angesichts der Vielzahl formal unter die Norm fallender unterschiedlicher Dienste eine angemessene Regelung im Einzelfall zu finden, bleibt abzuwarten, ob es dem nationalen Gesetzgeber gelingt, diese Vorgaben in praxistaugliches und rechtssicheres nationales Recht umzusetzen. Entgegen den

1186 *Angelopoulos*, On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market; *Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1; Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, Stellungnahme zur vorgeschlagenen Modernisierung des EU-Urheberrechts, abrufbar unter https://pure.mpg.de/rest/items/item_2470998_12/component/file_2479390/content [letzter Abruf 15.02.2019], Teil G; *Suwelack*, MMR 2018, S. 582; *Specht*, GRUR 2019, S. 253; *Hofmann*, GRUR 2018, S. 21; *Berberich*, GRUR-Prax 2017, S. 269; *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, S. 327 siehe hierzu ferner die offenen Briefe zahlreicher renommierter europäischer Forscher im Bereich Urheberrecht, abrufbar unter https://www.create.ac.uk/wpcontent/uploads/2017/02/OpenLetter_EU_Copyright_Reform_24_02_2017.pdf und https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2018/04/OpenLetter_EU_Copyright_Research_Centres_26_04_2018.pdf [letzter Abruf 28.03.2019].

1187 *Angelopoulos*, On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, S. 31 ff.

1188 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

Zielen der Richtlinie droht hierdurch angesichts der sehr offen formulierten Vorgaben möglicherweise erneut eine starke Zersplitterung unterschiedlicher nationaler Regelungen. Bis der EuGH sich in diesen Fragen positionieren und eine für die Praxis handhabbare Linie entwickeln kann, dürfte jedoch über viele Jahre eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit bestehen. Dies mag für die großen Digitalkonzerne verschmerzbar sein, trifft aber kleinere Marktteilnehmer ungleich härter. Hierbei ist insbesondere problematisch, dass die in Abs. 6 vorgesehene Ausnahme für Start-Ups unabhängig davon, welchen Bekanntheitsgrad oder Reichweite ein neuer Dienst tatsächlich erreicht, jedenfalls nur in den ersten drei Jahren seit erstmaliger Zurverfügungstellung des Dienstes eingreift. Auch ein Anbieter mit weniger als 5 Mio. durchschnittlichen monatlichen Nutzern und einem Jahresumsatz unter 10 Mio. € (z. B. ein Reise-Forum mit der Möglichkeit des Bilder-Uploads) fällt aus dieser Ausnahme heraus, sobald sein Dienst bereits länger als drei Jahre verfügbar ist. Lediglich anhand der zuvor genannten offenen Kriterien in Abs. 5 ist in gewissem Umfang ein „Schutz“ derartiger Dienste möglich.

Positiv zu bewerten ist jedoch die Regelung in Art. 17 Abs. 2, wonach die Mitgliedsstaaten vorsehen sollen, dass eine Vereinbarung zwischen Anbieter und Rechtsinhaber über die Veröffentlichung von Werken auf der Seite des Anbieters auch die von Seiten eines nicht-gewerblich handelnden Nutzers hierfür erforderlichen Rechte umfasst. Dies beseitigt jedenfalls auf den Plattformen, die eine Lizenz mit einem Rechtsinhaber abgeschlossen haben, die das hochgeladene Werk umfasst, ein auf Seiten der Nutzer bisher bestehendes Rechtssicherheitsdefizit.¹¹⁸⁹

Problematisch ist jedoch ungeachtet der konkreten tatsächlichen nationalen Umsetzung dieser Vorgaben, wie diese anders als durch den Einsatz von Filtertechnologie erreicht werden sollen. Insoweit erscheint zunächst zweifelhaft, wie eine umfassende Prüfung sämtlicher hochgeladener Werke etwa auf eine Social-Media-Plattform mit der Auslegung der Grundrechte-Charta durch den EuGH in Sachen Scarlet SABAM¹¹⁹⁰ in Einklang zu bringen ist.¹¹⁹¹ Zwar stellt Art. 17 Abs. 8 klar, dass die Anwendung dieses Artikels nicht zu einer allgemeinen Pflicht zur Überwachung von Inhalten führen darf. Wie die Regelung allerdings umgesetzt werden soll, ohne dass vor Veröffentlichung sämtliche Inhalte gefiltert werden, bleibt offen.

Die Regelung ist nach Ansicht der EU-Kommission erforderlich, um den sogenannten „Value Gap“¹¹⁹² zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern zu beseitigen.¹¹⁹³ Ohne eine entsprechende Verpflichtung könnten Plattformbetreiber den Abschluss entsprechender Vereinbarungen verweigern oder unfaire Bedingungen festlegen. Dabei fehlt bisher jeglicher Beleg für einen durch diese Plattformen verursachten Einnahmeverlust der Rechtsinhaber.¹¹⁹⁴ Umgekehrt wurden die zahlreichen

¹¹⁸⁹Siehe hierzu ausführlicher vorstehend unter Kap. 2 II.

¹¹⁹⁰EuGH Urt. v. 24.11.2011, C-70/10, GRUR 2012, 265 Rn. 38 ff.

¹¹⁹¹Angelopoulos, On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, S. 38 ff.

Nachweise für eine positive Wirkung der Digitalisierung und Nutzerkreativität¹¹⁹⁵ offenbar überhaupt nicht berücksichtigt.¹¹⁹⁶ Dasselbe gilt für Nachweise zur Effektivität bisheriger Notice-and-Take-Down-Verfahren.¹¹⁹⁷

Am schwersten wiegt jedoch, dass die Regelung nicht danach differenziert, ob durch den Nutzer ein fremdes Werk ohne jegliche eigene Bearbeitung, kommunikativ-soziale Komponente oder inhaltliche Auseinandersetzung hochgeladen wird, oder ob eine irgendwie geartete kreative, soziale oder kommunikative Auseinandersetzung mit dem Werk stattfindet. Die Regelung zieht ihrer politischen Begründung nach vor allem auf die zuerst genannte Form von Uploads, trifft aber zweitens am stärksten. So erwähnt die Regelung mit keinem Wort die Tatsache, dass auch Nutzern Urheberrechte an den von ihnen bearbeiteten, hochgeladenen Werken zustehen können und berücksichtigt die möglichen Vorteile einer stärkeren kreativen Nutzungsmöglichkeit an keiner Stelle. Nach Art. 17 Abs. 7 sollen die Mitgliedsstaaten zwar sicherstellen, dass Nutzer sich weiterhin auf bestehende Schranken etwa zum Zitatrecht oder Parodien stützen können. Es bleibt jedoch vollkommen unklar, wie eine zwingende Etablierung von Filtertechnologie in angemessener Art und Weise sämtliche beteiligten Interessen wahren soll. Wenn sich etwa Gerichte bereits schwer tun, eine Bearbeitung von einer freien Benutzung zu unterscheiden, ist vollkommen unklar, wie ein auf Algorithmen basierender Filter diese Unterscheidung automatisiert für eine Vielzahl von Werkkategorien bewerkstelligen soll. Filtertechnologie ist angesichts der bisherigen Fehlerraten und Missbrauchsmöglichkeiten offensichtlich ungeeignet, eine dauerhaft angemessene Lösung zum Umgang mit nutzergenerierten Inhalten darzustellen.¹¹⁹⁸ Es wäre an dieser Stelle wohl weitaus zielführender, bestimmte Nutzerhandlungen, gegebenenfalls vergütungspflichtig, vom Urheberrecht auszunehmen.¹¹⁹⁹

Die nunmehr getroffene Regelung geht die bestehenden Probleme darüber hinaus nur auf der Ebene Verwerter/Plattformbetreiber an und lässt Urheber und Nutzer

1192Die Rhetorik vom „Value Gap“ als Einnahmendifferenz zwischen Rechtsinhabern und Plattformanbietern wie Youtube wurde von der Musikindustrie vorgebracht, um Forderungen nach einer stärkeren Einnahmenbeteiligung an den Gewinnen großer UGC-Plattformen zu rechtfertigen. Tatsächlich konnte ein Einfluss auf die Einkünfte der Rechtsinhaber bisher jedoch nicht belegt werden. Es handelt sich somit nur um eine Forderung der Rechtsinhaber, auch an nur mittelbar auf eigenen Werken beruhendem UGC umfassend finanziell beteiligt zu werden. Siehe hierzu kritisch *Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1, 7 f.

1193Siehe hierzu S. 3 der Entwurfsveröffentlichung KOM(2016) 593 final.

1194*Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1, 8.

1195Siehe hierzu auch ausführlich Kap. 3.

1196*Frosio*, Nw. U.L.Rev. Online 2017, S. 1, 8.

1197Siehe hierzu grundlegend *Urban/Karaganis/Schofield*, Notice And Takedown In Everyday Practice.

1198Siehe hierzu ausführlicher bereits vorstehend unter Kap. 4 B. II.

1199So auch der Vorschlag des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, Stellungnahme zur vorgeschlagenen Modernisierung des EU-Urheberrechts, abrufbar unter https://pure.mpg.de/rest/items/item_2470998_12/component/file_2479390/content [letzter Abruf 14.02.2019], Teil G, S. 107.

außen vor. Zwar profitieren sowohl Urheber als auch Nutzer möglicherweise mittelbar von entsprechenden Vereinbarungen. Für Urheber könnte die hierdurch erreichte Vergütung und Verbreitung möglicherweise höher sein als im Rahmen des bisherigen Status quo. Nutzer würden von leichterem Zugang zu Werken und der Möglichkeit der Verbreitung eigener transformativer Werke profitieren. Aber: Es ist völlig unklar, wie ein solches System etwa die Urheberrechte kreativer Nutzer berücksichtigen können soll. Zudem dürfte es auch hier zu einer schleichenden Erosion des Urheberrechts kommen – schließlich weiß so am Ende kein kreativer Nutzer mehr, was tatsächlich erlaubt ist und was nicht. Die Grenzen kreativer Tätigkeiten würden so nicht vom Gesetzgeber, sondern von Konzernen festgelegt. Das Problem massenhafter, oftmals vor allem durch Laien begangener Urheberrechtsverletzungen wird hingegen nicht gelöst – lediglich die Symptome werden kaschiert. Es bleibt eine Rechtsverletzung, die stets durch den Rechtsinhaber verfolgt werden kann. An Stelle eines Interessenausgleichs tritt so die Freiheit der Anbieter, ihre Bedingungen zu diktieren.¹²⁰⁰ Ferner ist zweifelhaft, wie eine solche Regelung technisch so umgesetzt werden könnte, dass nicht nur marktmächtige Rechtsinhaber und Plattformanbieter in den Genuss dieser Privilegierung gelangen, sondern auch neue Wettbewerber oder einzelne Urheber, die ihre Rechte nicht von Dritten wahrnehmen lassen.

Richtig ist an diesem Ansatz hingegen, dass das Instrument der Störerhaftung angesichts massenhafter marginaler Rechtsverletzungen mit kreativ-kommunikativem Hintergrund allein nicht ausreicht, um die Probleme insbesondere nutzergenerierter Inhalte zu lösen. Es erscheint jedoch sehr zweifelhaft, ob flankierende Pflichten und Vorgaben für Selbstregulierung auf Ebene der Rechtsinhaber und Plattformanbieter eine bessere Alternative sind. Ebenso ist zweifelhaft, ob die Vorgaben tatsächlich so gestaltet werden können, dass auch die Interessen von Nutzern und Urhebern in gleichem Maße gewahrt werden wie die der Plattformbetreiber und Verwerter.¹²⁰¹

2. Standardisierte freiwillige Rechtsbeschränkung

Denkbar ist Selbstregulierung hingegen dort, wo tatsächlich gleichberechtigte Akteure selbstbestimmt die Grenzen des ihnen zustehenden Rechts durch eigene Entscheidung festlegen, wie typischerweise im Rahmen freier Lizenzen.

Der große Vorteil eines derartigen freiwilligen Ansatzes im Vergleich zur Schaffung neuer Schranken liegt in seiner grundsätzlichen Freiwilligkeit. Schranken können die Rechte des Urhebers immer nur soweit begrenzen, wie es aus einer ex ante Sicht für eine Vielzahl von Konstellationen angemessen und zumutbar ist und soweit der Dreistufentest erfüllt wird. Freiwillige Beschränkungen können daher – auch wenn sie seltener zur Wirkung gelangen als zwingende Schranken – weitrei-

¹²⁰⁰Wiebe, in: Taeger/Wiebe/Kilian (Hrsg.), Festschrift Kilian, S. 603, 613.

¹²⁰¹Sehr kritisch gegenüber Selbstregulierung innerhalb heterogener Gruppen bereits in den Anfangstagen des Internets Wagner/Radin, Chi.-Kent L. Rev. 1998, S. 1295, 1309.

chender sein als es eine Schranke je könnte.¹²⁰² Ihre Anwendung und Reichweite wäre zudem nicht von vornherein für sämtliche (vermeintlich) vergleichbaren Situationen festgelegt, sondern könnte immer dort eingesetzt werden, wo es der Berechtigte selbst für sinnvoll hält. Zudem bieten freie Lizenzen mehr Flexibilität in der Rechtsanwendung als Schranken bei gleichzeitig höherer Rechtsklarheit. Anstatt mit unbestimmten Rechtsbegriffen wird mit relativ klar festgeschriebenen Lizenzen gearbeitet. Es handelt sich somit letztlich um eine Art begrenztes, freiwilliges Opt-Out-System.

III. Freie Lizenzen als Grundlage einer weiteren gesetzlichen Ausgestaltung

Erkennt man an, dass freie Lizenzen als selbstregulierende Mechanismen das Potential haben, einige Probleme des gegenwärtigen Urheberrechts zwar nicht zu lösen, aber zumindest ihre negativen Folgen abzumildern, stellt sich die Frage, wie der Staat diese Potentiale weiterentwickeln und fördern könnte. Private Initiativen zur Beseitigung der durch das geltende Recht aufgeworfenen Probleme können schließlich nur funktionieren, wenn und soweit sie vom Staat anerkannt und unterstützt werden.¹²⁰³ Durch die kombinierten Vorteile aus freiwilliger Selbstbeschränkung und staatlicher Rechtssetzungsmacht könnte dem Ansatz freier Lizenzen so zu weitaus mehr Wirksamkeit verholfen werden. Die größten Probleme freier Lizenzen liegen bisher nicht darin, dass niemand freiwillig auf seine Rechte verzichten möchte, sondern in Rechtsunsicherheit und suboptimaler Effizienz. Diese Probleme lassen sich staatlicherseits relativ einfach eindämmen.

Ein denkbarer Ansatz hierfür wäre die Anerkennung bestimmter weit verbreiteter Lizenzen als Standard, verbunden mit damit einhergehenden Privilegierungen.¹²⁰⁴ So könnte etwa geregelt werden, dass der Urheber durch die Bezeichnung eines Werks als „CC-BY-NC“ wirksam (ggf. mit oder ohne dinglicher Wirkung) gegenüber jedem nicht-kommerziell handelnden Nutzer auf sein Vervielfältigungsrecht, Bearbeitungsrecht und Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung verzichtet, sofern die in der Lizenz aufgeführten Pflichten eingehalten werden.¹²⁰⁵ Dies würde einen tatsächlichen Vertragsschluss zwischen den Parteien überflüssig machen und so eine Reihe bestehender Unsicherheiten beseitigen. Statt einer vertraglichen Lizenz würde ein Nutzer so eine gesetzliche Lizenz erhalten. Soweit deutsches (oder europäisches) Recht als Schutzlandrecht anwendbar wäre, könnte sich ein Nutzer, der sich an die Bedingungen gehalten hat, damit stets darauf berufen. Dies würde zu einem massiven Zugewinn an Rechtssicherheit und damit auch zu mehr Effektivität freier Lizenzen führen. Zudem würde eine klare Regelung zu freien Lizenzen

¹²⁰²*Niv*, The Socio-Economic Contribution of Creative Commons, S. 53.

¹²⁰³*De Filippi*, Copyright Law in the Digital Environment, S. 107; auch die von *Ostrom*, Governing the Commons beschriebenen nachhaltigen Arten der Selbstverwaltung gemeinschaftlich genutzter Güter können nur funktionieren, wenn sie staatlicherseits anerkannt werden.

¹²⁰⁴*Merges*, U. Chi. L. Rev. 2004, S. 183, 201 f. befürwortet ein vergleichbares Safe Harbour Prinzip im Open Source Software Bereich.

¹²⁰⁵Eine derartige Lösung wurde etwa im Rahmen der aktuellen Reform des russischen Urheberrechts gewählt, siehe hierzu *Kashanin/Dubovitskaya*, GRUR Int. 2014, S. 429, 432.

zeigen, dass der Gesetzgeber von der grundsätzlichen Wirksamkeit und Unterstützungswürdigkeit dieses Modells ausgeht. Dies hätte einen starken Signaleffekt gegenüber Personen, die bisher aufgrund von Wirksamkeitszweifeln von einer Verwendung freier Lizenzen Abstand gehalten haben.

Problematisch ist hierbei jedoch zunächst die Frage, welche Lizenzen vom Gesetzgeber überhaupt als Standard auserkoren werden sollten. Dies mag für den Bereich des Open Content aufgrund der hohen Durchdringung mit CC-Lizenzen noch einfach sein. Im Softwarebereich hingegen finden sich weitaus mehr unterschiedliche Lizenzen mit zum Teil stark divergierenden Regelungen. Es könnte durchaus zu noch mehr Verwirrung und Unsicherheit führen, wenn einige Lizenzen als Standard anerkannt werden und andere nicht.¹²⁰⁶ Ferner müsste eine solche Regelung auch die Folgen einer fehlerhaften Kennzeichnung eines Werks als Open Content berücksichtigen. Was soll gelten, wenn derjenige, der das Werk mit einem Lizenzvermerk versehen hat, hierzu gar nicht berechtigt ist? Sollen gleichwohl sämtliche Personen, die den Lizenzvermerk sehen, wirksam eine gesetzliche Lizenz erhalten, während der vermeintlich zur Anbringung des Vermerks Berechtigte dem tatsächlich Berechtigten auf Schadensersatz haftet? Nimmt man in die Regelung einen Vorbehalt auf, wonach die ursprüngliche Anbringung des Lizenzvermerks in zulässiger Weise erfolgt sein muss, beseitigt man dieses Problem. Damit beseitigt man aber wiederum einen wesentlichen Vorteil der Regelung, weil dann weiterhin geprüft werden müsste, ob der Vermerk zu Recht angebracht worden ist. Verweist man den tatsächlich Berechtigten lediglich auf einen Schadensersatzanspruch, dürfte er in vielen Fällen leer ausgehen – spätestens sobald der vermeintlich Berechtigte im Ausland sitzt. Ein Safe-Harbour-Mechanismus für einen bestimmten Katalog freier Lizenzen, wie von *Merges* vorgeschlagen, dürfte damit auch nicht der Weisheit letzter Schluss sein.

Doch auch ohne eine solche Standardsetzung wäre es leicht möglich, zumindest einige der aktuellen Risiken einzugrenzen. Auch dies könnte wiederum mit einem grundlegenden Bekenntnis zur Wirksamkeit des Modells verbunden werden. Denkbar wären insoweit etwa verschiedene gesetzgeberische Klarstellungen, ähnlich den bereits zur Förderung freier Lizenzen eingefügten §§ 32 Abs. 3 S. 3, 31a Abs. 1 S. 2 UrhG. Der Staat könnte so dafür sorgen, dass freie Lizenzen respektiert werden, durchsetzbar sind und der Nutzer sich darauf verlassen kann.¹²⁰⁷

Auf diesem Wege könnten etwa Probleme des Vertragsschlusses und der AGB-rechtlichen Wirksamkeit adressiert werden. So könnte fingiert werden, dass ein Angebot auf Abschluss eines freien Lizenzvertrags stets mit Vornahme einer nach dem UrhG zustimmungsbedürftigen Handlung angenommen wird. Dies würde die immer wieder aufflammende Diskussion¹²⁰⁸ um den Zeitpunkt des Vertragsschlusses und den Rechtsbindungswillen beseitigen. Ferner könnte klargestellt werden, dass

¹²⁰⁶*Merges*, U. Chi. L. Rev. 2004, S. 183, 201.

¹²⁰⁷*Loren*, Geo. Mason L. Rev. 2006, S. 271, 298.

¹²⁰⁸Siehe hierzu vorstehend Kap. 4 A. IV. 1. c).

die Regelungen der Lizenz ungeachtet der englischen Sprachversion und sonstiger Einbeziehungsproblematiken bei AGB als wirksam vereinbart gelten.¹²⁰⁹ Darüber hinaus könnten von den §§ 307 ff. BGB abweichende Regelungen zur Wirksamkeit von Lizenzklauseln getroffen werden. In diesem Rahmen sollte auch darüber diskutiert werden, ob die Folgen einer unwirksamen Haftungsfreizeichnung entsprechend § 521 BGB in eine derartige Regelung aufgenommen werden sollten. All diese Regelungen ließen sich innerhalb eines einzelnen Paragraphen des Urhebervertragsrechts klar und zusammenfassend festlegen.

Der Gesetzgeber hätte somit die Möglichkeit, durch relativ einfache Mittel zahlreiche noch bestehende Zweifel am Modell freier Lizenzen zu beseitigen. Die hierdurch erreichte größere Rechtssicherheit dürfte dabei insbesondere für den gewerblichen Bereich relevant werden. Dort wurde bisher häufig aufgrund bestehender Unklarheiten und Unsicherheiten von einer Nutzung frei lizenzierter Werke abgesehen, da die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsdurchsetzung durch den Urheber im gewerblichen Bereich weitaus größer ist und somit auch die Gefahr, aus welchem Grund auch immer, keine Rechte erworben zu haben. Wenn mehr kommerziell handelnde Personen freie Lizenzen als Lizenzgeber oder -nehmer nutzen, erhöht dies wiederum die Chance, dass der eigentliche Urheber mit seinem Werk, wenn auch möglicherweise nur mittelbar, Geld verdienen kann.

Auch wenn auf diesem Wege ein gewisses Plus an Rechtssicherheit erreicht werden könnte, verbleiben weitere Probleme, die in den Lizenzen angelegt sind – etwa die Abgrenzung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Nutzung oder das Problem von Lizenzinkompatibilitäten. Noch weiter reichende Vorschläge sehen vor, die Nutzbarkeit entsprechend der CC-Lizenzen zum gesetzlichen Standardfall zu machen, während das „alte“ Urheberrechtssystem nach einem Opt-In genutzt werden kann.¹²¹⁰ Solche Überlegungen befinden sich somit in der Nähe zur Wiedereinführung von Formalitäten. Andere fordern lediglich eine Übernahme der CC-Regelungen in das Urheberrecht – ohne jedoch zu konkretisieren, wie und mit welcher Wirkung dies geschehen soll.¹²¹¹ Ein weiterer Ansatz, dessen Idee ebenfalls auf freie Lizenzen zurückgeht, ist außerdem die freiwillige Vergabe von Standardlizenzen durch Rechtsinhaber an nicht-kommerzielle Nutzer, gegebenenfalls unterstützt durch die Verwertungsgesellschaften.¹²¹² Auch dort würde somit eine mit freien Lizenzen vergleichbare Art der freiwilligen Selbstbeschränkung greifen – jedoch gegen eine wie auch immer zu berechnende und zu erhebende Gebühr.

Insgesamt besteht daher durchaus Potential, den auf Freiwilligkeit basierenden Ansatz freier Lizenzen durch staatliche Hilfe noch weitaus aktiver zu fördern.

¹²⁰⁹Siehe zu dieser Problematik unter Kap. 4 A. IV. 2. a).

¹²¹⁰*Ricolfi*, in: Dulong De Rosnay/De Martin (Hrsg.), *The Digital Public Domain*, S. 49, 55 f.

¹²¹¹*Goss*, *Chi.-Kent L. Rev.* 2007, S. 963, 992.

¹²¹²*Peukert*, *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 2005, S. 1; *Lev-Aretz*, *Brook. L. Rev.* 2015, S. 1357, 1382 ff.

Fazit

Die Probleme des geltenden Urheberrechts sind ausufernd, ebenso die Zahl verschiedener Verbesserungsvorschläge und der dahinterstehenden Interessen. Die vorstehende Analyse wählte daher einen etwas abweichenden Ansatzpunkt, indem ausgehend von den tatsächlich in der Realität feststellbaren Auswirkungen des gegenwärtigen Urheberrechts zunächst analysiert wurde, welche anderen Regelungsmechanismen sich innerhalb der Zivilgesellschaft entwickelt haben, um eine möglicherweise angemessenere Regulierung digitaler Kreativität zu ermöglichen.

Dabei hat sich gezeigt, dass zahlreiche ökonomische und psychologische Annahmen von Zusammenhängen einzelner urheberrechtlicher Prämissen in vielen Situationen nicht überzeugen. Die Reichweite des Urheberrechts kann im digitalen Umfeld häufig nur schwer gerechtfertigt werden. Kreative Tätigkeit wird durch das Urheberrecht mindestens ebenso häufig behindert wie gefördert. Unterschiedliche Selbstregulierungsmechanismen, die sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens herausgebildet haben, ermöglichen daher eine vom Gesetz abweichende Regelung verschiedener Konstellationen. Ihr Erfolg lässt sich anhand ökonomischer und kreativitätspsychologischer Erkenntnisse nachvollziehen. Sie erlauben eine weitaus differenziertere und flexiblere Herangehensweise an die Probleme der digitalen Werknutzung und haben dadurch einige Vorteile gegenüber dem geschriebenen Recht.

Gleichwohl haben sie ebenso ihre Nachteile. Im Fall freier Lizenzen rühren diese jedoch oftmals daher, dass mittels eines Systems privater Lizenzverträge versucht wird, weltweit das Urheberrecht zu verändern. Viele der Probleme freier Lizenzen lassen sich darauf zurückführen, dass es sich um privatrechtliche Verträge handelt. Grundsätzlich zeigen sie jedoch, dass ein geringerer Schutz, verknüpft mit spezifischen Pflichten, insbesondere zur Namensnennung, wesentlich enger mit den tatsächlichen kreativen Prozessen verbunden ist als das geltende Recht mit seinen relativ starren Verwertungsrechten und Schranken. Es erscheint daher gerade mit Blick auf die psychologischen Hintergründe der Kreativität erstrebenswert, Ansätze, die durch mehr Nutzungsmöglichkeiten kreative Freiräume ermöglichen, stärker zu unterstützen. Hier wäre der Gesetzgeber grundsätzlich in der Lage, durch begleitende Regelungen den grundsätzlich unterstützenswerten Ansatz freier Lizenzen noch stärker zu fördern als bisher. Dies könnte einerseits durch erleichternde Regeln im Urheberrecht, jedoch auch durch gezielte Vorgaben bei Veröffentlichung öffentlich finanzierter Inhalte (Stichwort: Open Data¹²¹³ oder Rundfunk¹²¹⁴), im Bildungsbereich (Stichwort: Open Educational Resources¹²¹⁵) sowie im Kultur- und Wissenschaftsbereich (Stichwort: Open Access¹²¹⁶) geschehen. Zu all diesen Bereichen finden sich entsprechende Absichtsbekundungen im aktuellen Koaliti-

¹²¹³Siehe zu Fragen der Eignung freier Lizenzen für Open Data Veröffentlichungen ausführlich *Eechoud, van*, in: Angelopoulos/Guibault (Hrsg.), *Open Content Licensing: from Theory to Practice*, S. 169.

onsvertrag der Großen Koalition.¹²¹⁷ Etwas mehr Mut in der tatsächlichen Umsetzung wäre hier dringend nötig.

Die Situation der geduldeten Nutzung ist letztlich eine Folge ökonomisch unsinnig weitreichender Ausschließlichkeitsrechte bzw. unzureichend an die realen Verhältnisse angepasster Regelungen. Wenn ein Recht im absoluten Regelfall nicht in ökonomisch vertretbarer Art und Weise durchgesetzt werden kann, muss entweder seine Durchsetzung radikal vereinfacht werden, oder es ist schlicht ökonomisch sinnlos. Mit freiwilligen Vereinbarungen und Filtertechnologie wird zurzeit eine Optimierung der Rechtsdurchsetzung erprobt. Jedoch ist sehr fraglich, ob der durch diese und andere Verbesserungen der Durchsetzungsmöglichkeiten erreichte Vorteil in Form potentieller Mehreinnahmen für Rechtsinhaber tatsächlich die dadurch entstehenden Nachteile in Form eingeschränkter Nutzungsmöglichkeiten und Eingriffen in kommunikative und kreative Freiheiten rechtfertigt.

Auch die Einführung von Filtertechnologie, selbst wenn sie verpflichtend werden sollte, kaschiert gleichwohl nur die eigentlichen Probleme des Urheberrechts. Sie bietet keine Lösung für das Problem transformativer Kreativität oder nutzergenerierter Inhalte, wird vermutlich keinen großen Einfluss auf die Vergütung eines Großteils aller Urheber haben und dürfte im Ergebnis eher zur weiteren Erosion der Legitimation des Urheberrechts führen. Sinnvoller wäre es, den Fokus im Rahmen der Werkproduktion stärker weg vom finanziellen Anreiz zur Schaffung eines

1214 Siehe zu den Chancen und Potentialen freier Lizenzen im öffentlich-rechtlichen Rundfunk ausführlich *Dobusch*, Endlich Creative Commons im öffentlich-rechtlichen Rundfunk?, veröffentlicht auf [iRights.info](http://irights.info) am 06.10.2014, abrufbar unter <http://irights.info/artikel/endlich-creative-commons-im-oeffentlich-rechtlichen-rundfunk/24015> [letzter Abruf 15.02.2019]; ferner den Bericht der *AG Creative Commons*, Creative Commons in der ARD – Bericht der AG Creative Commons an die Redaktionskonferenz Online vom 13.03.2014, abrufbar unter https://irights.info/wp-content/uploads/2014/10/Creative_Commons_in_der_ARD.pdf [letzter Abruf 15.02.2019].

1215 Siehe hierzu ausführlich *Kreutzer*, in: Erdsiek-Rave/John-Ohnesorg (Hrsg.), *Schöne neue Welt? Open Education Ressourcen an Schulen*, S. 37; *Neumann*, in: Erdsiek-Rave/John-Ohnesorg (Hrsg.), *Schöne neue Welt? Open Education Ressourcen an Schulen*.

1216 Siehe hierzu beispielhaft *Pflüger/Ertmann*, *ZUM* 2004, S. 436; *Hilty*, *GRUR Int.* 2006, S. 179; *Malina* (Hrsg.), *Open Access*; *Hirschfelder*, Anforderungen an eine gesetzliche Verankerung des Open Access Prinzips; *Ohly*, in: Eifert (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Innovation*, S. 279, 294 ff.; *Spindler*, in: *Hilty* (Hrsg.), *Schutz von Kreativität und Wettbewerb*, S. 287; *Lutz*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen; *Krujatz*, *Open Access*; *Peukert*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, S. 145; *Chadwell/Sutton*, *NLW* 2014, S. 225.

1217 Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD „Deutschlands Zukunft Gestalten“, S. 93, abrufbar unter <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> [letzter Abruf 15.02.2019]: „Wir werden eine umfassende Open Access Strategie entwickeln, die die Rahmenbedingungen für einen effektiven und dauerhaften Zugang zu öffentlich finanzierten Publikationen und auch zu Daten (open data) verbessert.“. Auf S. 22 f. heißt es: „Die digitale Lehrmittelfreiheit muss gemeinsam mit den Ländern gestärkt werden. Grundlage hierfür ist ein bildungs- und forschungsfreundliches Urheberrecht und eine umfassende Open-Access-Politik. Schulbücher und Lehrmaterial auch an Hochschulen sollen, soweit möglich, frei zugänglich sein, die Verwendung freier Lizenzen und Formate ausgebaut werden.“.

Werks hin zur Frage zu verschieben, wie die dabei entstehenden Kosten der Urheber amortisiert und sie zugleich in irgendeiner Form belohnt werden können. Die Möglichkeit der Verwertung eigener Urheberrechte entfaltet zwar nur geringe Wirkung als Anreiz für die Produktion von Werken; dennoch muss die Werkproduktion für den Urheber in irgendeiner Form finanzierbar sein – erst recht, wenn er davon seinen Lebensunterhalt bestreiten möchte. Aber auch bisher schon bestreiten die allermeisten Urheber ihren Lebensunterhalt nicht unmittelbar aus der Verwertung ihrer Urheberrechte, sondern die Finanzierung erfolgt auf sehr unterschiedlichen anderen Wegen. Erkennt man daher an, dass nun einmal nur ein geringer Teil aller Kreativen allein von der Verwertung ihrer Urheberrechte leben kann, könnte eine stärkere Rückbesinnung darauf, dass Urheber häufig eben doch nur „Dienstleister“ oder „Handwerker“ sind und keine mystisch verklärten Genies, das Ziel der Förderung von Kreativität, Kultur und Innovation eher erreichen als allein mit Hilfe des geltenden Urheberrechts. Schon seit jeher lebt der Großteil aller „professionellen“ Urheber nicht allein vom Urheberrecht. Es wäre daher dem Interesse von Kultur und Kreativität weitaus dienlicher, alternative Finanzierungsmodelle – etwa Stipendien, Preise oder Anstellungsverhältnisse – stärker zu fördern und auszubauen. Wenn ein Urheber nicht auf die unmittelbare Verwertung seiner Werke angewiesen ist, weil er sein Einkommen anderweitig gesichert weiß, hat er wiederum wesentlich größere Anreize, seine Werke zu angemessenen Bedingungen öffentlich zugänglich zu machen und zudem oftmals auch größere kreative Freiräume. Somit würde ein stärkerer Ausbau alternativer Finanzierungsmodelle auch einem liberaleren Urheberrecht und der kreativen Vielfalt zugutekommen.

Es wäre deshalb auch wichtig anzuerkennen, dass Kreativität und Kultur nicht nur innerhalb der globalisierten Unterhaltungsindustrie existiert. Ihr Geschäftsmodell gleicht oftmals eher industrieller Güterproduktion, wohingegen das Urheberrecht eigentlich dazu dienen sollte, jede Form von Kreativität anzuerkennen und zu unterstützen. Die digitale Laien-Kreativität, der allgemeine kommunikative Austausch und die neuen Möglichkeiten, die die digitale Revolution ermöglicht hat, sollten daher endlich als etwas absolut Positives anerkannt werden, das so gut wie möglich weiter gefördert werden sollte. Es wird dabei nie dazu kommen, dass die „Kreativität des kleinen Mannes“ die Masse an industriell produzierten kreativen Werken verdrängen kann. Das kann auch nicht das Ziel sein. Wichtig ist vielmehr eine Anerkennung des Umstands, dass es unendlich viele verschiedene Wege der Produktion kreativer Werke gibt, die alle für sich genommen schutz- und förderungswürdig sind. Dieses Ziel wird jedoch nicht erreicht, wenn politische Entscheidungen einzig anhand der wirtschaftlichen Realität eines dieser Wege – nämlich der globalisierten Verwertungsindustrie – ausgerichtet werden.

Literaturverzeichnis

- Abbing, Hans*, Why are artists poor? - The Exceptional Economy of the Arts, Amsterdam 2002.
- Aguiar, Luis/Martens, Bertin*, Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data, Luxembourg 2013.
- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter (Hrsg.)*, Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht, 22. Aufl., 2018 [Zit.: *Bearbeiter*; in: BeckOK UrhG].
- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter (Hrsg.)*, Möhring/Nicolini Urheberrecht, 4. Aufl., München 2018 (Zit.: *Bearbeiter*; in: Möhring/Nicolini).
- Aigrain, Philippe/Aigrain, Suzanne*, Sharing - Culture and the Economy in the Internet Age, Amsterdam 2012.
- Amabile, Teresa*, Creativity in Context - Update to „The Social Psychology of Creativity“, Boulder 1996.
- Andersen, Birgitte/Frenz, Marion*, Don't blame the P2P File-sharers: the Impact of Free Music Downloads on the Purchase of Music CDs in Canada, *J. Evol. Econ.* 2010, 715–740.
- Angelopoulos, Christina*, On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, o. O. 2017.
- Antikainen, Maria/Mäkipää, Marko/Ahonen, Mikko*, Motivating and Supporting Collaboration in Open Innovation, *EJIM* 2010, 100–119.
- Arai, Yasuhiro/Kinukawa, Shinya*, Copyright Infringement as User Innovation, *J. Cult. Econ.* 2013, 131–144.
- Ariely, Dan/Bracha, Anat/Meier, Stephan*, Doing Good or Doing Well? Image Motivation and Monetary Incentives in Behaving Prosocially, *AER* 2009, 544–555.
- Arsham, Bryan E.*, Monetizing Infringement: A New Legal Regime for Hosts of User-Generated Content, *Geo. L.J.* 2012, 775–804.
- Asay, Clark*, A Case for the Public Domain, *OSLJ* 2013, 753–806.

- Asay, Matt*, We're living in a post-open source world, veröffentlicht auf InfoWorld.com am 17.07.2014, abrufbar unter <http://www.infoworld.com/t/open-source-software/were-living-in-post-open-source-world-246448> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Balganesh, Shyamkrishna*, The Uneasy Case against Copyright Trolls, S. Cal. L. Rev. 2012, 723–782.
- Bauer, Christian*, User Generated Content – Urheberrechtliche Zulässigkeit nutzergenerierter Medieninhalte, in: *Große Ruse-Khan, Henning / Klass, Nadine / Lewinski, Silke von (Hrsg.)*, Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, Heidelberg 2010, S. 1–42.
- Bauer, Christian*, User Generated Content, Berlin, Heidelberg 2011.
- Bechtold, Stefan*, Vom Urheber- zum Informationsrecht: Implikationen des Digital Rights Management, München 2002.
- Bechtold, Stefan*, Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR Int. 2008, 484–488.
- Beck, Hanno*, Behavioral Economics, Wiesbaden 2014.
- Becker, Konrad/Grzinic, Marina/Kirchmayr, Susanne/Mokre, Monika/Raunig, Gerald/Stalder, Felix*, Mehr Rechte gegen die Kunst?, veröffentlicht auf derstandard.at am 26.01.2012, abrufbar unter <http://derstandard.at/1326503743951/Mehr-Rechte-gegen-die-Kunst> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Beier, Friedrich-Karl*, Zur Verwirkung im Patentrecht, GRUR 1976, 566–573.
- Belsky, Leah/Kahr, Byron/Berkelhammer, Max/Benkler, Yochai*, Everything in its Right Place: Social Cooperation and Artist Compensation, Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 2010, 1–65.
- Bénabou, Roland/Tirole, Jean*, Incentives and Prosocial Behavior, AER 2006, 1652–1678.
- Benkler, Yochai*, From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access, Fed. Comm. L.J. 2000, 561–579.
- Benkler, Yochai*, Coase's Penguin, or, Linux and the Nature of the Firm, Yale L.J. 2002, 369–446.
- Benkler, Yochai*, Sharing Nicely: On Shareable Goods and the Emergence of

- Sharing as a Modality of Economic Production, Yale L.J. 2004, 273–358.
- Benkler, Yochai*, The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom, New Haven 2006.
- Berberich, Matthias*, Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Thumbnails bei der Suche nach Bildern im Internet, MMR 2005, 145–148.
- Berberich, Matthias*, Zwischenstand zur Haftung von Plattformbetreibern als Intermediäre bei der Werkverwertung, GRUR-Prax 2017, 269–271.
- Berger, Christian*, Sieben Jahre §§32 ff. UrhG – Eine Zwischenbilanz aus Sicht der Wissenschaft, ZUM 2010, 90–95.
- Beyvers, Eva/Beyvers, Sarah*, Einordnung von Let’s Play-Videos aus der Sicht des Urheber-, Jugendschutz- und Strafrechts, MMR 2015, 794–800.
- Bhal, Kanika/Leekha, Nivedita*, Exploring Cognitive Moral Logics Using Grounded Theory: The Case of Software Piracy, J. Bus. Ethics 2008, 635–646.
- Bischoffshausen, Albrecht*, Die ökonomische Rechtfertigung der urheberrechtlichen Schutzfrist - Analyse der Schutzfrist de lege lata und de lege ferenda aus historischer, dogmatischer und rechtsökonomischer Sicht, Baden-Baden 2013.
- Bitton, Miriam*, Modernizing Copyright Law, TIPLJ 2011, 65–116.
- Bolle, Friedel/Otto, Philipp*, A Price Is a Signal: on Intrinsic Motivation, Crowding-out, and Crowding-in, Kyklos 2010, 9–22.
- Boor, Hans-Otto de*, Anmerkung zu RGE 139, 327, JW 1933, 2276–2279.
- Boroughf, Benjamin*, The Next Great Youtube: Improving Content ID to Foster Creativity, Cooperation, and Fair Compensation, Alb. L.J. Sci. & Tech. 2015, 95–127.
- Boyle, James*, Mertonianism Unbound? Imagining Free, Decentralized Access to Most Cultural and Scientific Material, in: *Hess, Charlotte / Ostrom, Elinor (Hrsg.)*, Understanding Knowledge as a Commons: from Theory to Practice, Cambridge, Mass. 2007, S. 123–144.
- Boyle, James*, The Public Domain: Enclosing the Commons of the Mind, New Haven, London 2008.
- Brandt, Ywein van den/Coughlan, Shane/Jaeger, Till*, The International Free and Open Source Software Law Book, 2014 [Zit.: *Bearbeiter*, in: International F/OSS Law Book).

- Brintzinger, Klaus-Rainer*, Piraterie oder Allmende der Wissenschaften?: Zum Streit um Open Access und der Rolle von Wissenschaft, Bibliotheken und Markt bei der Verbreitung von Forschungsergebnissen, *Leviathan* 2010, 331–346.
- Buccafusco, Christopher/Sprigman, Christopher*, Valuing Intellectual Property: an Experiment, *Cornell L. Rev.* 2010, 1–46.
- Buccafusco, Christopher/Sprigman, Christopher*, The Creativity Effect, *U. Chi. L. Rev.* 2011, 31–52.
- Burkart, Patrick/McCourt, Tom*, Digital Music Wars: Ownership and Control of the Celestial Jukebox, Lanham u.a. 2006.
- Camerer, Colin/Loewenstein, George/Rabin, Matthew (Hrsg.)*, *Advances in Behavioral Economics*, New York 2004.
- Carr, Nicholas*, *The Big Switch: Rewiring the World, from Edison to Google*, New York, London 2008.
- Chadwell, Faye/Sutton, Shan*, The Future of Open Access and Library Publishing, *NLW* 2014, 225–236.
- Chiou, Jyh-Shen/Huang, Chien-yi/Lee, Hsin-hui*, The Antecedents of Music Piracy Attitudes and Intentions, *J. Bus. Ethics* 2005, 161–174.
- Choi, Jin Nam*, Context and Creativity: The Theory of Planned Behavior as an Alternative Mechanism, *Soc. Behav. Pers.* 2012, 681–692.
- Coase, Ronald*, The Nature Of The Firm, *Economica* 1937, 386–405.
- Coase, Ronald*, The Problem of Social Cost, *J.L. Econ.* 1960, 1–44.
- Cohen, Julie*, Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain, in: *Guibault, Lucie / Hugenholtz, Bernt (Hrsg.)*, *The Future of the Public Domain*, Alphen aan den Rijn 2006, S. 121–166.
- Cohen, Julie*, Creativity and Culture in Copyright Theory, *U.C. Davis L. Rev.* 2007, 1151–1205.
- Cohen, Julie*, *Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice*, New Haven 2012.
- Cohen, Wesley/Nelson, Richard/Walsh, John*, Protecting Their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why US Manufacturing Firms Patent (or not), NBER Working Paper No. 7552, 2000.

- Collins, Mary Ann/Amabile, Teresa*, Motivation and Creativity, in: *Sternberg, Robert (Hrsg.)*, Handbook of Creativity, Cambridge 1998, S. 297–312.
- Corbett, Susan*, Creative Commons Licences, the Copyright Regime and the Online Community: is there a Fatal Disconnect?, MLR 2011, 503–531.
- Csikszentmihalyi, Mihaly*, Creativity: Flow and the Psychology of Discovery and Invention, New York 1997.
- Csikszentmihalyi, Mihaly*, The Systems Model of Creativity, Dordrecht 2014.
- De Filippi, Primavera*, Copyright Law in the Digital Environment: Private Ordering and the Regulation of Digital Works, o.O. 2012.
- Deci, Edward/Koestner, Richard/Ryan, Richard*, A Meta-Analytic Review of Experiments Examining the Effects of Extrinsic Rewards on Intrinsic Motivation, Psychol. Bull. 1999, 627–668.
- Deike, Thies*, Open Source Software - IPR-Fragen und Einordnung in das deutsche Rechtssystem, CR 2003, 9–18.
- DeLisa, Nicholas*, You (Tube), Me, and Content ID: Paving the Way for Compulsory Synchronization Licensing on User-Generated Content Platforms, Brook. L. Rev. 2016, 1275–1318.
- Dewey, Caitlin*, How copyright is killing your favorite memes, veröffentlicht auf washingtonpost.com am 14.02.2019, abrufbar unter <https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2015/09/08/how-copyright-is-killing-your-favorite-memes/> [letzter Abruf 25.03.2017].
- Dietrich, Nils*, Die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke auf Webseiten in der Rechtsprechung des EuGH, NJ 2018, 485–489.
- Dietz, Adolf*, Die sozialen Bestrebungen der Schriftsteller und Künstler und das Urheberrecht, GRUR 1972, 11–19.
- Dinwoodie, Graeme*, A New Copyright Order: Why National Courts Should Create Global Norms, U. Pa. L. Rev. 2000, 469–579.
- Dobusch, Leonhard*, Endlich Creative Commons im öffentlich-rechtlichen Rundfunk?, veröffentlicht auf iRights.info am 06.10.2014, abrufbar unter <http://irights.info/artikel/endlich-creative-commons-im-oeffentlich-rechtlichen-rundfunk/24015> [letzter Abruf 15.02.2019].

- Dobusch, Leonhard*, Algorithm Regulation #9: YouTube and the Comeback of Copyright Registration, veröffentlicht auf governanceborders.com am 21.10.2014, abrufbar unter <http://governanceborders.com/2014/10/21/algorithm-regulation-9-youtube-and-the-comeback-of-copyright-registration/> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Dobusch, Leonhard*, GEMA erlaubt Mitgliedern „vergütungsfreie Lizenzen“, Kompatibilität mit Creative Commons fraglich, veröffentlicht auf netzpolitik.org am 29.06.2016, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2016/gema-erlaubt-mitgliedern-verguetungsfreie-lizenzen-kompatibilitaet-mit-creative-commons-fraglich/> [letzter Abruf 15.02.2019].
- Dredge, Stuart*, Flickr takes flak for selling Creative Commons photos as wall-art prints, veröffentlicht auf [theguardian.com](https://www.theguardian.com) am 02.12.2014, abrufbar unter <https://www.theguardian.com/technology/2014/dec/02/flickr-creative-commons-photos-wall-art> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Dreier, Thomas/Leistner, Matthias*, Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, GRUR-Beilage 2014, 13–29.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot (Hrsg.)*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl., München 2018 (Zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier/Schulze).
- Dulong De Rosnay, Melanie*, Creative Commons Licenses Legal Pitfalls: Incompatibilities and Solutions, o.O. 2010.
- Dusollier, Severine*, The Master’s Tools v. The Master’s House: Creative Commons v. Copyright, *Colum. J.L. & Arts* 2006, 271–293.
- Dusollier, Séverine*, Sharing Access to Intellectual Property Through Private Ordering, *Chi.-Kent L. Rev.* 2007, 1391–1435.
- Dusollier, Séverine*, Scoping Study on Copyright and Related Rights and the Public Domain, o.O. 2011.
- Dusollier, Séverine*, (Re)introducing Formalities in Copyright: Towards More Open Content?, in: *Guibault, Lucie / Angelopoulos, Christina (Hrsg.)*, Open Content: From Theory to Practice, Amsterdam 2011, S. 75–105.
- Edidin, Rachel*, Publishers Are Warming to Fan Fiction, But Can It Go Mainstream?, veröffentlicht auf [wired.com](https://www.wired.com) am 24.02.2014, abrufbar unter <https://www.wired.com/2014/02/fanfic-and-publishers/> [letzter Abruf 14.02.2019].

- Eechoud, Mireille van*, Friends or Foes? Creative Commons, Freedom of Information Law and the European Union Framework for Reuse of Public Sector Information, in: *Angelopoulos, Christina. / Guibault, Lucie. (Hrsg.)*, Open Content Licensing: from Theory to Practice, Amsterdam 2011, S. 169–202.
- Eidenberger, Markus/Ortner, Andreas*, Kreativität in Fesseln - wie Urheberrecht Kreativität behindert und doch mit seinen eigenen Waffen geschlagen werden kann, in: *Dobusch, Leonhard / Forsterleitner, Christian (Hrsg.)*, Freie Netze. Freies Wissen, Wien 2007, S. 42–73.
- Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtsprinzip, 4. Aufl., Tübingen 2015.
- Eisenberger, Robert/Cameron, Judy*, Detrimental Effects of Reward: Reality or myth?, *Am. Psychol.* 1996, 1153–1166.
- Eisenberger, Robert/Shanock, Linda*, Rewards, Intrinsic Motivation, and Creativity: A Case Study of Conceptual and Methodological Isolation, *Creat. Res. J.* 2003, 121–130.
- Elkin-Koren, Niva*, What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons, *Fordham L. Rev.* 2005, 375–422.
- Elkin-Koren, Niva/Salzberger, Eli*, The Law and Economics of Intellectual Property in the Digital Age: The Limits of Analysis, Abingdon 2012.
- Ellickson, Robert*, Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes, Harvard 1991.
- Ellickson, Robert*, Law and Economics Discovers Social Norms, Yale Faculty Scholarship Series 1998, 537–552.
- Engel, Christoph*, Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, *JZ* 2005, 581–590.
- Ensthaler, Jürgen*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Berlin, Heidelberg 2009.
- Euler, Ellen*, Creative Commons: Mehr Innovation durch Öffnung des Urheberrechts?, in: *Drossou, Olga / Krempl, Stefan / Poltermann, Andreas (Hrsg.)*, Die wunderbare Wissensvermehrung: wie Open Innovation unsere Welt revolutioniert, Hannover 2006, S. 147–158.
- Fauchart, Emmanuelle/Hippel, Eric von*, Norms-Based Intellectual Property Systems: The Case of French Chefs, *Organ. Sci.* 2008, 187–201.

- Feldman, Yuval/Teichman, Doron*, Are All Legal Probabilities Created Equal?, N.Y.U. L. Rev. 2009, 980–1022.
- Fisher, William*, Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment, Stanford 2004.
- Fitzgerald, Brian*, A Short Overview of Creative Commons, in: *Fitzgerald, Brian (Hrsg.)*, Open Content Licensing: Cultivating the Creative Commons, Sydney 2007, S. 3–7.
- Fitzgerald, Brian*, Introductory Remarks, in: *Fitzgerald, Brian / Atkinson, Benedict (Hrsg.)*, Copyright Future, Copyright Freedom: Marking the 40 Year Anniversary of the Commencement of Australia’s Copyright Act 1968, Sydney 2011, S. 20–27.
- Flechsig, Norbert*, Grundlagen des Europäischen Urheberrechts, ZUM 2002, 1–21.
- Flechsig, Norbert*, Zur Zukunft des Urheberrechts im Zeitalter vollständiger Digitalisierung künstlerischer Leistungen, ZGE/IPJ 2011, 19–46.
- Foong, Cheryl*, Sharing with Creative Commons: a Business Model for Content Creators, J. Media Commun. Stud. 2010, 64–93.
- Förster, Achim*, Fair Use: Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, Tübingen 2008.
- Friedmann, Danny*, Trademarks and Social Media: Towards Algorithmic Justice, Cheltenham, Northampton, Mass. 2015.
- Frosio, Giancarlo*, Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy, Nw. U.L.Rev. Online 2017, 1–22.
- Funk, Axel/Zeifang, Gregor*, Die GNU General Public License, Version 3, CR 2007, 617–624.
- Gamerith, Helmut*, Die Verwirkung im Urheberrecht, WRP 2004, 75–102.
- Gamm, Otto-Friedrich von*, Verwirkung im Urheberrecht, NJW 1956, 1780–1782.
- Gehring, Robert*, Lessigletters Remix: Die Creative Commons Initiative, in: *Djordjevic, Valie / Gehring, Robert / Grassmuck, Volker / Kreutzer, Till / Spielkamp, Matthias (Hrsg.)*, Urheberrecht im Alltag: kopieren, bearbeiten, selber machen, 2. Aufl., Bonn 2008, S. 223–230.
- Gelke, Erik*, Mashups im Urheberrecht, Baden-Baden 2013.

- Ghosh, Arjun*, Censorship through Copyright: From Print to Digital Media, *Social Scientist* 2013, 51–68.
- Goldstein, Paul*, Copyright's Highway: From Gutenberg to the Celestial Jukebox, 2. Aufl., Stanford 2003.
- Gompel, Stef van*, Formalities in Copyright Law - an Analysis of Their History, Rationales and Possible Future, Alphen aan den Rijn 2011.
- Gompel, Stef van*, Formalities in the Digital Era: An Obstacle or Opportunity?, Amsterdam Law School Research Paper 2012/09, 2012.
- Goode, Sigi/Cruise, Sam*, What Motivates Software Crackers?, *J. Bus. Ethics* 2006, 173–201.
- Goss, Adrienne*, Codifying a Commons: Copyright, Copyleft, and the Creative Commons Project, *Chi.-Kent L. Rev.* 2007, 963–996.
- Grassmuck, Volker*, Freie Software - zwischen Privat- und Gemeineigentum, 2. Aufl., Bonn 2004.
- Grassmuck, Volker*, Towards a New Social Contract: Free-Licensing into the Knowledge Commons, in: *Angelopoulos, Christina / Guibault, Lucie (Hrsg.)*, Open Content Licensing: from Theory to Practice, Amsterdam 2011, S. 21–50.
- Greenberg, Brad*, Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses, *U. Colo. L. Rev.* 2014, 53–128.
- Greenstein, Shane/Zhu, Feng*, Do Experts or Collective Intelligence Write with ore Bias? Evidence from Encyclopedia Britannica and Wikipedia, Harvard Business School Working Paper 15-023, 2014.
- Grünberger, Michael*, Aspekte eines umweltsensiblen Urheberrechts - Eine Einleitung, in: *Grünberger, Michael / Leible, Stefan (Hrsg.)*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014, S. 1–22.
- Grünberger, Michael*, Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken?, *ZUM* 2015, 273–290.
- Grünberger, Michael*, Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke, *ZUM* 2016, 905–919.
- Grünberger, Michael/Leible, Stefan (Hrsg.)*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014.

- Grützmacher, Malte*, Open-Source-Software – die GNU General Public License, ITRB 2002, 84–90.
- Guibault, Lucie*, Wrapping Information in Contract - How Does it Affect the Public Domain?, in: *Guibault, Lucie / Hugenholtz, Bernt (Hrsg.)*, The Future of the Public Domain, Alphen aan den Rijn 2006, S. 87–104.
- Guttel, Ehud/Harel, Alon*, Uncertainty Revisited: Legal Prediction and Legal Postdiction, Mich. L. Rev. 2008, 467–499.
- Hansen, Gerd*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden 2009.
- Hansen, Gerd/Schmidt-Bischoffshausen, Albrecht*, Ökonomische Funktionen von Verwertungsgesellschaften - Kollektive Wahrnehmung im Lichte von Transaktionskosten- und Informationsökonomik, GRUR Int. 2007, 461–481.
- Hansen, Hauke/Libor, Christine*, EuGH-Urteil zu gebrauchter Software: Gibt es bald auch einen Zweitmarkt für ePaper, eBooks und MP3s?, AfP 2012, 447–450.
- Hardin, Garrett*, The Tragedy of the Commons, Science 1968, 1243–1248.
- Hartmann, Bernd/Jansen, Felix*, Open Content - Open Access - Freie Inhalte als Herausforderung für Wirtschaft, Wissenschaft und Politik, Stuttgart 2008.
- Hartmann, Thomas*, Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte - Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, C-128/11 – UsedSoft ./ Oracle, GRUR Int. 2012, 980–989.
- Heller, Michael*, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, Harv. L. Rev. 1998, 621–688.
- Heller, Michael/Eisenberg, Rebecca*, Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, Science 1998, 698–701.
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan (Hrsg.)*, Juris Praxiskommentar BGB, 8. Aufl., Saarbrücken 2017 [Zit.: *Bearbeiter*, in: Juris Praxiskommentar BGB).
- Hess, Charlotte/Ostrom, Elinor*, Introduction: An Overview of the Knowledge Commons, in: *Hess, Charlotte / Ostrom, Elinor (Hrsg.)*, Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice, Cambridge, Mass. 2007, S. 1–26.

- Hetcher, Steven*, Using Social Norms to Regulate Fan Fiction and Remix Culture, U. Pa. L. Rev. 2009, 1869–1935.
- Heussen, Benno*, Rechtliche Verantwortungsebenen und dingliche Verfügungen bei der Überlassung von Open Source Software, MMR 2004, 445–450.
- Hilty, Reto*, Unübertragbarkeit rechtlicher Befugnisse: Schutz des Urhebers oder dogmatisches Ammenmärchen?, in: *Becker, Jürgen (Hrsg.)*, Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, München 2002, S. 259–284.
- Hilty, Reto*, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: »Wer will was von wem woraus?« – Ein Auftakt zum »zweiten Korb«, ZUM 2003, 983–1006.
- Hilty, Reto*, Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179–190.
- Hilty, Reto*, Sündenbock Urheberrecht?, in: *Ohly, Ansgar / Klippel, Diethelm (Hrsg.)*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 107–144.
- Hilty, Reto*, Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette - Der Wissenschaftsmarkt als Prüfstein für die urheberrechtliche Zwangslizenz, in: *Hilty, Reto (Hrsg.)*, Schutz von Kreativität und Wettbewerb, München 2009, S. 119–135.
- Hilty, Reto/Slowinski, Peter*, Standardessentielle Patente – Perspektiven außerhalb des Kartellrechts, GRUR Int. 2015, 781–792.
- Hippel, Eric von/Krogh, Georg von*, Open Source Software and the “Private-Collective” Innovation Model, Organ. Sci. 2003, 209–223.
- Hirschfelder, Markus*, Anforderungen an eine gesetzliche Verankerung des Open Access Prinzips, Saarbrücken 2008.
- Hoeren, Thomas*, Das Internet für Juristen - eine Einführung, NJW 1995, 3295–3298.
- Hoeren, Thomas*, Zur Wirksamkeit einer GPL-Lizenz, CR 2004, 778–778.
- Hoeren, Thomas*, Was bleibt von §§ 32, 32a, 36 UrhG? Überlegungen zur Zukunft des Urhebervertragsrechts, in: *Wöhrn, Kirsten-Inger / Bullinger, Winfried / Grunert, Eike Wilhelm / Ohst, Claudia (Hrsg.)*, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Berlin 2013, S. 159–186.
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznapel, Bernd (Hrsg.)*, Handbuch Multimedia-Recht, 43. EL. Aufl., München 2016 (Zit.: *Bearbeiter*, in: *Hoeren/Sieber/Holznapel*).

- Hofmann, Franz*, Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht?, GRUR 2018, 21–29.
- Holm-Hadulla, Rainer*, Kreativität zwischen Schöpfung und Zerstörung: Konzepte aus Kulturwissenschaften, Psychologie, Neurobiologie und ihre praktischen Anwendungen, Göttingen 2011.
- Horowitz, Steven*, Designing the Public Domain, Harv. L. Rev. 2009, 1489–1509.
- Hsu, Meng-Hsiang/Ju, Teresa/Yen, Chia-Hui/Chang, Chun-Ming*, Knowledge Sharing Behavior in Virtual Communities: The Relationship Between Trust, Self-efficacy, and Outcome Expectations, Int. J. Hum.-Comput. St. 2007, 153–169.
- Hua, Jerry Jie*, Toward A More Balanced Approach: Rethinking and Readjusting Copyright Systems in the Digital Network Era, Berlin, Heidelberg 2014.
- Huang, Chun-Yao*, File Sharing as a Form of Music Consumption, IJEC 2005, 37–55.
- Hung, Shin-Yuan/Durcikova, Alexandra/Lai, Hui-Min/Lin, Wan-Mei*, The Influence of Intrinsic and Extrinsic Motivation on Individuals' Knowledge Sharing Behavior, Int. J. Hum.-Comput. St. 2011, 415–427.
- Husovec, Martin/Leenes, Ronald*, Study on the Role of Online Intermediaries, Summary of the Public Consultation Final Report, Luxemburg 2016.
- Jadin, Tanja/Gnambs, Timo/Batinic, Bernad*, Personality Traits and Knowledge Sharing in Online Communities, Comput. Human Behav. 2013, 210–216.
- Jaeger, Till/Mantz, Reto*, Anmerkung zu LG Frankfurt, Urt. v. 05.03.2014, MMR 2014, 480–483.
- Jaeger, Till/Metzger, Axel*, Die neue Version 3 der GNU General Public License, GRUR 2008, 130–137.
- Jaeger, Till/Metzger, Axel*, Open-Source-Software - rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 4. Aufl., München 2016.
- Jakob, Raimund*, Kreativität und Recht: Psychologische Grundlagen und rechtspolitische Überlegungen, in: *Rehbinder, Manfred (Hrsg.)*, Die psychologische Dimension des Urheberrechts, Baden-Baden 2003, S. 77–90.
- Jamison, Anne*, Fic: Why Fanfiction Is Taking Over the World, Dallas 2013.

- Jani, Ole/Leenen, Frederik*, Paradigmenwechsel bei Links und Framings, NJW 2016, 3135–3138.
- Jenkins, Henry*, Convergence Culture: Where Old and New Media Collide, New York 2006.
- Johnson, Eric*, Intellectual Property and the Incentive Fallacy, Fla. St. U. L. Rev. 2012, 623–680.
- Johnson, Eric*, The Economics and Sociality of Sharing Intellectual Property, B.U. L. Rev. 2014, 1937–1995.
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass/Thaler, Richard*, A Behavioral Approach To Law And Economics, Stanford L. Rev. 1998, 1471–1550.
- Jurgensen, John*, „Let It Go“ and „Frozen“ Soundtrack Keep On Going, veröffentlicht auf wallstreetjournal.com am 16.05.2014, abrufbar unter <http://www.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303409004579563923915472580> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Kahneman, Daniel/Knetsch, Jack./Thaler, Richard*, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, JPE 1990, 1325–1348.
- Kahneman, Daniel/Knetsch, Jack/Thaler, Richard*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, JEP 1991, 193–206.
- Kartal-Aydemir, Aliye/Krieg, Rebecca*, Haftung von Anbietern kollaborativer Internetplattformen - Störerhaftung für User Generated Content?, MMR 2012, 647–652.
- Kashanin, Andrey/Dubovitskaya, Elena*, Die Reform des russischen Rechts des geistigen Eigentums, GRUR Int. 2014, 429–437.
- Katz, Zachary*, Pitfalls of Open Licensing: An Analysis of Creative Commons Licensing, Idea 2005, 391–413.
- Kerber, Wolfgang*, Zur Komplexität der Anwendung des ökonomischen Anreizparadigmas bei geistigen Eigentumsrechten - Ein wirtschaftspolitischer Analyserahmen, in: *Grünberger, Michael / Leible, Stefan (Hrsg.)*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014, S. 31–60.
- Klaka, Rainer*, Zur Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1970, 265–274.
- Klang, Mathias/Nolin, Jan*, Tolerance is Law: Remixing Homage, Parodying Plagiarism, Skripted 2012, 172–194.

- Kleine, Heinz*, Zum Einwand der Verwirkung, insbesondere im Wettbewerbs- und Urheberrecht, JZ 1951, 9–12.
- Kleinemenke, Manuel*, Google Books und Fair Use – Lehren für eine flexiblere Ausgestaltung und Anwendung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen (auch) im deutschen und europäischen Recht, GRUR Int. 2014, 892–901.
- Knopp, Michael*, Fanfiction – nutzergenerierte Inhalte und das Urheberrecht, GRUR 2010, 28–33.
- Koch, Benjamin/Krauspenhaar, Daniel*, Hat das derzeitige System der Abgaben auf Vervielfältigungsgeräte und Speichermedien nach §§ 54ff. UrhG noch eine Zukunft?, GRUR Int. 2012, 881–886.
- Koglin, Olaf*, Opensourcerecht: die urheber- und schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer bei Open Source Software am Beispiel der General Public License (GPL), Frankfurt am Main, New York 2007.
- Koreng, Ansgar*, Neues zu Creative Commons-Lizenzen, K&R 2015, 99–103.
- Korobkin, Russel*, The Endowment Effect And Legal Analysis, Nw. U.L.Rev. 2003, 1227–1293.
- Krause, Michael*, Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter, ZUM 2011, 21–26.
- Kretschmer, Martin*, Does Copyright Law Matter? An Empirical Analysis of Creators' Earnings, o.O. 2012.
- Kretschmer, Martin/Dusollier, Severine/Geiger, Christophe/Hugenholtz, Bernt*, The European Commission's Public Consultation on the Role of Publishers in the Copyright Value Chain: A Response by the European Copyright Society, EIPR 2016, 591–595.
- Kreutzer, Till*, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, Hamburg 2008.
- Kreutzer, Till*, Den gordischen Knoten durchschlagen: Ideen für ein neues Urheberrechtskonzept, in: Copy.Right.Now! Plädoyers für ein zukunftstaugliches Urheberrecht, 2010, S. 45–54.
- Kreutzer, Till*, User-Related Assets and Drawbacks of Open Content Licensing, in: *Angelopoulos, Christina / Guibault, Lucie (Hrsg.)*, Open Content Licensing: from Theory to Practice, Amsterdam 2011, S. 107–136.

- Kreutzer, Till*, Urheberrecht, Finanzierung und Qualitätssicherung - unüberwindbare Probleme auf dem Weg zu freien Bildungsmaterialien?, in: *Erdsiek-Rave, Ute / John-Ohnesorg, Marei (Hrsg.)*, *Schöne neue Welt? Open Education Ressourcen an Schulen*, Berlin 2014, S. 37–49.
- Krujatz, Sebastian*, Open Access - der offene Zugang zu wissenschaftlichen Informationen und die ökonomische Bedeutung urheberrechtlicher Ausschlussmacht für die wissenschaftliche Informationsversorgung, Tübingen 2012.
- Ku, Raymond*, The Creative Destruction of Copyright: Napster and the New Economics of Digital Technology, *U. Chi. L. Rev.* 2002, 263–322.
- Kühl, Eike*, Socially Awkward Urheberrecht, veröffentlicht auf ZEIT.de am 04.09.2015, abrufbar unter <http://www.zeit.de/digital/internet/2015-09/getty-images-urheberrecht-meme-socially-awkward-penguin/seite-2> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Kuhne III, Cecil*, The Steadily Shrinking Public Domain: Inefficiencies of Existing Copyright Law in the Modern Technology Age, *Loy. L. Rev.* 2004, 549–563.
- Ladeur, Karl-Heinz/Vesting, Thomas*, Geistiges Eigentum im Netzwerk – Anforderungen und Entwicklungslinien, in: *Eifert, Martin (Hrsg.)*, *Geistiges Eigentum und Innovation*, Berlin 2008, S. 123–144.
- Lakhani, Karim/Wolf, Robert*, Why Hackers Do What They Do: Understanding Motivation and Effort in Free/Open Source Software Projects, in: *Feller, Joseph (Hrsg.)*, *Perspectives on Free and Open Source Software*, Cambridge, Mass 2005, S. 3–22.
- Landes, William/Posner, Richard*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Mass. 2003.
- Landes, William/Posner, Richard*, Indefinitely Renewable Copyright, *U. Chi. L. Rev.* 2003, 471–518.
- Langus, Gregor/Neven, Damien/Shier, Gareth*, *Assessing the Economic Impacts of Adapting Certain Limitations and Exceptions to Copyright and Related Rights in the EU*, Brüssel 2013.
- Lee, Edward*, Warming up to User-generated Content, *U. Ill. L. Rev.* 2008, 1459–1548.

- Lehrbaum, Rick*, Embedded developers prefer Linux, love Android, veröffentlicht auf LinuxGizmos.com am 02.03.2013, abrufbar unter <http://linuxgizmos.com/embedded-developers-prefer-linux-love-android/> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Leider, Stephen/Mobius, Markus/Rosenblat, Tanya/Do, Quoc-Anh*, Directed Altruism and Enforced Reciprocity in Social Networks: How much is a Friend worth?, NBER Working Paper Series Nr. 13135, 2007.
- Leinemann, Caroline*, Der Pinterest-Boom aus dem Blickwinkel des deutschen Urheberrechts, in: *Wöhrn, Kirsten-Inger / Bullinger, Winfried / Grunert, Eike / Ohst, Claudia (Hrsg.)*, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Berlin, Boston 2013, S. 505–510.
- Leistner, Matthias*, Der Beitrag ökonomischer Forschung zum Urheberrecht Bestandsaufnahme und interdisziplinäre Ideenskizze, ZGE/IPJ 2009, 403–456.
- Leistner, Matthias*, Anforderungen an ein umweltsensibles Urheberrecht, in: *Grünberger, Michael / Leible, Stefan (Hrsg.)*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014, S. 211–225.
- Leistner, Matthias*, Der Beitrag der Verhaltensforschung und Verhaltensökonomie, BRJ 2014, 120–126.
- Leistner, Matthias*, Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren, ZUM 2016, 580–594.
- Leistner, Matthias*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8.09.2016 – Az. C-160/15, ZUM 2016, 980–983.
- Leistner, Matthias/Hansen, Gerd*, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter. Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR 2008, 479–490.
- Leistner, Matthias/Stang, Felix*, Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten - Ein Siegeszug der Prüfungspflichten?, WRP 2008, 533–555.
- Leitgeb, Stephan*, Virales Marketing – Rechtliches Umfeld für Werbefilme auf Internetportalen wie YouTube, ZUM 2009, 39–49.
- Lenhard, Frank*, Vertragstypologie von Softwareüberlassungsverträgen - Neues Urhebervertragsrecht und neues Schuldrecht unter Berücksichtigung der Open Source-Softwareüberlassung, München 2006.

- Leonard, Andrew*, How Disney learned to stop worrying and love copyright infringement, veröffentlicht auf Salon.com am 23.05.2014, abrufbar unter http://www.salon.com/2014/05/23/how_disney_learned_to_stop_worrying_and_love_copyright_infringement/ [letzter Abruf 14.02.2019].
- Lerner, Josh/Tirole, Jean*, Some Simple Economics of Open Source, *J. Ind. Econ.* 2002, 197–234.
- Lessig, Lawrence*, *The Future Of Ideas - The Fate of the Commons in a connected World*, New York 2001.
- Lessig, Lawrence*, *Free Culture - How Big Media Uses Technology And The Law to Knock Down Culture And Control Creativity*, New York 2004.
- Lessig, Lawrence*, Re-Crafting a Public Domain, *Yale J.L. & Human.* 2006, 56–83.
- Lessig, Lawrence*, The Vision for the Creative Commons: What are We and Where are We Headed? Free Culture, in: *Fitzgerald, Brian (Hrsg.)*, *Open Content Licensing: Cultivating the Creative Commons*, Sydney 2007, S. 36–49.
- Lessig, Lawrence*, *Remix - Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, London 2008.
- Lev Aretz, Yafit*, Second Level Agreements, *Akron L. Rev.* 2012, 137–199.
- Lev-Aretz, Yafit*, The Subtle Incentive Theory of Copyright Licensing, *Brook. L. Rev.* 2015, 1357–1418.
- Levine, Julie*, Lo and Behold: Does Tolerated Use Give an Incentive to Plagiarize: An Example through the Music of Bob Dylan, *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 2013, 717–750.
- Lin, Ming-Ji James/Hung, Shiu-Wan/Chen, Chih-Jou*, Fostering the determinants of knowledge sharing in professional virtual communities, *Comput. Human Behav.* 2009, 929–939.
- Listokin, Yair*, What Do Corporate Default Rules and Menus Do? An Empirical Examination, *J. Empirical Legal Stud.* 2009, 279–309.
- Litman, Jessica*, *Digital Copyright*, Amherst 2006.
- Loewenheim, Ulrich (Hrsg.)*, *Handbuch des Urheberrechts*, München 2010 [Zit.: *Bearbeiter*, in: Loewenheim].

- Loren, Lydia*, Building a Reliable Semicommons of Creative Works: Enforcement of Creative Commons Licenses and Limited Abandonment of Copyright, *Geo. Mason L. Rev.* 2006, 271–328.
- Loshin, Jacob*, Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property Without Law, in: *Corcos, Christine (Hrsg.)*, Law and Magic: A Collection of Essays, Durham 2010, S. 123–143.
- Lunden, Ingrid*, Pinterest Closes Another Copyright Hole, Inks A Deal With Getty Images, Will Pay A Fee For Metadata, veröffentlicht auf TechCrunch.com am 25.10.2013, abrufbar unter <http://social.techcrunch.com/2013/10/25/pinterest-inks-deal-with-getty-images-will-pay-a-fee-for-the-photo-agencys-metadata/> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Lunney, Glynn*, Reexamining Copyright’s Incentives–Access Paradigm, *Vand. L. Rev.* 1996, 483–656.
- Lutz, Alexander*, Zugang zu wissenschaftlichen Informationen in der digitalen Welt - ein urheberrechtlicher Beitrag zu den Wissenschaftsschranken und zu einem zwingenden Zweitveröffentlichungsrecht, Tübingen 2012.
- Lynn, Jeff*, Copyright for Growth, in: *Hargreaves, Ian / Hofheinz, Paul (Hrsg.)*, Intellectual Property and Innovation, Brüssel 2012, S. 11–16.
- Ma, Will/Chan, Albert*, Knowledge Sharing and Social Media: Altruism, Perceived Online Attachment Motivation, and Perceived Online Relationship Commitment, *Comput. Human Behav.* 2014, 51–58.
- Maaßen, Stefan*, Abmahnung wegen unterlassener Urheberbenennung: Grenzen eines Geschäftsmodells, *GRUR Prax.* 2013, 127–129.
- Madison, Michael*, Reconstructing the Software License, *Loy. U. Chi. L.J.* 2003, 275–340.
- Maier, Henrike*, Meme und Urheberrecht, *GRUR Prax.* 2016, 397–398.
- Malina, Barbara (Hrsg.)*, Open Access: Chancen und Herausforderungen: ein Handbuch, Bonn 2007.
- Mantz, Reto*, Open Access-Lizenzen und Rechtsübertragung bei Open Access-Werken, in: *Spindler, Gerald (Hrsg.)*, Rechtliche Rahmenbedingungen von Open-Access-Publikationen, Göttingen 2006, S. 55–103.
- Mantz, Reto*, Creative Commons-Lizenzen im Spiegel internationaler Gerichtsverfahren, *GRUR Int.* 2008, 20–24.

- Maracke, Catharina/Weitzmann, John Hendrik*, Creative Commons – ein rechtliches Laienwerkzeug in der digitalen Welt, in: *Helfrich, Silke (Hrsg.)*, Wem gehört die Welt? - Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter, München 2009, S. 178–182.
- Marly, Jochen*, Das Verhältnis von Urheber- und Markenrecht bei Open Source Software - Zugleich eine Besprechung von OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2010, S. 467 – xt:Commerce, GRUR-RR 2010, 457–459.
- Marly, Jochen*, Praxishandbuch Softwarerecht, 6. Aufl., München 2014.
- McGowan, David*, The Tory Anarchism of F/OSS Licensing, U. Chi. L. Rev. 2011, 207–224.
- McKay, Patrick*, Culture of the Future: Adapting Copyright Law to Accommodate Fan-Made Derivative Works in the Twenty-First Century, Regent U. L. Rev. 2011, 117–146.
- Meister, Andre*, Zensurheberrecht: FragDenStaat verklagt die Bundesrepublik und gewinnt, ohne es zu wissen, veröffentlicht auf netzpolitik.org am 14.02.2019, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2014/zensurheberrecht-fragdenstaat-verklagt-die-bundesrepublik-und-gewinnt-ohne-es-zu-wissen/> [letzter Abruf 26.03.2017].
- Merges, Robert*, Of Property Rules, Coase, and Intellectual Property, Colum. L. Rev. 1994, 2655–2673.
- Merges, Robert*, Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations, Cal. L. Rev. 1996, 1293–1393.
- Merges, Robert*, A New Dynamism in the Public Domain, U. Chi. L. Rev. 2004, 183–203.
- Merges, Robert*, Locke for the Masses: Property Rights and the Products of Collective Creativity, Hofstra L. Rev. 2008, 1179–1191.
- Merges, Robert*, Justifying Intellectual Property, Harvard 2011.
- Merrill, Thomas/Smith, Henry*, Optimal Standardization in the Law of Property: the Numerus Clausus Principle, Yale L.J. 2000, 1–70.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in: *Raiser, Ludwig / Sauermann, Heinz / Schneider, Erich (Hrsg.)*, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Berlin 1964, S. 103–119.

- Metzger, Axel*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2002.
- Metzger, Axel*, Transnational Laws For Transnational Communities - The Emergence of a Lex Mercatoria (or Lex Informatica) for International Creative Communities, JIPITEC 2012, 361–368.
- Metzger, Axel*, Open Source und andere alternative Lizenzmodelle - Nutzung des Urheberrechts als Mittel zur Sicherung freier Kommunikation, in: *Grünberger, Michael / Leible, Stefan (Hrsg.)*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014, S. 115–129.
- Metzger, Axel/Heinemann, Tobias*, The Right of the Author to Grant Licenses for Non-Commercial Use, JIPITEC 2015, 11–22.
- Metzger, Axel/Jaeger, Till*, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int. 1999, 839–848.
- Metzger, Axel/Jaeger, Till*, Open Source Software And German Copyright Law, IIC 2001, 52–73.
- Meyer, Stephan*, Miturheberschaft bei freier Software: nach deutschem und amerikanischem Sach- und Kollisionsrecht, Baden-Baden 2011.
- Michalik, Joanna*, Lösungsansätze für das Urheberrecht in der digitalen Musikwelt, Zürich 2013.
- Miller, Ernest/Feigenbaum, Joan*, Taking the copy out of Copyright, in: *Sander, Tomas (Hrsg.)*, Security and Privacy in Digital Rights Management, Berlin u.a. 2002, S. 233–244.
- Missomelius, Petra*, Bewegtbildpraktiken zwischen traditionellen und digitalen Medien: das Mashup als paradigmatische Form digitaler Medienkulturen, in: *Mundhenke, Florian / Arenas, Fernando / Wilke, Thomas (Hrsg.)*, Mashups: neue Praktiken und Ästhetiken in populären Medienkulturen, Wiesbaden 2015, S. 227–243.
- Möller, Erik*, Freiheit mit Fallstricken - Creative-Commons-NC-Lizenzen und ihre Folgen, in: *Lutterbeck, Bernd / Bärwolff, Matthias / Gehring, Robert A. (Hrsg.)*, Open Source Jahrbuch 2006 - Zwischen Softwareentwicklung und Geschäftsmodell, Berlin 2006, S. 271–282.
- Moody, Glyn*, Richard Stallmann's goldene Regel und das „Digital Commons“, in: *Lutterbeck, Bernd / Bärwolff, Matthias / Gehring, Robert A. (Hrsg.)*, Open Source Jahrbuch 2008, Berlin 2008, S. 224–232.

- Mühlbauer, Peter*, Zeitungszeugen-Beschlagnahmebeschluss war rechtswidrig, veröffentlicht auf Telepolis am 21.04.2009, abrufbar unter <https://www.heise.de/tp/features/Zeitungszeugen-Beschlagnahmebeschluss-war-rechtswidrig-3380914.html> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Munar, Ana/Jacobsen, Jens*, Motivations for Sharing Tourism Experiences through Social Media, *Tour. Manage.* 2014, 46–54.
- Mundhenke, Florian/Arenas, Fernando/Wilke, Thomas (Hrsg.)*, Mashups: Neue Praktiken und Ästhetiken in populären Medienkulturen, Wiesbaden 2015.
- Musso, Alberto*, Grounds Of Protection: How Far Does The Incentive Paradigm Carry?, in: *Ohly, Ansgar (Hrsg.)*, Common Principles Of European Intellectual Property Law, Bayreuth 2012, S. 33–98.
- Nazari-Khanachayi, Arian*, Rechtfertigungsnarrative des Urheberrechts im Praxistest: Empirie zur Rolle des Urheberrechts, Tübingen 2016.
- Negroponte, Nicholas*, Being Digital, New York 1996.
- Netanel, Neil*, Copyright and a Democratic Civil Society, *Yale L.J.* 1996, 283–387.
- Netanel, Neil*, Market Hierarchy and Copyright in Our System of Free Expression, *Vand. L. Rev.* 2000, 1879–1899.
- Neumann, Jan*, Open Educational Ressources - Grundlagen und Herausforderungen, in: *Erdsiek-Rave, Ute / John-Ohnesorg, Marei (Hrsg.)*, Schöne neue Welt? Open Education Ressourcen an Schulen, Berlin 2014.
- Neylon, Cameron*, The rise and rise of Creative Commons: Over 1.2M CC Licensed Scholarly Articles, veröffentlicht auf PLOS Blog am 15.08.2014, abrufbar unter <http://blogs.plos.org/opens/2014/08/15/rise-rise-creative-commons-1-2m-cc-licensed-scholarly-articles/> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Niv, Tal*, The Socio-Economic Contribution of Creative Commons, Berkeley 2011.
- Nolte, Georg*, Schleichendes Ende oder Renaissance des Urheberrechts im Netz?, *ZUM* 2012, 740–742.
- Nordemann, Axel/Nordemann, Jan/Fromm, Friedrich Karl (Hrsg.)*, Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Aufl., Stuttgart 2014 (Zit.: *Bearbeiter*, in: Fromm/Nordemann).

- Nordemann, Jan Bernd*, EuGH-Urteile GS Media, Filmspeler und ThePirateBay: ein neues europäisches Haftungskonzept im Urheberrecht für die öffentliche Wiedergabe, GRUR Int. 2018, 526–535.
- Nov, Oded*, What Motivates Wikipedians?, Communications of the ACM 2007, 60–64.
- Nov, Oded/Kuk, George*, Open Source Content Contributors' Response to Free-riding: The Effect of Personality and Context, Comput. Human Behav. 2008, 2848–2861.
- Nov, Oded/Naaman, Mor/Ye, Chen*, Analysis of Participation in an Online Photo-sharing Community: A Multidimensional Perspective, JASIST 2010, 555–566.
- Oberholzer-Gee, Felix/Strumpf, Koleman*, File Sharing and Copyright, IPE 2010, 19–55.
- O'Grady, Stephen*, What are the Most Popular Open Source Licenses Today?, veröffentlicht auf Redmonk.com am 14.11.2014, abrufbar unter <http://redmonk.com/sogrady/2014/11/14/open-source-licenses/> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Ohly, Ansgar*, „Volenti non fit iniuria“ - die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002.
- Ohly, Ansgar*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit: Forschungsperspektiven, in: *Ohly, Ansgar / Klippel, Diethelm (Hrsg.)*, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 1–17.
- Ohly, Ansgar*, Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und -verhinderung, in: *Eifert, Martin (Hrsg.)*, Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008, S. 279–296.
- Ohly, Ansgar*, Urheberrecht in der digitalen Welt - Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und zu dessen Durchsetzung?, NJW-Beil. 2014, 47–50.
- Ohly, Ansgar*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8.9.2016 - C-160/15, 2016, 1152–1157.
- Ohly, Ansgar*, Unmittelbare und mittelbare Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach dem „Córdoba“-Urteil des EuGH, GRUR 2018, 996–1004.
- Oliar, Dotan/Sprigman, Christopher*, There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy, Va. L. Rev. 2008, 1787–1867.

- Omsels, Hermann-Josef*, Open Source und das deutsche Vertrags- und Urheberrecht, in: *Schertz, Christian / Omsels, Hermann-Josef (Hrsg.)*, Festschrift für Paul W. Hertin, München 2000, S. 141–170.
- Oreg, Shaul/Nov, Oded*, Exploring Motivations for Contributing to Open Source Initiatives: The Roles of Contribution Context and Personal Values, *Comput. Human Behav.* 2008, 2055–2073.
- O'Reilly, Tim*, The Open Source Paradigm Shift, in: *Feller, Joseph (Hrsg.)*, Perspectives on Free and Open Source Software, Cambridge 2004, S. 461–479.
- Osterloh, Margit/Luethi, Roger*, Commons without Tragedy: Das Beispiel Open Source Software, in: *Eifert, Martin (Hrsg.)*, Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008, S. 145–181.
- Osterndorf, Chris*, How „Frozen“ fandom changed Disney’s stance on copyright infringement, veröffentlicht auf [dailydot.com](http://www.dailydot.com/opinion/disney-frozen-fandom-copyright-infringement/) am 30.05.2014, abrufbar unter <http://www.dailydot.com/opinion/disney-frozen-fandom-copyright-infringement/> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Ostrom, Elinor*, *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, New York 1990.
- Ostrom, Elinor*, *Die Verfassung der Allmende: jenseits von Staat und Markt*, Tübingen 1999.
- o.V.*, Jazz Has Got Copyright Law and That Ain’t Good, *Harv. L. Rev.* 2005, 1940–1961.
- Pachali, David*, Vermehrte Abmahnungen bei Creative-Commons-Fotos (Updates), veröffentlicht auf [iRights.info](https://irights.info/artikel/vermehrte-abmahnungen-bei-creative-commons-fotos/27407) am 19.05.2016, abrufbar unter <https://irights.info/artikel/vermehrte-abmahnungen-bei-creative-commons-fotos/27407> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Palandt, Otto/Bassenge, Peter/Brudermüller, Gerd/Ellenberger, Jürgen/Götz, Isabell/Grüneberg, Christian/Sprau, Hartwig/Thorn, Karsten/Weidenkaff, Walter/Weidlich, Dietmar (Hrsg.)*, *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Nebengesetzen*, 78. Aufl., München 2019 [Zit.: *Bearbeiter*, in: Palandt].
- Patel, Ronak*, First World Problems: A Fair Use Analysis of Internet Memes, *UCLA Ent. L. Rev.* 2013, 235–256.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Buchausschnitte als Thumbnails – Google Books und Fair Use, *GRUR Prax.* 2013, 529–531.

- Peifer, Karl-Nikolaus*, Vertrieb und Verleih von E-Books - Grenzen der Erschöpfungslehre, AfP 2013, 89–93.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Selbstbestimmung im digitalen Netz – Privatkopie, Flatrate und Fair Use, ZUM 2014, 86–90.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Urhebervertragsrecht in der Reform: Der Kölner Entwurf, ZUM 2015, 437–443.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Parodie, Mashup, Medienkritik: Das urheberrechtlich geschützte Werk als Gegenstand und Beiwerk der filmischen Auseinandersetzung – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des aktuellen Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2016, 805–811.
- Peñalver, Eduardo/Katyal, Sonia*, Property Outlaws: How Squatters, Pirates, and Protesters Improve the Law of Ownership, New Haven 2010.
- Peukert, Alexander*, Die psychologische Dimension des droit moral, in: *Rehbinder, Manfred (Hrsg.)*, Die psychologische Dimension des Urheberrechts, Baden-Baden 2003, S. 113–148.
- Peukert, Alexander*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut; insbesondere: die urheberrechtliche Relevanz privaten Werkgenusses, in: *Hilty, Reto M. (Hrsg.)*, Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 11–46.
- Peukert, Alexander*, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 2005, 1–80.
- Peukert, Alexander*, Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und -verhinderung. Kommentar zum Beitrag von Ansgar Ohly, in: *Eifert, Martin (Hrsg.)*, Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008, S. 299–305.
- Peukert, Alexander*, Die Gemeinfreiheit, Tübingen 2012.
- Peukert, Alexander*, Der digitale Urheber, in: *Wöhrn, Kirsten-Inger / Bullinger, Winfried / Grunert, Eike W. / Ohst, Claudia (Hrsg.)*, Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Berlin, Boston 2013, S. 459–468.
- Peukert, Alexander*, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, *GRUR Beil.* 2014, 77–93.
- Peukert, Alexander*, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage - zur rechtlichen Implementierung von Open Access als Goldstandard

- wissenschaftlichen Publizierens, in: *Grünberger, Michael / Leible, Stefan (Hrsg.)*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014, S. 145–173.
- Peukert, Alexander*, An EU related right for press publishers concerning digital uses. A legal analysis, Research Paper of the Faculty of Law, Goethe University Frankfurt am Main No. 22/2016, 2016.
- Peukert, Alexander/König, Dominik*, License Contracts, Free Software and Creative Commons in Germany, in: *Metzger, Axel (Hrsg.)*, Free and Open Source Software (FOSS) and other Alternative License Models, Cham 2016, S. 201–226.
- Pfennig, Gerhard*, Urhebervertragsrecht in der Reform: Der Entwurf der Initiative Urheberrecht, ZUM 2015, 443–451.
- Pflüger, Thomas/Ertmann, Dietmar*, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436–443.
- Philips, Simon*, This is the golden age of open source, veröffentlicht auf InfoWorld.com am 23.07.2014, abrufbar unter <http://www.infoworld.com/d/open-source-software/the-golden-age-of-open-source-246700> [letzter Abruf 15.02.2019].
- Pierce, Jon/Kostova, Tatiana/Dirks, Kurt*, The State of Psychological Ownership: Integrating and Extending a Century of Research., Review of General Psychology 2003, 84–107.
- Pink, Daniel H.*, Drive: the Surprising Truth about What Motivates us, Edinburgh 2011.
- Platz, Gunda*, Open Contents im deutschen Urheberrecht, GRUR 2002, 670–682.
- Podszun, Rupprecht*, Postmoderne Kreativität im Konflikt mit dem Urheberrechtsgesetz und die Annäherung an »fair use« - Besprechung zu BVerfG ZUM 2016, S. 626, ZUM , 606–612.
- Prelinger, Ernst*, Extension and Structure of the Self, Journal of Psychology 1959, 13–23.
- Radin, Margaret Jane*, Property and Personhood, Stan. L. Rev. 1982, 957–1015.
- Rao, Leena*, Flickr Adds Pinterest Buttons To Photo Sharing; All Images Will Be Pinned With Attributions, veröffentlicht auf TechCrunch am 01.05.2012,

abrufbar unter <http://social.techcrunch.com/2012/05/01/flickr-adds-pinterest-buttons-to-photo-sharing-all-images-will-be-pinned-with-attributions/> [letzter Abruf 14.02.2019].

- Rauer, Nils/Ettig, Diana*, Creative Commons & Co., WRP 2015, 153–157.
- Rehbinder, Manfred (Hrsg.)*, Die Psychologische Dimension des Urheberrechts, Baden-Baden 2003.
- Rehbinder, Manfred*, Geistiges Schaffen als Voraussetzung des Urheberrechts, in: *Rehbinder, Manfred (Hrsg.)*, Die psychologische Dimension des Urheberrechts, Baden-Baden 2003, S. 9–24.
- Rehbinder, Manfred/Peukert, Alexander*, Urheberrecht: ein Studienbuch, 17. Aufl., München 2015.
- Reich, Michael*, Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, München 2006.
- Ricolfi, Marco*, Consume and Share: Making Copyright Fit for the Digital Agenda, in: *Dulong De Rosnay, Melanie / De Martin, Juan Carlos (Hrsg.)*, The Digital Public Domain - Foundations for an Open Culture, Cambridge 2012, S. 49–60.
- Rifkin, Jeremy*, Access - Das Verschwinden des Eigentums. Warum wir weniger besitzen und mehr ausgeben werden, Frankfurt 2000.
- Rosenkranz, Timo*, Open Contents, Tübingen 2011.
- Rothman, Jennifer*, The Questionable Use of Custom in Intellectual Property, Va. L. Rev. 2007, 1899–1982.
- Rummel, Amy/Feinberg, Richard*, Cognitive Evaluation Theory: A Meta-analytic Review of the Literature, Soc. Behav. Pers. 1988, 147–164.
- Runco, Mark*, Creativity: Theories and Themes: Research, Development, and Practice, 2. Aufl., London 2014.
- Ryan, Richard/Deci, Edward*, Self-determination Theory and the Facilitation of Intrinsic Motivation, Social Development, and Well-being, Am. Psychol. 2000, 68.
- Säcker, Franz/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.)*, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., München 2016 (Zit.: *Bearbeiter*, in: Münchner Kommentar BGB).

- Säcker, Franz/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.),* Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1 Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2019 [Zit.: *Bearbeiter*, in: Münchner Kommentar BGB).
- Salzberger, Eli*, Economic Analysis of the Public Domain, in: *Guibault, Lucie / Hugenholtz, Bernt (Hrsg.)*, The Future of the Public Domain, Alphen aan den Rijn 2006, S. 27–58.
- Samuelson, Pamela*, Preliminary Thoughts on Copyright Reform, Utah L. Rev. 2007, 551–571.
- Sandl, Ulrich*, »Open Source«-Software: Politische, ökonomische und rechtliche Aspekte, CR 2001, 346–351.
- Satchwell, Matthew*, The Tao of Open Source: Minimum Action for Maximum Gain, Berkeley Tech. L.J. 2005, 1757–1798.
- Schäfer, Fabian*, Der virale Effekt: Entwicklungsrisiken im Umfeld von Open Source Software, Karlsruhe 2007.
- Schäfer, Fabian*, Der virale Effekt - Entwicklungsrisiken im Umfeld von Open-Source-Software, Karlsruhe 2007.
- Schiffner, Thomas*, Open Source Software, München 2003.
- Schneider, Jochen/Spindler, Gerald*, Der Kampf um die gebrauchte Software – Revolution im Urheberrecht?, CR 2012, 489–498.
- Schoff Curtin, Rebecca*, Hackers and Humanists: Transactions and the evolution of Copyright, IDEA 2013, 103–155.
- Schrader, Paul/Weber, Klaus*, Das Vervielfältigungsrecht - Dogmatischer Ausgangspunkt oder praktischer Auffangtatbestand des Urheberschutzes?, UFITA 2011, 494–518.
- Schricker, Gerhard/Loewenheim, Ulrich (Hrsg.)*, Urheberrecht, 5. Aufl., 2017 (Zit.: *Bearbeiter*, in: Schricker/Loewenheim).
- Schultz, Mark*, Fear and Norms and Rock & Roll: What Jambands Can Teach Us About Persuading People to Obey Copyright Law, Berkeley Tech. L.J. 2006, 651–728.
- Schulz, Carsten*, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte: Vertragsstrukturen in Open-source-Modellen, Köln u.a. 2005.

- Seetzen, Uwe*, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, Göttingen 1966.
- Sester, Peter*, Open-Source-Software: Vertragsrecht, Haftung und IPR-Fragen, CR 2000, 797–807.
- Shirky, Clay*, Cognitive Surplus: Creativity and Generosity in a Connected Age, London 2011.
- Simon, Abigail*, Contracting in the Dark: Casting Light on the Shadows of Second Level Agreements, Wm. & Mary Bus. L. Rev. 2014, 305–329.
- Specht, Louisa*, Zum Verhältnis von (Urheber-)Recht und Technik, GRUR 2019, 253–259.
- Spindler, Gerald (Hrsg.)*, Rechtsfragen bei Open Source, Köln 2004.
- Spindler, Gerald*, Urheberrecht in der Wissensgesellschaft - Überlegungen zum Grünbuch der EU-Kommission, in: *Hilty, Reto (Hrsg.)*, Schutz von Kreativität und Wettbewerb, München 2009, S. 287–307.
- Spindler, Gerald*, Die Reform des Urheberrechts, NJW 2014, 2550–2554.
- Spindler, Gerald*, Die Reform des Urheberrechts, NJW 2014, 2550–2554.
- Spindler, Gerald*, Haftungsrechtliche Probleme bei Social Media, in: *Hornung, Gerrit / Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.)*, Rechtshandbuch Social Media, 2015, S. 131–161.
- Spindler, Gerald*, Haftung ohne Ende?, MMR 2018, 48–52.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.)*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., München 2015 [Zit.: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien).
- Spindler, Gerald/Zimbehl, Philipp*, Is Open Content a Victim of its Own Success? Some Economic Thoughts on the Standardization of Licenses, in: *Angelopoulos, Christina. / Guibault, Lucie. (Hrsg.)*, Open Content Licensing: from Theory to Practice, Amsterdam 2011, S. 51–73.
- Sprang, Christian*, Die Vereinbarung angemessener Vergütung in der Verlagsbranche, ZUM 2010, 116–124.
- Sprigman, Christopher*, Reform (al)iz ing Copyright, Stanford L. Rev. 2004, 485–568.

- Sprigman, Christopher/Buccafusco, Christopher/Burns, Zachary*, Valuing Publication and Attribution in Intellectual Property, Law and Legal Theory Working Paper Series 2012-02, 2012.
- Sprigman, Christopher/Buccafusco, Christopher/Burns, Zachary C.*, What's a Name Worth?: Experimental Tests of the Value of Attribution in Intellectual Property, B.U. L. Rev. 2013, 1389–1435.
- Stallberg, Christian*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Berlin 2006.
- Steinbau, Henry*, Peter Tschmuck: „Streaming können Musiker als Einnahmequelle vergessen“, veröffentlicht auf [iRights.info](http://irights.info) abrufbar unter <http://irights.info/artikel/peter-tschmuck-streaming-koennen-musiker-als-einnahmequelle-vergessen/25912> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Sternberg, Robert/Lubart, Todd*, The Concept Of Creativity: Prospects and Paradigms, in: *Sternberg, Robert (Hrsg.)*, Handbook of Creativity, Cambridge 1999, S. 1–15.
- Stevenson, Glenn*, Common Property Economics - A General Theory and Land Use Applications, Cambridge u.a. 1991.
- Stieper, Malte*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, C-128/11 – UsedSoft, ZUM 2012, 668–670.
- Strönholm, Stig*, Was bleibt vom Erbe übrig? - Überlegungen zur Entwicklung des heutigen Urheberrechts, GRUR Int. 1989, 15–22.
- Sucker, Reinhard*, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, Tübingen 2014.
- Sujecki, Bartosz*, Vertrags- und urheberrechtliche Aspekte von Open Source Software im deutschen Recht, JurPC WebDok 145/2005, 2005.
- Summerer, Claudia*, „Illegale Fans“: die urheberrechtliche Zulässigkeit von Fan Art, Berlin 2015.
- Sunder, Madhavi*, From Goods to a Good Life: Intellectual Property and Global Justice, New Haven 2012.
- Sunder, Madhavi*, Copyright Law for the Participation Age, Ohio N.U.L. Rev. 2014, 359–659.
- Suwelack, Felix*, Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive, MMR 2018, 582–586.
- Tang, Qian/Gu, Bin/Whinston, Andrew*, Content Contribution for Revenue Sharing

- and Reputation in Social Media: A Dynamic Structural Model, *JMIS* 2012, 41–76.
- Tang, Shu-Hua/Hall, Vernon*, The Overjustification Effect: A Meta-analysis, *Appl. Cogn. Psychol.* 1995, 365–404.
- Teupen, Christian*, „Copyleft“ im deutschen Urheberrecht: Implikationen von Open Source Software (OSS) im Urhebergesetz, Berlin 2007.
- Tinnefeld, Robert*, Die Einwilligung in urheberrechtliche Nutzungen im Internet, Tübingen 2012.
- Tóth, Benjamin*, Creative Humbug, veröffentlicht auf IndiCare.org am 24.06.2005, abrufbar unter http://www.indicare.org/tiki-read_article.php?articleId=118 [letzter Abruf 15.02.2019].
- Towse, Ruth*, Creativity, Incentive and Reward: an Economic Analysis of Copyright and Culture in the Information Age, Cheltenham 2001.
- Towse, Ruth*, Copyright and Artists: A View from Cultural Economics, *Journal of Economic Surveys* 2006, 567–585.
- Tushnet, Rebecca*, Payment in Credit: Copyright Law and Subcultural Creativity, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works 2007, 135–174.
- Tushnet, Rebecca*, Economies of Desire: Fair Use and Marketplace Assumptions, *Wm. & Mary L. Rev.* 2009, 513–546.
- Tushnet, Rebecca*, All of This Has Happened before and All of This Will Happen Again: Innovation in Copyright Licensing, *Berkeley Tech. L.J.* 2014, 1447–1488.
- Ullrich, Wolfgang*, Das Urheberrecht als Mittel der Markt- und Diskurskontrolle - Essay - Perlentaucher, veröffentlicht auf Perlentaucher.de am 07.11.2016, abrufbar unter https://www.perlentaucher.de/essay/das-urheberrecht-als-mittel-der-markt-und-diskurskontrolle.html?nle_id=6858 [letzter Abruf 14.02.2019].
- Ungern-Sternberg, Joachim von*, Schlichte einseitige Einwilligung und treuwidrig widersprüchliches Verhalten des Urheberberechtigten bei Internetnutzungen, *GRUR* 2009, 369–375.
- Urban, Jennifer/Karaganis, Joe/Schofield, Brianna*, Notice And Takedown In Everyday Practice, o.O. 2016.
- Van Houweling, Molly Shaffer*, Author Autonomy and Atomism in Copyright Law,

Va. L. Rev. 2010, 549–642.

Vaughan-Nichols, Steven, The fall of GPL and the rise of permissive open-source licenses, veröffentlicht auf ZDNet am 16.12.2014, abrufbar unter <http://www.zdnet.com/article/the-fall-of-gpl-and-the-rise-of-permissive-open-source-licenses/> [letzter Abruf 14.02.2019].

Vianello, Mirko, Lizenzierung von Musik in nutzergenerierten Videos - Der steinige Weg zur Verwendung im Internet, MMR 2009, 90–95.

Villa, Luis, Pushing back against licensing and the permission culture, veröffentlicht auf lu.is Open Law and Strategy am 28.01.2013, abrufbar unter <http://lu.is/blog/2013/01/27/taking-post-open-source-seriously-as-a-statement-about-copyright-law/> [letzter Abruf 14.02.2019].

Wagner, Polk/Radin, Margaret, The Myth of Private Ordering: Rediscovering Legal Realism In Cyberspace, Chi.-Kent L. Rev. 1998, 1295–1317.

Waldfoegel, Joel, Music Piracy and Its Effects on Demand, Supply, and Welfare, in: *Lerner, Josh / Stern, Scott (Hrsg.)*, Innovation Policy and the Economy, Chicago 2012.

Wandtke, Artur-Axel (Hrsg.), Medienrecht Praxishandbuch, 2. Aufl., Berlin 2011 (Zit.: *Bearbeiter*, in: Medienrecht Praxishandbuch).

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried/Block, Ulrich (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl., München 2014 [Zit.: *Bearbeiter*, in: Wandtke/Bullinger).

Wang, Edmund, The Line between Copyright and the First Amendment and Why Its Vagueness May Further Free Speech Interests, U. Pa. J. Const. L. 2010, 1471–1498.

Wasko, Molly/Faraj, Samer, Why should I share? Examining Social Capital and Knowledge Contribution in Electronic Networks of Practice, MIS quarterly 2005, 35–57.

Weitzmann, John, Im Lizenzbaumarkt - Creative Commons als alternatives Modell, in: *Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.)*, Copy.Right.Now! Plädoyers für ein zukunftstaugliches Urheberrecht, Berlin 2010, S. 73–77.

Wiebe, Andreas, Zum Funktionswandel des Urheberrechts im digitalen Umfeld, in: *Taege, Jürgen / Wiebe, Andreas / Kilian, Wolfgang (Hrsg.)*, Informatik, Wirtschaft, Recht: Regulierung in der Wissensgesellschaft ; Festschrift für Wolfgang Kilian zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 2004, S. 603–620.

- Wielsch, Dan*, Zugangsregeln - die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008.
- Wielsch, Dan*, Governance of Massive Multiauthor Collaboration, JIPITEC 2010, 96.
- Wielsch, Dan*, Relationales Urheberrecht. Die vielen Umwelten des Urheberrechts, ZGE/IPJ 2013, 274–311.
- Wiersma, Uco*, The Effects of Extrinsic Rewards in Intrinsic Motivation: A Meta-analysis, J. Occup. Organ. Psych. 1992, 101–114.
- Wimmers, Jörg/Barudi, Malek*, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, 327–338.
- Wong, Danny*, Report: Social Media Drove 31.24% of Overall Visits to Sites, veröffentlicht auf The Shareaholic Content Marketing Blog am 26.01.2015, abrufbar unter <https://blog.shareaholic.com/social-media-traffic-trends-01-2015/> [letzter Abruf 14.02.2019].
- Wu, Tim*, Tolerated Use: The Copyright Problem, veröffentlicht auf Slate.com am 16.10.2007, abrufbar unter http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/features/2007/american_lawbreaking/tolerated_use_the_copyright_problem.html [letzter Abruf 14.02.2019].
- Wu, Tim*, Tolerated Use, Colum. J.L. & Arts 2008, 617–635.
- Zimmerman, Diane*, Copyrights as Incentives: Did We Just Imagine That?, Theoretical Inquiries in Law 2011, 29–58.
- Zimmerman, Diane*, Copyright and Social media: A Tale of Legislative Abdication, Pace L. Rev. 2014, 260.
- Zittrain, Jonathan*, Perfect Enforcement on Tomorrow's Internet, in: *Brownsword, Roger / Yeung, Karen (Hrsg.)*, Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes, Oxford, Portland 2008, S. 125–156.