

DARIUS ROSTAM

# Handlungslasten des Urhebers

*Geistiges Eigentum und  
Wettbewerbsrecht  
199*

---

**Mohr Siebeck**

# Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Axel Metzger,  
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

199





Darius Rostam

# Handlungslasten des Urhebers

Prozeduralisierung des Urheberrechts

Mohr Siebeck

*Darius Rostam*, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School, Hamburg, und der Santa Clara University School of Law; Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; LL.M.-Studium an der New York University School of Law; 2024 Promotion (Trier); Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Bucerius Law School, Hamburg.

orcid.org/0000-0003-0316-1726

ISBN 978-3-16-164545-7 / eISBN 978-3-16-164546-4

DOI 10.1628/978-3-16-164546-4

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

2025 Mohr Siebeck Tübingen.

© Darius Rostam

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland  
[www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com), [info@mohrsiebeck.com](mailto:info@mohrsiebeck.com)

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2024 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen.

Sie ist in dieser Form nur durch vielfältige Unterstützung möglich geworden. Bedanken möchte ich mich vor allem bei meinem Doktorvater Prof. Dr. Benjamin Raue für den Rat und die Unterstützung, die die Arbeit erst ermöglicht und darüber hinaus auch meinen persönlichen Werdegang sehr geprägt haben, und den Freiraum, den er mir bei der Entstehung der Arbeit gelassen hat.

Mein besonderer Dank gilt außerdem Prof. Dr. Linda Kuschel, LL.M. (Harvard), die während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Bucerius Law School mein Interesse an rechtswissenschaftlicher Forschung geweckt und sehr gefördert hat, große Rücksicht auf das Dissertationsvorhaben genommen hat und immer mit Inspiration, Rat und Tat zur Seite stand.

JProf. Dr. Lea Katharina Kumkar danke ich sehr für die zügige Anfertigung des Zweitgutachtens.

Dankbar bin ich daneben auch für die finanzielle und ideelle Förderung des Dissertationsprojekts durch die Studienstiftung des deutschen Volkes. Den Herausgebern danke ich herzlich für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe *Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht*. Die Drucklegung des Buches wurde durch Förderungen der Studienstiftung ius vivum und der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung ermöglicht, für die ich ebenfalls sehr dankbar bin.

Mein Dank gilt schließlich meinen Freunden für jede Zerstreuung während des Vorhabens und insbesondere Larissa Bahmer und Pascal T. Sierek für den Austausch über die Arbeit und ihre Anmerkungen und Hinweise zum Manuskript.

Widmen möchte ich die Arbeit meiner Familie, allen voran meinen Eltern, die meine Ausbildung geduldig gefördert und mir großes Vertrauen geschenkt haben, und Marie, deren Rückhalt mir alles bedeutet („kein Blatt“). Danke.

New York City, im Mai 2025

*Darius Rostam*



# Inhaltsübersicht

|                                                         |         |
|---------------------------------------------------------|---------|
| Vorwort.....                                            | V       |
| Inhaltsverzeichnis.....                                 | IX      |
| <br><i>A. Einleitung</i> .....                          | <br>1   |
| I. Gegenstand der Untersuchung.....                     | 1       |
| II. Forschungsstand.....                                | 4       |
| III. Gang der Darstellung und Methode.....              | 5       |
| <br><i>B. Handlungslasten im Recht</i> .....            | <br>7   |
| I. Zivilverfahrensrecht.....                            | 8       |
| II. Materielles Zivilrecht.....                         | 10      |
| III. Ausschließlichkeitsrechte.....                     | 19      |
| <br><i>C. Handlungslasten des Urhebers</i> .....        | <br>25  |
| I. Normativer Normalfall.....                           | 25      |
| II. Definition.....                                     | 33      |
| III. Anwendungsfälle .....                              | 38      |
| <br><i>D. Analyse der Anwendungsfälle</i> .....         | <br>81  |
| I. Entstehungsumstände.....                             | 82      |
| II. Voraussetzungen.....                                | 101     |
| III. Rechtsfolgen.....                                  | 123     |
| IV. Funktionen.....                                     | 129     |
| V. Vereinbarkeit mit internationalem Urheberrecht ..... | 169     |
| VI. Maßstab für Handlungslasten des Urhebers.....       | 196     |
| <br><i>E. Gesamtergebnis</i> .....                      | <br>201 |
| I. Handlungslasten im Recht.....                        | 201     |

|                                                   |         |
|---------------------------------------------------|---------|
| II. Handlungslasten des Urhebers .....            | 203     |
| III. Analyse der Anwendungsfälle.....             | 204     |
| IV. Maßstab für Handlungslasten des Urhebers..... | 211     |
| <br>Literaturverzeichnis.....                     | <br>213 |
| Register .....                                    | 229     |

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Vorwort.....                                                                  | V   |
| Inhaltsübersicht .....                                                        | VII |
| <br>                                                                          |     |
| A. Einleitung .....                                                           | 1   |
| I. Gegenstand der Untersuchung .....                                          | 1   |
| II. Forschungsstand .....                                                     | 4   |
| III. Gang der Darstellung und Methode .....                                   | 5   |
| <br>                                                                          |     |
| B. Handlungslasten im Recht.....                                              | 7   |
| I. Zivilverfahrensrecht .....                                                 | 8   |
| 1. Begriff .....                                                              | 8   |
| 2. Wirkungslogik .....                                                        | 9   |
| II. Materielles Zivilrecht .....                                              | 10  |
| 1. Rechtsfolge .....                                                          | 11  |
| a) Nur Nachteile als Rechtsfolgen.....                                        | 11  |
| b) Normativer Normalfall als Referenzpunkt .....                              | 11  |
| c) Keine zwingende Verlagerung durch Erfüllung .....                          | 13  |
| 2. Dogmatik .....                                                             | 13  |
| a) Abgrenzung von Pflichten .....                                             | 14  |
| b) Abgrenzung von Obliegenheiten.....                                         | 15  |
| 3. Positive Definition .....                                                  | 18  |
| III. Ausschließlichkeitsrechte .....                                          | 19  |
| 1. Erwerb .....                                                               | 20  |
| 2. Wirkung .....                                                              | 20  |
| a) Koinzidenz von Ausschließlichkeitsrecht und<br>Unterlassungsanspruch ..... | 21  |
| b) Differenzierung zwischen Stammrecht und Rechtsfolgenrecht.....             | 22  |

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| c) Negatives Verbotsrecht als normativer Normalfall.....                           | 23 |
| 3. Durchsetzung .....                                                              | 24 |
| <br>C. Handlungslasten des Urhebers .....                                          | 25 |
| I. Normativer Normalfall.....                                                      | 25 |
| 1. Verfahrensmäßiger Normalfall.....                                               | 26 |
| 2. Inhaltlicher Normalfall.....                                                    | 28 |
| a) Entwicklungsoffene Verwertungsrechte und spezifische<br>Zugangsfreiheiten ..... | 28 |
| b) Rechtfertigungsbedürftigkeit und Begrenzung von Schranken .....                 | 31 |
| c) Regel-Ausnahme-Verhältnis .....                                                 | 32 |
| II. Definition.....                                                                | 33 |
| 1. Handlungsoption .....                                                           | 34 |
| a) Disponibilität .....                                                            | 34 |
| b) Rechtliche Wirkung .....                                                        | 34 |
| c) Unilaterales und konsensuales Handeln .....                                     | 35 |
| 2. Quelle der Belastung .....                                                      | 35 |
| 3. Belasteter .....                                                                | 36 |
| 4. Vorverhalten .....                                                              | 36 |
| 5. Urheberrechtsspezifische Definition.....                                        | 38 |
| III. Anwendungsfälle .....                                                         | 38 |
| 1. Tatbestand von Verwertungsrechten.....                                          | 38 |
| a) Verlinkungen .....                                                              | 38 |
| aa) Inhalt.....                                                                    | 39 |
| (1) Svensson-Urteil .....                                                          | 39 |
| (2) BestWater-Beschluss .....                                                      | 40 |
| (3) GS-Media-Urteil .....                                                          | 40 |
| (4) Deutsche Digitale Bibliothek-Urteil.....                                       | 41 |
| bb) Handlungslasten .....                                                          | 41 |
| (1) Mit Zustimmung des Urhebers zugängliche Werke.....                             | 41 |
| (2) Ohne Zustimmung des Urhebers zugängliche Werke .....                           | 43 |
| b) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten .....                        | 44 |
| aa) Inhalt.....                                                                    | 44 |
| (1) Lizenzierungspflicht, § 4 Abs. 1 UrhDaG .....                                  | 45 |
| (2) Qualifizierte Blockierung, § 7 UrhDaG.....                                     | 45 |
| (3) Einfache Blockierung, § 8 UrhDaG.....                                          | 47 |
| (4) Beschwerdeverfahren.....                                                       | 47 |
| bb) Handlungslasten .....                                                          | 48 |

|                                                                                 |    |
|---------------------------------------------------------------------------------|----|
| (1) Haftungsbefreiung .....                                                     | 48 |
| (2) Beschwerdeverfahren .....                                                   | 49 |
| 2. Schranken .....                                                              | 50 |
| a) Text und Data Mining .....                                                   | 50 |
| aa) Inhalt .....                                                                | 51 |
| bb) Handlungslast .....                                                         | 51 |
| b) Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare .....                                 | 52 |
| aa) Inhalt .....                                                                | 52 |
| bb) Handlungslast .....                                                         | 53 |
| c) Verwaiste Werke .....                                                        | 54 |
| aa) Inhalt .....                                                                | 54 |
| bb) Handlungslasten .....                                                       | 55 |
| d) Sammlungen für den religiösen Gebrauch .....                                 | 56 |
| aa) Nutzung im liturgischen Interesse nach § 46 Abs. 1 UrhG .....               | 56 |
| (1) Inhalt .....                                                                | 56 |
| (2) Handlungslast .....                                                         | 57 |
| bb) Änderungen von Sprachwerken nach § 62 Abs. 5 UrhG .....                     | 58 |
| (1) Inhalt .....                                                                | 58 |
| (2) Handlungslast .....                                                         | 58 |
| 3. Einräumung einer Gestattung .....                                            | 59 |
| a) Unbekannte Nutzungsarten .....                                               | 59 |
| aa) Inhalt .....                                                                | 59 |
| (1) Widerruf nach § 31a Abs. 1 UrhG .....                                       | 59 |
| (2) Übergangsregelung nach § 137l Abs. 1 UrhG .....                             | 60 |
| bb) Handlungslasten .....                                                       | 61 |
| (1) Widerruf .....                                                              | 61 |
| (2) Übergangsregelung .....                                                     | 62 |
| b) Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung .....                            | 62 |
| aa) Inhalt .....                                                                | 63 |
| bb) Handlungslasten .....                                                       | 64 |
| c) Nicht verfügbare Werke .....                                                 | 64 |
| aa) Inhalt .....                                                                | 65 |
| bb) Handlungslast .....                                                         | 66 |
| d) Ausstellung nach Veräußerung des Werkoriginals durch<br>den Eigentümer ..... | 67 |
| aa) Inhalt .....                                                                | 67 |
| bb) Handlungslast .....                                                         | 68 |
| e) Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen .....                            | 69 |
| aa) Inhalt .....                                                                | 69 |
| (1) Alle Werkarten außer Computerprogramme nach<br>§ 43 UrhG .....              | 69 |
| (2) Computerprogramme nach § 69b UrhG .....                                     | 70 |
| bb) Handlungslasten .....                                                       | 71 |

|                                                                                      |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------|----|
| f) Besondere Bestimmungen für Filme .....                                            | 72 |
| aa) Inhalt .....                                                                     | 72 |
| bb) Handlungslast .....                                                              | 73 |
| g) Beiträge zu Sammlungen .....                                                      | 74 |
| aa) Inhalt .....                                                                     | 74 |
| bb) Handlungslast .....                                                              | 75 |
| h) Übertragung von Nutzungsrechten bei Veräußerung<br>eines Unternehmens .....       | 75 |
| aa) Inhalt .....                                                                     | 76 |
| bb) Handlungslast .....                                                              | 77 |
| i) Bildersuchmaschinen .....                                                         | 77 |
| aa) Inhalt .....                                                                     | 78 |
| bb) Handlungslast .....                                                              | 79 |
| <br>D. Analyse der Anwendungsfälle .....                                             | 81 |
| <br>I. Entstehungsumstände .....                                                     | 82 |
| 1. Interessenlage .....                                                              | 82 |
| a) Qualifiziertes Nutzungsinteresse .....                                            | 83 |
| aa) Allgemeininteressen .....                                                        | 83 |
| bb) Partikularinteressen .....                                                       | 84 |
| b) Verringerter Verbotsschutz .....                                                  | 85 |
| aa) Bereithalten(lassen) in offenem Medium .....                                     | 86 |
| (1) Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare .....                                     | 86 |
| (2) Bildersuchmaschinen, Verlinkungen und TDM .....                                  | 87 |
| (3) Zugang als Regel, Ausschließlichkeit als Ausnahme .....                          | 88 |
| bb) Rechtsgeschäftlich Nutzungsmöglichkeiten eröffnen .....                          | 88 |
| (1) Nicht-urheberrechtliche Rechtsgeschäfte .....                                    | 88 |
| (2) Urheberrechtliche Rechtsgeschäfte .....                                          | 89 |
| cc) Veröffentlichung .....                                                           | 90 |
| dd) Kein Vorverhalten .....                                                          | 92 |
| (1) Nicht verfügbare Werke .....                                                     | 92 |
| (2) EKL .....                                                                        | 92 |
| (3) Verlinkungen auf Schutzgegenstände, die ohne Zustimmung<br>zugänglich sind ..... | 93 |
| (4) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten .....                         | 93 |
| c) Zwischenergebnis .....                                                            | 94 |
| 2. Transaktionskosten .....                                                          | 95 |
| a) Arten von Kosten .....                                                            | 95 |
| b) Anzahl betroffener Schutzgegenstände und<br>beabsichtigter Nutzungen .....        | 96 |

|                                                                               |            |
|-------------------------------------------------------------------------------|------------|
| c) Kenntnis des Schutzstatus und Erreichbarkeit<br>der Rechtsinhaber .....    | 98         |
| d) Abschbarkeit der Einräumung von Befugnissen.....                           | 99         |
| e) Zwischenergebnis .....                                                     | 100        |
| <i>II. Voraussetzungen .....</i>                                              | <i>101</i> |
| 1. Passivität.....                                                            | 101        |
| a) Erscheinungsformen .....                                                   | 101        |
| aa) Kein Rechtevorbekalt in einer Transaktion.....                            | 101        |
| bb) Kein medienpezifischer Vorbehalt .....                                    | 102        |
| cc) Kein Hinweis auf die Rechtswidrigkeit einer Nutzung .....                 | 104        |
| dd) Kein Widerspruch gegenüber einer Änderung der Rechtslage ....             | 105        |
| ee) Kein Signal einer Dispräferenz.....                                       | 106        |
| b) Bezugsperson.....                                                          | 107        |
| c) Rechtliche Erheblichkeit.....                                              | 108        |
| aa) Ausübung des Verbotsrechts als Widerspruch zu<br>früherem Verhalten ..... | 109        |
| bb) Mangelndes Verbotsinteresse als Vertrauenstatbestand .....                | 110        |
| (1) Vorverhalten als Preisgabe von Rechten .....                              | 110        |
| (2) Kenntnis als Zurechnungsgrund .....                                       | 111        |
| d) Zwischenergebnis .....                                                     | 112        |
| 2. Information .....                                                          | 113        |
| a) Anwendungsfälle .....                                                      | 113        |
| aa) Adressat .....                                                            | 113        |
| bb) Inhalt.....                                                               | 114        |
| cc) Kenntnisgrad .....                                                        | 115        |
| b) Generalisierung.....                                                       | 116        |
| aa) Zwecke der Information .....                                              | 116        |
| bb) Bestehen einer Information .....                                          | 116        |
| (1) (Urheber-)Vertragsrechtliche Anwendungsfälle .....                        | 116        |
| (2) Bildersuchmaschinen, Verlinkungen und TDM.....                            | 117        |
| (3) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten .....                  | 117        |
| (4) Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare .....                              | 118        |
| cc) Umfang der Information.....                                               | 118        |
| c) Zwischenergebnis .....                                                     | 119        |
| 3. Ablauf einer Frist .....                                                   | 120        |
| a) Nutzungsaufschiebende Wirkung.....                                         | 120        |
| b) Entscheidungserzwingende Wirkung .....                                     | 121        |
| c) Generalisierung.....                                                       | 121        |
| d) Zwischenergebnis .....                                                     | 122        |

|                                                                           |     |
|---------------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>III. Rechtsfolgen</i> .....                                            | 123 |
| 1. Wirkung auf Ausschließlichkeit .....                                   | 123 |
| a) Einstufige Anwendungsfälle .....                                       | 123 |
| b) Zweistufige Anwendungsfälle .....                                      | 124 |
| 2. Ausmaß der Nutzung.....                                                | 125 |
| a) Nutzungsumfang.....                                                    | 126 |
| b) Vergütung.....                                                         | 127 |
| 3. Zwischenergebnis.....                                                  | 128 |
| <i>IV. Funktionen</i> .....                                               | 129 |
| 1. Re-Strukturierung des Ausschließlichkeitsrechts.....                   | 130 |
| a) Flexibilisierung.....                                                  | 131 |
| aa) Taxonomie der Befugnisse .....                                        | 131 |
| bb) Anwendungsfälle.....                                                  | 132 |
| (1) Status A: (Zero-Price) Liability Rule .....                           | 132 |
| (2) Status B: Property Rule.....                                          | 133 |
| cc) Loperty Rule .....                                                    | 133 |
| (1) Ausdifferenzierung der Taxonomie.....                                 | 134 |
| (2) Kombination der Vorteile von Property Rule und<br>Liability Rule..... | 135 |
| b) Prozeduralisierung.....                                                | 136 |
| aa) Begriff und Vorkommen .....                                           | 136 |
| bb) Wechsel von Opt-in zu Opt-out.....                                    | 139 |
| cc) Steuerung des Prognoserisikos durch Informationsforcierung ....       | 139 |
| (1) Verteilung des Prognoserisikos .....                                  | 139 |
| (2) Anreiz zur Disposition .....                                          | 140 |
| (3) Disposition als Informationsoffenbarung .....                         | 143 |
| dd) Legitimation durch Verfahren .....                                    | 144 |
| c) Zwischenergebnis .....                                                 | 145 |
| 2. Re-Allokation von Kosten.....                                          | 146 |
| a) Verlagerung.....                                                       | 146 |
| aa) Entlastung der Nutzer.....                                            | 146 |
| (1) Suchkosten.....                                                       | 146 |
| (2) Präferenzermittlungskosten.....                                       | 147 |
| (3) Verhandlungskosten.....                                               | 148 |
| bb) Belastung des Urhebers .....                                          | 148 |
| (1) Beobachtungskosten .....                                              | 149 |
| (2) Handlungskosten.....                                                  | 149 |
| (3) Verhandlungskosten.....                                               | 150 |
| cc) Belastung Dritter .....                                               | 150 |
| b) Ökonomische Legitimation.....                                          | 151 |
| aa) Entlastung der Nutzer.....                                            | 151 |

|                                                                                   |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------|------------|
| bb) Belastung des Urhebers .....                                                  | 153        |
| (1) Besonderheit der Anwendungsfälle von Handlungslasten .....                    | 153        |
| (2) Urheber als Cheapest Cost Avoider.....                                        | 154        |
| (a) Maßstab des Cheapest Cost Avoider.....                                        | 155        |
| (b) Suchkosten vs. Beobachtungskosten und Recherche-/<br>Hinweiskosten .....      | 156        |
| (c) Präferenzermittlungskosten vs. Handlungskosten<br>und Detektionskosten .....  | 157        |
| (d) Generalisierungen.....                                                        | 158        |
| (3) Bedingungen für die Effizienzüberlegenheit von<br>Loperty Rules .....         | 158        |
| (a) Mobilisierung des Eigeninteresses des Urhebers an<br>der Kosteneffizienz..... | 159        |
| (b) Koppelung von Verbotsrecht und<br>Informationsoffenbarung .....               | 160        |
| c) Zwischenergebnis .....                                                         | 160        |
| 3. Baustein von Zugangsregeln .....                                               | 161        |
| a) Multilateralität des Urheberrechts .....                                       | 162        |
| b) Zugangsregeln .....                                                            | 163        |
| c) Bedeutung von Handlungslasten .....                                            | 164        |
| aa) Medium Internet.....                                                          | 165        |
| bb) Wissenschaft .....                                                            | 167        |
| d) Zwischenergebnis .....                                                         | 168        |
| <i>V. Vereinbarkeit mit internationalem Urheberrecht .....</i>                    | <i>169</i> |
| 1. Formalitätenverbot .....                                                       | 169        |
| a) Anwendungsbereich.....                                                         | 170        |
| b) Förmlichkeit bezüglich Genuss und Ausübung .....                               | 170        |
| aa) Begriff der Förmlichkeit.....                                                 | 170        |
| bb) Genuss und Ausübung der Rechte .....                                          | 172        |
| (1) Genuss .....                                                                  | 172        |
| (2) Ausübung.....                                                                 | 172        |
| c) Einordnung von Handlungslasten .....                                           | 175        |
| aa) Widerspruch gegenüber einer Form der Gestattung .....                         | 175        |
| (1) EKL und nicht verfügbare Werke .....                                          | 175        |
| (2) Unbekannte Nutzungsarten .....                                                | 176        |
| (3) Bildersuchmaschinen .....                                                     | 177        |
| bb) Besondere Vereinbarungen zum Umfang einer<br>Rechtseinräumung .....           | 178        |
| cc) Vorbehalt gegenüber einer Schrankennutzung.....                               | 178        |
| dd) Handlung zur Erfüllung eines Haftungstatbestandes.....                        | 181        |
| d) Zwischenergebnis .....                                                         | 182        |

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Drei-Stufen-Test .....                                              | 183 |
| a) Anwendungsbereich.....                                              | 183 |
| b) Bestimmte Sonderfälle (Stufe 1).....                                | 184 |
| aa) Grundsätzliche Eignung als Sonderfall .....                        | 184 |
| bb) Qualitative Sonderfälle.....                                       | 185 |
| cc) Quantitative Sonderfälle.....                                      | 185 |
| c) Keine Beeinträchtigung der normalen Auswertung (Stufe 2) .....      | 187 |
| aa) Mangelndes Auswertungsinteresse .....                              | 187 |
| bb) Mangelnde Auswertungsmöglichkeit.....                              | 188 |
| cc) Opt-out-Möglichkeit.....                                           | 188 |
| d) Keine unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen (Stufe 3)..... | 190 |
| aa) Opt-out-Möglichkeit.....                                           | 190 |
| bb) Schrankenbegründendes Interesse .....                              | 191 |
| cc) Vergütung .....                                                    | 191 |
| e) Zwischenergebnis .....                                              | 192 |
| 3. Grundsatz der vorherigen Zustimmung .....                           | 193 |
| a) Anwendungsbereich.....                                              | 193 |
| b) Zustimmung.....                                                     | 194 |
| aa) Bildersuchmaschinen.....                                           | 194 |
| bb) Rechtsgeschäftliche Anwendungsfälle.....                           | 195 |
| cc) Unbekannte Nutzungsarten nach § 1371 UrhG.....                     | 195 |
| c) Zwischenergebnis .....                                              | 196 |
| <br>VI. Maßstab für Handlungslasten des Urhebers.....                  | 196 |
| 1. Anwendungsbereich.....                                              | 196 |
| 2. Dogmatische Gestaltung .....                                        | 197 |
| 3. Kenntnis.....                                                       | 198 |
| 4. Schwere der Last.....                                               | 199 |
| <br>E. Gesamtergebnis .....                                            | 201 |
| I. Handlungslasten im Recht.....                                       | 201 |
| II. Handlungslasten des Urhebers.....                                  | 203 |
| III. Analyse der Anwendungsfälle .....                                 | 204 |
| 1. Entstehungsumstände .....                                           | 204 |
| 2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen.....                               | 205 |
| 3. Funktionen .....                                                    | 206 |
| a) Re-Strukturierung des Ausschließlichkeitsrechts .....               | 206 |
| b) Re-Allokation von Kosten .....                                      | 207 |
| c) Baustein von Zugangsregeln .....                                    | 209 |

|                                                          |            |
|----------------------------------------------------------|------------|
| 4. Vereinbarkeit mit internationalem Urheberrecht .....  | 209        |
| <i>IV. Maßstab für Handlungslasten des Urhebers.....</i> | <i>211</i> |
| Literaturverzeichnis.....                                | 213        |
| Register .....                                           | 229        |



## A. Einleitung

„He only says, „Good fences make good neighbors.““

*Robert Frost, Mending Wall*

### I. Gegenstand der Untersuchung

Recht trifft Verteilungsentscheidungen über Güter. Es legt zum einen fest, wer bestimmte Befugnisse an einem Gut erhält und bestimmt zum anderen, wie diese Befugnisse ausgestaltet sind. Illustrieren lässt sich das anhand eines Beispiels:<sup>1</sup> Ein Landwirt und ein Viehzüchter sind Nachbarn. Der Landwirt baut Getreide an, der Viehzüchter lässt seine Herde grasen. Wenn die Herde auf das Land des Landwirts gerät und das Getreide zerstört, kommt es zu einem Nutzungskonflikt. Das Recht muss dann zunächst entscheiden, welche Seite begünstigt wird:<sup>2</sup> Schützt es den Landwirt darin, Getreide frei anzubauen, oder den Viehzüchter, seine Herde frei grasen zu lassen? Außerdem muss es festlegen, wie dieser Schutz ausgestaltet ist: Wenn der Landwirt das Recht hat, Getreide frei anzubauen – kann er Eingriffe durch die Herde des Viehzüchters dann abwehren oder muss er sie dulden, erhält aber eine Entschädigung?

Im Nordamerika des 19. Jahrhunderts hat man auf diese Fragen unterschiedliche Antworten gefunden. In östlichen Gebieten hielten die traditionellen Regeln des englischen *Common Law* Einzug.<sup>3</sup> Landwirte durften danach Einwirkungen auf ihr Land abwehren und Schäden ersetzt verlangen. Aus dieser Grundentscheidung zugunsten der Landwirte folgte eine Verantwortung für die Viehzüchter – sie waren angehalten, ihre Tiere einzuzäunen, damit sie für Schäden nicht in Anspruch genommen werden konnten (sog. *Fence-in*).<sup>4</sup> In westlicheren Gebieten kam stattdessen eine gegenteilige Regel zur Anwendung: Unter einem *Open Range Law* konnten Eigentümer Eingriffe durch fremde Tiere nur dann abwehren und Schäden nur dann geltend machen, wenn sie selbst einen Zaun gemäß

---

<sup>1</sup> Vgl. Coase, J.L. & Econ. 3 (1960), 1, 2 ff.; Ellickson, Stan. L. Rev. 38 (1985), 623, 624.

<sup>2</sup> Nach Calabresi/Melamed, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1092 das sog. „problem of entitlement“.

<sup>3</sup> Andes, in: Bakken (Hrsg.), Law in the Western United States, S. 72, 72 f.

<sup>4</sup> Centner, J. Envtl. L. & Litig. 12 (1997), 267, 268.

den gesetzlichen Vorgaben errichtet hatten.<sup>5</sup> Viehzüchter konnten ihre Herden also frei grasen lassen und mussten sie nicht einzäunen. Vielmehr verschob sich die Verantwortung zu den Landwirten, kultiviertes Land zu schützen, indem sie umherstreifendes Vieh aussperrten (sog. *Fence-out*).<sup>6</sup> Zum Einsatz kamen *Open Range Laws* vor allem in ruralen, kaum bevölkerten Gegenden, in denen Viehhaltung im Vordergrund stand und wenig kultiviertes Land bestand.<sup>7</sup> Wo aber Siedler, Eisenbahn- und Bergbauunternehmen zunehmend Land erschlossen und entwickelten, mussten *Open Range Laws* den traditionellen Regeln des *Common Law* weichen.<sup>8</sup>

Auch das Urheberrecht trifft eine Verteilungsentscheidung, indem es Urhebern ausschließliche Rechte gewährt.<sup>9</sup> Nutzungen sind deshalb verboten, außer der Urheber erlaubt sie. Damit werden zugleich auch Verantwortlichkeiten zwischen Urhebern und Nutzern zugewiesen: Nutzer tragen die Verantwortung, für eine urheberrechtskonforme Nutzung eine Erlaubnis von Urhebern einzuholen. Urheber können sich dagegen zurücklehnen und Nutzungsanfragen abwarten. Sie haben die Sicherheit, dass ohne ihr Zutun keine rechtmäßige Nutzung stattfinden kann, wenn ein exklusives Recht berührt ist.

In jüngerer Zeit lassen sich Tendenzen feststellen, von diesem Grundsatz abzuweichen. Es mehren sich Fälle, in denen exklusive Rechte des Urhebers nicht die Regel, sondern die Ausnahme sind. Eine solche Gestaltung geriet etwa mit dem *Google Books*-Projekt in die Diskussion: Der Suchmaschinenbetreiber *Google* fasste im Jahr 2004 das Vorhaben, Bücher in großem Stile zu digitalisieren und zugänglich zu machen. Es schloss sich ein Rechtsstreit mit amerikanischen Autorenverbänden an, der 2011 in einen letztlich abgelehnten Vergleichsvorschlag mündete.<sup>10</sup> Danach durfte *Google* bestimmte Werke auch ohne Zustimmung nutzen, Rechtsinhaber konnten dies aber untersagen und sich dem Vergleich entziehen.<sup>11</sup> Nutzungen wären danach also zulässig gewesen, solange Urheber ihnen nicht ausdrücklich widersprechen. Einer ähnlichen Logik folgte der Bundesgerichtshof für Bildersuchmaschinen im Internet: Nach seiner Rechtsprechung dürfen Suchmaschinen Bilder als Suchergebnisse präsentieren, wenn sie sich mit Zustimmung der Rechtsinhaber im Internet befinden und nicht technisch von Suchmaschinen ausgenommen sind.<sup>12</sup> Das Regel-Ausnahme-Verhält-

<sup>5</sup> *Andes*, in: Bakken (Hrsg.), *Law in the Western United States*, S. 72.

<sup>6</sup> *Centner*, J. Env'tl. L. & Litig. 12 (1997), 267, 269.

<sup>7</sup> Vgl. *Centner*, J. Env'tl. L. & Litig. 12 (1997), 267, 286; *Andes*, in: Bakken (Hrsg.), *Law in the Western United States*, S. 72, 73.

<sup>8</sup> *Andes*, in: Bakken (Hrsg.), *Law in the Western United States*, S. 72, 72, 75 ff.

<sup>9</sup> *Grünberger*, ZGE/IPJ 9 (2017), 188, 189; vgl. auch *Wielsch*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, S. 268, 273.

<sup>10</sup> Vgl. zur Prozessgeschichte *de la Durantaye*, ZUM 2011, 538.

<sup>11</sup> Vgl. *Wielsch*, GRUR 2011, 665, 666 ff.; *Katzenberger*, GRUR Int 2010, 563 ff. *Bechtold*, GRUR 2010, 282, 283 ff.

<sup>12</sup> Vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 36 – Vorschaubilder I. Im Detail dazu sogleich unter C.III.3.i).

nis des Urheberrechts kehrt sich in solchen Fällen um: Nutzungen sind grundsätzlich erlaubt, außer der Urheber untersagt sie. Ähnlich wie zwischen Viehzüchter und Landwirt verlagert sich die Verantwortung von den Nutzern auf die Urheber. Sie müssen aktiv werden, wenn sie eine urheberrechtskonforme Nutzung verhindern wollen.

Für das traditionelle Urheberrechtsverständnis ist das eine Zumutung.<sup>13</sup> Nicht umsonst sind die genannten Fälle unter Kritik geraten: Genauso wenig wie ein Grundstückseigentümer einen Zaun um sein Grundstück errichten,<sup>14</sup> ein Fahrradfahrer sein Fahrrad als Eigentum markieren<sup>15</sup> oder ein Autofahrer sein Auto mit einer zusätzlichen Wegfahrsperre sichern müsse,<sup>16</sup> müssten Urheber besonders tätig werden, um ihr Ausschließlichkeitsrecht zu genießen. Es würde die Ausschließlichkeitsrechte aushöhlen<sup>17</sup> und das Urheberrecht auf den Kopf stellen,<sup>18</sup> wenn Urheber für exklusive Rechte handeln und Nutzungen ausdrücklich untersagen müssten. Das wirft Fragen auf: Warum kommt es dennoch zunehmend zu einer Verlagerung von Verantwortung auf den Urheber? Und: Welche rechtlichen Grenzen sind ihr gesetzt?

Gegenstand der Untersuchung ist es, diese Fragen zu beantworten. Sie betrachtet dazu Situationen, in denen ein besonderes Handeln des Urhebers erforderlich ist, um exklusive Rechte zu erhalten. Das kommt weitaus häufiger vor als gedacht – das geltende Recht verlangt an diversen Stellen vom Urheber, erlauben, aber ungewollten Nutzungen entgegenzutreten. Der Untersuchungsgegenstand ist mit insgesamt 16 Anwendungsfällen deshalb weit gefasst. In der Zusammenschau aller Fälle lassen sich allerdings Erkenntnisse über Ursachen und Funktionen, aber auch über Unterschiede gewinnen. Die Untersuchung löst die einzelnen Fälle dazu aus ihrem jeweiligen Kontext und versammelt sie unter dem gemeinsamen Begriff der *Handlungslast*. Sie analysiert die Anwendungsfälle solcher Handlungslasten mit Blick auf eine übereinstimmende Forschungsfrage: *In welchen Situationen ist es sinnvoll und zulässig, Urhebern eine Handlungslast aufzuerlegen?*

Die Untersuchung wird – nachdem der Begriff der Handlungslast bestimmt und die bestehenden Anwendungsfälle identifiziert und analysiert sind – vor allem zwei Erkenntnisse liefern: Zum einen wird erkennbar sein, unter welchen Bedingungen Handlungslasten eine Funktion erfüllen können, wann sie also zweckmäßig sind. Zum anderen wird die Untersuchung zeigen, unter welchen

---

<sup>13</sup> So Grünberger, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 421, 427.

<sup>14</sup> Vgl. Spindler, GRUR 2010, 785, 790; Wiebe, GRUR 2011, 888, 890.

<sup>15</sup> In anderem Kontext, aber passend *Perlmutter*, Cardozo Arts & Ent. L.J. 13 (1994), 565, 583 f.

<sup>16</sup> Vgl. Schack, MMR 2008, 414, 415.

<sup>17</sup> Vgl. Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 436.

<sup>18</sup> Die oft bemühte Formel vom „turning copyright on its head“ geht ursprünglich zurück auf Patricia Schroeder, Vorstand der Association of American Publishers, einer Klägerin im Verfahren um das *Google Books*-Projekt, s. Bracha, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1802 Fn. 10; s. etwa auch Guibault, JIPITEC 1 (2010), 55, 57.

Umständen Handlungslasten den rechtlichen Anforderungen des Urheberrechts gerecht werden, wann sie folglich zulässig sind. Das Ergebnis ist ein Maßstab, der Rechtsanwendern und Gesetzgebern konkrete Kriterien zur Evaluation bestehender und künftiger Handlungslasten an die Hand gibt (D.VI). Daneben leistet die Arbeit auch einen rechtsdogmatischen Beitrag: Sie ordnet Handlungslasten in das Gebäude der Verhaltensanforderungen des materiellen Rechts ein und differenziert dadurch die bestehende Dogmatik für das allgemeine Zivilrecht weiter aus (B.II). Außerdem bereichert sie die Diskussion über den richtigen Einsatz von Property Rules und Liability Rules, indem sie der herkömmlichen Befugnistaxonomie eine neue Art von Befugnis hinzufügt (D.IV.1.a)). Schließlich wird die Arbeit aufzeigen, wie sich durch eine Prozeduralisierung dysfunktionale Effekte des Urheberrechts verhindern lassen (D.IV.1.b)) und wie soziale Auswirkungen des Urheberrechts über Handlungslasten berücksichtigt werden können (D.IV.3).

## II. Forschungsstand

Fälle, in denen von Urhebern ein besonderes Handeln erforderlich ist, betreffen das Verhältnis von Exklusivität und Zugangsfreiheit – ein Kernproblem, das sich dem Urheberrecht in der Informationsgesellschaft stellt. Sie sind für sich gesehen bereits Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung, teilweise in monographischem Umfang. Zu nennen sind insbesondere die Untersuchungen von *Schaefer*, *Tinnefeld* und *Oskan* zur schlichten Einwilligung im Rahmen der Bildersuche,<sup>19</sup> von *Grages* und *Albrecht* zu verwaisten Werken<sup>20</sup> und von *Hohlefelder* zu Kollektivierung und Opt-out-Tendenzen,<sup>21</sup> der sich aber auf vier Regelungsmodelle beschränkt. Diesen Untersuchungen ist gemein, dass sie zwar jeweils einzelne Anwendungsfälle untersuchen, die Lastenverteilung dabei aber nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die Arbeit kann daher nur für allgemeine Erkenntnisse auf sie zurückgreifen.

Selbst zum Gegenstand gemacht wurde die Lastenverteilung dagegen bei der Debatte um den Zugang zu verwaisten und vergriffenen Werken, die durch den *Google Books*-Rechtsstreit angestoßen wurde.<sup>22</sup> Belastungen des Urhebers fanden auch im Zusammenhang mit den Vorschau-Bilder-Entscheidungen des BGH

<sup>19</sup> *Schaefer*, Urheberrechtliche Rahmenbedingungen für Bildersuchmaschinen de lege lata und de lege ferenda, 2009; *Tinnefeld*, Die Einwilligung in urheberrechtliche Nutzungen im Internet, 2012; *Oskan*, Die schlichte Einwilligung im Urheberrecht, 2014.

<sup>20</sup> *Grages*, Verwaiste Werke, 2013; *Albrecht*, Verwaiste Werke, 2017.

<sup>21</sup> *Hohlefelder*, Kollektivierung und Opt-Out, 2015.

<sup>22</sup> Aus deutscher Perspektive *Bechtold*, GRUR 2010, 282; *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321; *Wielsch*, GRUR 2011, 665; zur US-amerikanischen Debatte s. insbesondere *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799; *Su*, J. Copyright Soc'y U.S.A. 56 (2008), 947; *Greenberg*, UCLA L. Rev. 59 (2011), 1028.

Beachtung.<sup>23</sup> Daneben widmeten sich dem Thema in jüngerer Zeit vor allem Arbeiten von *Grünberger*<sup>24</sup> und *Raue*<sup>25</sup> zu Linking und Framing und von *Hofmann*<sup>26</sup> zur öffentlichen Wiedergabe von Inhalten durch Plattformbetreiber im Internet. Auf diese Arbeiten baut die Untersuchung auf. Allerdings haben auch sie eine naheliegende Beschränkung: Sie thematisieren Lasten jeweils nur mit Blick auf den jeweiligen Anwendungsfall und nicht im Allgemeinen.

Was damit fehlt, ist eine über die einzelnen Phänomene hinausgehende, bündelnde Darstellung von Handlungslasten des Urhebers. Diese Forschungslücke füllt die Arbeit, indem sie die partikularisierten Diskussionen der einzelnen Anwendungsfälle zusammenführt und eine allgemeine Dogmatik der Handlungslasten freilegt. Sie kommt zu einer Zeit, in der die Lastenverteilung im Urheberrecht grundsätzlich hinterfragt wird. Zusätzliche Handlungserfordernisse für Urheber gelten als ein Regulierungstrend des aktuellen Urheberrechts.<sup>27</sup> Gleichzeitig wird angemahnt, dass die bisherigen Regelungen weder hinreichend durchdacht noch theoretisch unterfüttert erscheinen.<sup>28</sup> Zugleich trifft die Untersuchung auf ein Urheberrecht, das insgesamt in Bewegung ist. Jüngst mehren sich Forderungen nach einem umweltsensiblen<sup>29</sup> oder relationalen<sup>30</sup> Urheberrecht. Sie regen an, die gesellschaftlichen Auswirkungen des Urheberrechts stärker in den Blick zu nehmen. Die Untersuchung schließt Handlungslasten des Urhebers an diese Forschungsgespräche an.

### III. Gang der Darstellung und Methode

Die Arbeit gliedert sich dazu in drei Hauptteile. Für den Begriff der Handlungslast im materiellen Recht kann nicht auf Vorarbeiten zurückgegriffen werden. Zunächst muss deshalb der Untersuchungsgegenstand bestimmt werden. Dieser Aufgabe widmet sich Kapitel B: Ausgehend von den Lasten des Zivilprozessrechts überträgt es den Begriff der Handlungslast in das materielle Recht und konkretisiert ihn schließlich für Ausschließlichkeitsrechte. Den Gefahren, die

<sup>23</sup> Siehe etwa *Spindler*, GRUR 2010, 785, 790; *Klass*, in: Leible (Hrsg.), Der Schutz des geistigen Eigentums im Internet, S. 165, 184; *Ohly*, GRUR 2012, 983; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 436.

<sup>24</sup> Insbesondere *Grünberger*, ZUM 2015, 273; *ders.*, ZUM 2016, 905; *ders.*, ZUM 2019, 573, 283, 290; *ders.*, ZUM 2021, 395.

<sup>25</sup> Siehe *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514; *ders.*, ZUM 2018, 517.

<sup>26</sup> Siehe *Hofmann*, ZUM 2017, 102; *ders.*, ZUM 2018, 641; *ders.*, ZUM 2019, 617; *ders.*, GRUR 2019, 1219.

<sup>27</sup> Vgl. *de la Durantay/Hofmann*, ZUM 2021, 873, 875 ff. unter den Stichworten der Prozeduralisierung und Formalisierung des Urheberrechts; in diese Richtung auch *Jüngels/Raue*, KritV 105 (2021), 83, 102. S. dazu jeweils unten unter D.IV.1.b) und D.V.1.

<sup>28</sup> So *de la Durantay/Hofmann*, ZUM 2021, 873, 876.

<sup>29</sup> Vgl. *Grünberger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1, 10 ff.

<sup>30</sup> Vgl. *Wielsch*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 297 ff.

eine letztlich arbiträre Begriffswahl mit sich bringt, tritt die Untersuchung dabei auf zwei Wegen entgegen: Einerseits bindet sie den Begriff der Handlungslast an einen kontextneutralen Bezugspunkt, den normativen Normalfall, andererseits legt sie Abgrenzungen und Konkretisierungen offen und begründet sie.

Dadurch wird der Boden bereitet, um in Kapitel C den Begriff der Handlungslast auf das Urheberrecht anzuwenden. Dazu ermittelt die Untersuchung zunächst einen Referenzpunkt: Den normativen Normalfall des Urheberrechts bildet die mit einem negativen Verbotsrecht bewehrte Ausschließlichkeit zugunsten des Urhebers. Ausgehend davon werden Lasten als Abweichungen von diesem Normalzustand sichtbar. Auf dieser Grundlage ergibt sich dann eine urheberrechtsspezifische Definition von Handlungslasten des Urhebers. Sie erlaubt es, bestehende Anwendungsfälle zu identifizieren. Das Kapitel schließt mit einer Darstellung der Anwendungsfälle anhand ihres Kontextes, Inhalts und der Handlungslast.

Das folgende Kapitel D bildet den Kern der Untersuchung. Nachdem zuvor Handlungslasten als *Rechtsbegriff* betrachtet wurden, geht es nun darum, sie als eine *Rechtsfigur* zu erfassen. Dazu stellt die Untersuchung eine Analyse der Anwendungsfälle an: Einerseits rekonstruiert sie Handlungslasten als rechtliche Praxis, indem sie die Anwendungsfälle hinsichtlich Voraussetzungen und Rechtsfolgen beschreibt. Andererseits geht sie über eine bloße Darstellung hinaus. Sie evaluiert die Anwendungsfälle im Hinblick auf ihre Problemlösungsfähigkeit und rechtliche Zulässigkeit und trifft dogmatische Aussagen. Die Arbeit verfolgt also sowohl ein deskriptives als auch präskriptives Vorgehen. Teil der Untersuchung ist auch eine ökonomische Analyse von Handlungslasten des Urhebers. Der ökonomische Zugang bietet sich an, denn obwohl im geltenden Urheberrecht die individuelle Schöpferpersönlichkeit im Vordergrund steht, wird zunehmend eine rein individualistische Deutung des Urheberrechts in Frage gestellt. Eine ökonomische Betrachtung vermag es, die Realität des Urheberrechts als Wirtschaftsrecht und die bedeutende Rolle von Verwertern abzubilden. Die prägende europäische Gesetzgebung etwa verfolgt ökonomische Ziele, indem sie sich auf den Wettbewerb im Binnenmarkt konzentriert. Einen Erkenntnisgewinn verspricht daneben auch ein rechtssoziologisch angeleitetes Vorgehen. Das Urheberrecht hat eine soziale Bedeutung, weil es Kommunikationsvorgänge beeinflusst. Es ist außerdem zu einem Alltagsrecht geworden, indem zunehmend private und alltägliche Handlungen in den Anwendungsbereich fallen. Mit den Methoden einer soziologischen Jurisprudenz lassen sich seine Auswirkungen auf den Austausch von Wissen sichtbar machen und dysfunktionale Effekte korrigieren. Das Kapitel schließt damit, einen Maßstab für die Evaluation von Handlungslasten herauszubilden. Es gibt die entscheidenden Kriterien dafür an, wann es sinnvoll und zulässig ist, Urhebern eine Handlungslast aufzuerlegen. Anhand dieses Maßstabs lassen sich bestehende und zukünftige Anwendungsfälle von Handlungslasten hinsichtlich ihrer Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit bewerten.

## B. Handlungslasten im Recht

Handlungslasten basieren auf dem Begriff der *Last*. Im allgemeinen Sprachgebrauch versteht man darunter „dasjenige, was aufgeladen wird zum Tragen“.<sup>1</sup> Der Begriff hat meist eine negative Konnotation: Eine Last liegt schwer auf jemandem und wird durch ihr Gewicht als drückend empfunden.<sup>2</sup> Abgeleitet davon ist etwas „Lästiges“ auf unangenehme Weise beanspruchend und störend oder behindert eine Person in ihren Lebensgewohnheiten.<sup>3</sup> Im rechtlichen Kontext sind Lasten bekannt als finanzielle oder wirtschaftliche Bürden, wie Abgaben, Steuern oder Verpflichtungen, die von einer Person zu tragen sind.<sup>4</sup> Sie können auch auf einer Sache ruhen, wie öffentliche Lasten in Form von gemeindlichen Erschließungskosten, Hypothekengewinnabgaben und Grundsteuern oder öffentlich-rechtliche Verpflichtungen wie Baulasten.<sup>5</sup> Eine *Handlungslast* bedeutet nun, dass das belastende Element eine Handlung ist. Der Belastete trägt also die Bürde, etwas zu tun oder zu unterlassen. In dieser Bedeutung findet der Begriff im Zivilprozessrecht Verwendung. Davon ausgehend soll der Begriff über das allgemeine materielle Zivilrecht bis hin zu Ausschließlichkeitsrechten im Folgenden für die Untersuchung bestimmt werden.

---

<sup>1</sup> Vgl. zur Etymologie Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 90 Fn. 432.

<sup>2</sup> Duden.de, „Last“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Last>, archiviert unter [perma.cc/WY3S-X3CQ](https://perma.cc/WY3S-X3CQ).

<sup>3</sup> Duden.de, „lästig“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/laestig>, archiviert unter [perma.cc/TL93-2S23](https://perma.cc/TL93-2S23).

<sup>4</sup> Duden.de, „Last“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Last>, archiviert unter [perma.cc/WY3S-X3CQ](https://perma.cc/WY3S-X3CQ).

<sup>5</sup> Fuchs/Weber, Weber, Rechtswörterbuch, Öffentliche Lasten.

## I. Zivilverfahrensrecht

## 1. Begriff

(Handlungs-)Lasten<sup>6</sup> sind ein zivilverfahrensrechtliches Regelungsinstrument.<sup>7</sup> Im Ausgangspunkt sind damit Normen gemeint, die an ein bestimmtes Tun oder Unterlassen Rechtsnachteile knüpfen.<sup>8</sup> Der Belastete kann den Nachteil abwenden, indem er sich der Last entledigt, also das verlangte Verhalten zeigt.<sup>9</sup> Anderenfalls muss er eine vollständige oder teilweise Niederlage im Rechtsstreit in Kauf nehmen.<sup>10</sup> Handlungslasten erzeugen also eine Prozessrechtslage, in der eine Partei einen drohenden Nachteil durch eigenes Prozessverhalten abwenden kann.<sup>11</sup> Beispiele dafür sind die Begründungslast und die Darlegungs- und Beweislast: Die Begründungslast<sup>12</sup> besteht, wenn das Recht bei der Bewertung eines Sachverhaltes eine bestimmte Meinung privilegiert.<sup>13</sup> Wenn es keine Anhaltspunkte für eine andere plausible Meinung gibt, wenn also der Begründungsbelastete seiner Last nicht genügt, dann können Rechtsanwender von der Richtigkeit der privilegierten Meinung ausgehen – der Belastete setzt sich mit seiner Rechtsauffassung nicht durch.<sup>14</sup> Mit Darlegungs- und Beweislast geht dagegen einher, zu wessen Lasten entschieden wird, wenn ungeklärt ist, ob ein Tatbestandsmerkmal vorliegt oder nicht.<sup>15</sup> Die Darlegungslast folgt dabei im Wesentlichen der Beweislast.<sup>16</sup> Die beweisbelastete Partei muss den Beweis dafür erbrin-

<sup>6</sup> Häufig ist nur von „Lasten“ die Rede, die Begriffe „Last“ und „Handlungslast“ werden im zivilprozessualen Diskurs aber austauschbar verwendet, vgl. die Bezeichnungen bei MüKoZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 34; Blomeyer, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, § 30 VII.

<sup>7</sup> Vgl. etwa Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage, S. 335 ff.; Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 89 ff.; Rosenberg, Die Beweislast, S. 54 ff.; Blomeyer, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, § 30 VII; Hähnchen, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 101 f.; Thot, Die dogmatische Struktur der Erklärungspflicht des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 1 ZPO, S. 69; Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 66.

<sup>8</sup> Vgl. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 89; Rosenberg, Die Beweislast, S. 60; Blomeyer, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, § 30 VII; vgl. auch Stein/Jonas/Brehm, Vor § 1 ZPO Rn. 209; abstrakter Neuner, BGB AT, § 19 Rn. 32: „Regeln für die Zuordnung von Risiken und Nachteilen“.

<sup>9</sup> Vgl. Blomeyer, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, § 30 VII.

<sup>10</sup> Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage, S. 335 f.; Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 95; Neuner, BGB AT, § 19 Rn. 33.

<sup>11</sup> So Stein/Jonas/Brehm, Vor § 1 ZPO Rn. 210; Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 231; Thot, Die dogmatische Struktur der Erklärungspflicht des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 1 ZPO, S. 65.

<sup>12</sup> Auch Argumentationslast genannt.

<sup>13</sup> Vgl. Krebs, AcP 195 (1995), 171, 173.

<sup>14</sup> Vgl. Krebs, AcP 195 (1995), 171, 176.

<sup>15</sup> Statt vieler Baumgärtel/Laumen/Prütting/Laumen, Handbuch der Beweislast, Bd. 1, Kap. 9 Rn. 10.

<sup>16</sup> MüKoZPO/Prütting, § 286 ZPO Rn. 138; Musielak/Voit/Foerste, § 286 ZPO Rn. 33.

gen, dass die Tatbestandsmerkmale vorliegen. Kann sie das nicht, muss das Gericht davon ausgehen, dass das nicht der Fall ist.

Handlungslasten weisen dabei eine eigentümliche Interessenlage auf. Sie bezwecken es nicht, dass die belastete Partei die Last tatsächlich auch beachtet.<sup>17</sup> Die Partei kann es, wenn sie prozessual obsiegen möchte – es gibt aber kein Interesse der Allgemeinheit oder der anderen Partei, der Handlungslast nachzukommen. Die unbelastete Partei hat lediglich ein Interesse *an der Auferlegung* der Last an die belastete Partei, weil sie von der Nichterfüllung profitieren würde.<sup>18</sup> Sie genießt dann eine prozessuale Aussicht.<sup>19</sup> Es handelt sich bei den prozessualen Handlungslasten deshalb um Verhaltensanforderungen, deren Erfüllung ausschließlich im Interesse des Belasteten liegt.

## 2. Wirkungslogik

Auch wenn das Zivilprozessrecht es nicht verlangt, dass prozessuale Lasten beachtet werden, geht von ihnen eine verhaltenssteuernde Wirkung aus. Lasten haben wie andere Rechtsnormen eine Konditionalstruktur,<sup>20</sup> sie koppeln ein „Wenn“ an ein „Dann“: Wenn etwa die Begründungslast nicht erfüllt ist, dann gilt die privilegierte Meinung als richtig; wenn der Beweislast nicht genügt wurde, dann gelten Tatbestandsmerkmale als nicht erfüllt. Aus Sicht des Belasteten steht der „Dann“-Zustand der Lasten für einen *hypothetischen* Erfolg, der nur eintritt, wenn der Belastete ein bestimmtes Verhalten zeigt (Wenn-dann).<sup>21</sup> Zugleich kommuniziert die Last damit, dass es nicht zum Erfolg kommen wird, wenn das Verhalten ausbleibt (Wenn-nicht-dann-nicht).<sup>22</sup> Belastete antizipieren den Erfolg, das „Dann“, als positive oder negative Sanktion. Unterstellt man rationales Verhalten, werden Belastete positive Sanktionen wie Rechtsvorteile herbeiführen und negative Sanktionen wie Rechtsnachteile vermeiden wollen, also den Tatbestand einer Norm zu erfüllen oder seine Erfüllung zu verhindern versuchen. Lasten motivieren deshalb über die Rationalität des Normadressaten zu einem bestimmten Verhalten.<sup>23</sup> Die Steuerungswirkung tritt aber nur ein, wenn es sich

<sup>17</sup> Vgl. Stein/Jonas/Brehm, Vor § 1 ZPO Rn. 209: „Das ZPR kann sich [...] damit begnügen, einer Partei eine *prozessuale Last* aufzuerlegen und es dem freien Belieben dieser Partei zu überlassen, ob sie diese Last tragen will“ (Herv. i. O.).

<sup>18</sup> Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 93.

<sup>19</sup> Nach Stein/Jonas/Brehm, Vor § 1 ZPO Rn. 210 eine „prozessuale Situation, in der eine Partei einen Vorteil erlangt, wenn sich die Gegenpartei in einer bestimmten prozessualen Weise verhält, insbesondere untätig bleibt“.

<sup>20</sup> Zur Struktur von Rechtssätzen vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 71 ff.; zur Konditionalstruktur Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 115 f., 126.

<sup>21</sup> Vgl. Wolff, Anreize im Recht, S. 115 f.; s. schon Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 77: „Seiner logischen Form nach ist er [der Rechtssatz; D.R.] ein hypothetischer Satz“.

<sup>22</sup> Wolff, Anreize im Recht, S. 115 ff. spricht vom „doppelte[n] logische[n] Verhältnis“.

<sup>23</sup> Vgl. zu Anreizen Wolff, Anreize im Recht, S. 117 ff.

um subjektiv mögliches Verhalten handelt, der Normadressat Kenntnis von Tatbestand und Rechtsfolge hat und auf die Erfüllung Einfluss nehmen kann.<sup>24</sup>

Nicht zufällig ist das Referenzgebiet der Lasten das Zivilprozessrecht. Dort liegt es in der Hand der Prozessparteien, Tatsachen in den Rechtsstreit einzubringen und so den Prozessstoff selbst zu gestalten (Verhandlungsgrundsatz).<sup>25</sup> Handlungslasten sind besonders effektiv, weil sie sich diese Verantwortung der Parteien zunutze machen („Wer kann, soll“<sup>26</sup>). Ihr „Wenn“ ist für gewöhnlich ein Unterlassen des Normadressaten.<sup>27</sup> Im Fall der Begründungslast ist es das Unterlassen, eine abweichende Ansicht plausibel zu machen, im Fall der Darlegungs- und Beweislast das Unterlassen, Tatsachen darzulegen oder zu beweisen. Ihr „Dann“ ist immer ein Nachteil für den Belasteten.<sup>28</sup> Wer einer Last nicht nachkommt, erleidet eine (Teil-)Niederlage im Rechtsstreit, etwa weil das Gericht eine abweichende Ansicht nicht berücksichtigt oder Tatbestandsmerkmale nicht als erfüllt ansieht.<sup>29</sup> Die Lasten entfalten dabei keine normative Wirkung gegenüber den Prozessparteien, sondern richten sich an das Gericht.<sup>30</sup> Erst die Handlungen des Gerichts wirken sich auf die Rechtssphäre der Parteien aus.

## II. Materielles Zivilrecht

Die zivilverfahrensrechtlichen Handlungslasten delegieren die Entscheidung über rechtliche Nachteile an das betroffene Rechtssubjekt; ihre Wirkungslogik ist das Eigeninteresse des Belasteten an einer für ihn günstigen Rechtslage. Sie basieren damit auf dem Gedanken der Privatautonomie – wodurch sich ein Anschlusspunkt zum materiellen Zivilrecht eröffnet. Im Folgenden soll daher der Lastenbegriff aus dem Zivilprozessrecht herausgelöst und in das materielle Privatrecht übertragen werden.<sup>31</sup>

<sup>24</sup> Vgl. u.A. in Bezug auf Prozesslasten *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 54, 96 f. Dazu noch unten D.VI.3.

<sup>25</sup> S. umfassend Musielak/Voit/*Musielak*, Einl. Rn. 37 ff.; *MüKoZPO/Rauscher*, Einleitung Rn. 337 ff.

<sup>26</sup> *Goldschmidt*, Zivilprozessrecht, S. 74.

<sup>27</sup> Vgl. die Beispiele bei *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 92.

<sup>28</sup> *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 94 f., 101, 315, nach dessen Terminologie Lasten deshalb einen sog. Nötigungstatbestand darstellen; vgl. auch *Neuner*, BGB AT, § 19 Rn. 32; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 231.

<sup>29</sup> Vgl. *Thot*, Die dogmatische Struktur der Erklärungspflicht des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 1 ZPO, S. 21 f.

<sup>30</sup> Vgl. *Fleck*, Die Redlichkeitspflichten der Parteien im Zivilprozess, S. 173; *Thot*, Die dogmatische Struktur der Erklärungspflicht des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 1 ZPO, S. 70.

<sup>31</sup> So auch bei *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 231.

## 1. Rechtsfolge

## a) Nur Nachteile als Rechtsfolgen

Die prozessualen Lasten verbinden stets ein Unterlassen mit einem Nachteil. Es stellt sich die Frage, ob bei einer Übertragung des Begriffs in das materielle Recht das Begriffsverständnis so erweitert werden soll, dass auch Normen umfasst sind, die an ein Tun oder Unterlassen *Vorteile* knüpfen.<sup>32</sup> Dadurch würde sich der Charakter der Last allerdings entscheidend ändern: Nach dem Grundsatz der Privatautonomie ist es jedem Rechtssubjekt prinzipiell selbst überlassen, zum eigenen Vorteil tätig zu werden. Handlungslasten würden als bloße Initiativlasten also bei nahezu jeder Rechtsnorm eine Partei treffen. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung würde der Begriff damit konturenlos werden und wenig Erkenntnisgewinn versprechen. Gegenstand der Untersuchung ist deshalb nicht *die* Handlungslast, für einen Vor- oder Nachteil als Erstes tätig zu werden – Gegenstand ist vielmehr *eine* Handlungslast, einen Nachteil vermeiden zu müssen. Sie wirkt als situationsspezifische Belastung auf eine der Parteien.

Für die Entscheidung unerheblich, aber doch ein positiver Nebeneffekt ist, dass der Begriff dadurch seine Präzision behält. Es würde irritieren, in Bezug auf Vorteile von einer „Last“ zu sprechen.<sup>33</sup> Was Lasten lästig macht, ist ihre *negative* Folge: Jemand steht bei Untätigkeit schlechter dar. Zwar ist auch belastet, wem ein *Vorteil* in Aussicht steht – nämlich diesen Vorteil im gebotenen Eigeninteresse zu realisieren. Wer dem nicht nachkommt, steht aber nicht schlechter. Tatbestände, die einen Vorteil in Aussicht stellen, sind deshalb weniger Belastungen als potenzielle Begünstigungen. Ausgangspunkt von Handlungslasten im materiellen Zivilrecht sind damit Verhaltenstatbestände, die einen Rechtsnachteil in Aussicht stellen oder einsetzen, der aber durch ein Tun oder Unterlassen abgewendet werden kann.<sup>34</sup>

## b) Normativer Normalfall als Referenzpunkt

Es ist deshalb erforderlich, zwischen Rechtsvor- und -nachteilen zu unterscheiden. Das gelingt nur mit Blick auf einen Referenzpunkt, von dem ausgehend sich Rechtsfolgen als positive oder negative Abweichung zeigen. Die subjektiven Präferenzen des Belasteten können diesen Vergleichspunkt nicht bilden, da der Lastenbegriff sonst nur schwer fassbar würde. Beispielsweise mag es eine Prozess-

<sup>32</sup> Das ist eine Teilmenge der von *Schmidt* angesprochenen Anreizungstatbestände, vgl. *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 53 ff. Zur Abgrenzung von Nachteilen sogleich unter B.II.1.b).

<sup>33</sup> So auch *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 101.

<sup>34</sup> In Anlehnung an den zivilprozessualen Lastenbegriff von *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 231; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht AT und BT, 55 Rn. 70; *Thot*, Die dogmatische Struktur der Erklärungspflicht des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 1 ZPO, S. 21.

partei im Einzelfall nicht als Nachteil empfinden, dass eine Tatsache als zugestanden gilt, wenn sie ihrer Erklärungslast nicht genügt (vgl. § 138 Abs. 2, 3 ZPO) – dennoch wäre der Last zweifelsohne nicht der grundsätzlich nachteilige Charakter abzusprechen. Der Referenzpunkt muss sich folglich auf objektive Umstände beziehen. Naheliegender wäre es, dafür den bestehenden Rechtskreis des Belasteten heranzuziehen: Jede Schmälerung wäre ein Nachteil, jede Erweiterung ein Vorteil. Dabei würde sich aber das Problem stellen, dass ein „Nachteil bei Unterlassen“ nicht von einem „Vorteil bei Tun“ unterscheidbar wäre; der Nachteil, der Beweislast nicht zu genügen und deshalb den Rechtsstreit zu verlieren und der Vorteil, ihr nachzukommen und deshalb zu gewinnen, wären zwei Seiten derselben Medaille. Um zu erkennen, wann eine Rechtsfolge einen Nachteil bewirkt, muss deshalb zunächst ein Normalzustand definiert werden.<sup>35</sup> Zu ermitteln ist die Rechtslage, die nach dem normalen Lauf der Dinge für gewöhnlich eintreten würde. Dazu sind Regel und Ausnahme eines Normkomplexes voneinander zu unterscheiden.<sup>36</sup> Es reicht nicht aus, sich die belastende Regelung einfach hinwegzudenken und den dann eintretenden Zustand als Maßstab zu nehmen; dann wäre nämlich jede Last ein Nachteil. Vielmehr gilt es, den Regelungszusammenhang, in dem die mögliche Handlungslast spielt, normativ-wertend zu betrachten.<sup>37</sup> Zu fragen ist: Was ist die Grundregel des Normkomplexes? Welche Rechtslage würde nach allgemeinen Grundsätzen für gewöhnlich eintreten? Diese Rechtslage bildet den Referenzpunkt als sog. *normativer Normalfall*.<sup>38</sup>

Dafür müssen zunächst die Grundprinzipien des Regelungszusammenhangs und dessen Systematik in den Blick genommen werden. Ein Normalfall lässt sich erkennen, wenn eine bestimmte Rechtsfolge angeordnet ist und nur für bestimmte Fälle ausgeschlossen wird. Auf einen Ausnahmecharakter deutet hin, wenn abweichende Regelungen einen eng begrenzten Anwendungsbereich haben oder besonders rechtfertigungsbedürftig sind. Die wertende Betrachtung dieser Umstände zeigt an, welche Rechtslage inhaltlich und verfahrensmäßig als normativer Normalfall eintreten würde. Eine Rechtsfolge bewirkt daran gemessen dann einen Nachteil, wenn sie den Betroffenen schlechterstellt, als er bei einer normativ-wertenden Betrachtung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge stünde.<sup>39</sup> Entscheidend ist also nicht, ob es eine Erweiterung oder Schmälerung des Rechtskreises gibt, sondern wie sich die Rechtsfolge zum normativen Normalfall verhält.

<sup>35</sup> Vgl. zu Anreizen *Sacksofsky*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Bd. 2, § 40 Rn. 5; *Wolff*, *Anreize im Recht*, S. 193.

<sup>36</sup> Vgl. *Wolff*, *Anreize im Recht*, S. 193.

<sup>37</sup> *Wolff*, *Anreize im Recht*, S. 194.

<sup>38</sup> Nach *Wolff*, *Anreize im Recht*, S. 194 ff. „Normativ“ ist der Normalfall, weil *wertend* betrachtet wird, welche Rechtslage sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge einstellt.

<sup>39</sup> Deshalb kann es auch einen Nachteil bedeuten, dass für den Adressaten ein Vorteil ausbleibt. Das ist der Fall, wenn der Vorteil nach dem normativen Normalfall regelhaft eintreten würde. Denn auch in diesem Fall steht der Adressat gegenüber dem normativen Normalfall schlechter, wenn die Rechtsfolge nicht eintritt.

Der normative Normalfall ist damit der Referenzpunkt, um zu bestimmen, ob eine Rechtsfolge für den Belasteten vorteilhaft oder nachteilig ausfällt. Lasten bestehen nur dort, wo *negative Abweichungen vom normativen Normalfall* drohen.

*c) Keine zwingende Verlagerung durch Erfüllung*

Nur weil Vor- und Nachteil aus Sicht des Belasteten zu unterscheiden sind, heißt das nicht, dass sie keinen Zusammenhang aufweisen. Handlungslasten bestehen in der Regel in Konstellationen, in denen die Interessen beider Parteien gegensätzlich laufen. Nicht nur, dass die belastete Partei ein Interesse an der Beachtung der Last hat – die andere Partei hat zudem auch ein Interesse an der Nichtbeachtung, weil sich das zu ihren Gunsten auswirkt. Das ist etwa der Fall bei prozessualen Lasten: Die Gegenpartei begünstigt es, wenn die beweisbelastete Partei einen Beweis nicht erbringen oder die Richtigkeit einer sie belastenden Behauptung nicht erschüttern kann. Was im Zivilprozess nicht zugunsten der einen Partei ausfällt, fällt automatisch zugunsten der anderen Partei aus – ein Nachteil für den Belasteten hängt in diesen Fällen also mit einem Vorteil für einen Begünstigten zusammen. Dem Lastenbegriff wohnt insofern ein konkurrierendes Moment inne. Das bedeutet aber nicht, dass eine Handlungslast wie in einem Wechselspiel zwischen den Parteien hin und her changiert und stets eine Partei sie trägt. Handlungsbelastet ist die Partei, der ein *Nachteil* droht. Wenn sie diesen Nachteil verhindert hat, setzt für gewöhnlich der normative Normalfall wieder ein. Für die andere, zuvor begünstigte Partei ist es dann möglicherweise geboten, einen *Vorteil* im Eigeninteresse zu realisieren, wenn das Recht ihr eine Handlungsoption eröffnet. Wenn sie das nicht tut, droht gemessen am normativen Normalfall aber kein Nachteil, sondern eben nur das Ausbleiben eines Vorteils. Es besteht insofern also keine Handlungslast.

Handlungslasten verlagern sich deshalb nicht automatisch auf die andere Partei, wenn sie von einer belasteten Partei erfüllt werden. Nur dann, wenn es zu einem Nachteil für die andere Partei führt, dass die belastete Partei der Handlungslast nachkommt (Entweder-oder-Situation), verlagert sich die Handlungslast mit der Erfüllung der einen Partei auf die andere Partei.

## 2. Dogmatik

Handlungslasten sind nicht die einzigen rechtlichen Tatbestände im materiellen Zivilrecht, die abwendbare Rechtsnachteile in Aussicht stellen. Im Folgenden sollen sie von anderen rechtlichen Verhaltensanforderungen, den Pflichten und den Obliegenheiten, nach dem Grad des „Sollens“ abgegrenzt werden.<sup>40</sup> Dazu bietet sich die Unterscheidung von funktionellen und teleologischen Tatbeständen an.<sup>41</sup> Normen, die *nicht* darauf abzielen, dass der Betroffene ein bestimmtes

---

<sup>40</sup> Ähnlich kategorisiert etwa auch *Weller*, Die Vertragstreue, S. 260.

<sup>41</sup> Im Folgenden nach *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 56 ff.

Verhalten zur Vermeidung eines Nachteils zeigt, können als *funktionelle Tatbestände* bezeichnet werden. Ihre Steuerungsfunktion ergibt sich allein aus der Verknüpfung von Tatbestand und der negativen Rechtsfolge. Demgegenüber sind *teleologische Tatbestände* Vorschriften, die gerade darauf gerichtet sind, ein bestimmtes Verhalten herbeizuführen.

Unterscheiden lässt sich zwischen funktionellen und teleologischen Tatbeständen einerseits *rechtsfolgenorientiert*: Ist das gebotene Verhalten rechtlich erzwingbar, spricht das für einen teleologischen Tatbestand. Wenn die Rechtsfolge dagegen nur den Normadressaten betrifft und nicht von anderen erzwungen werden kann, handelt es sich regelmäßig um einen funktionellen Tatbestand. Andererseits gibt auch die *Interessenlage* Auskunft über den Grad des „Sollens“:<sup>42</sup> Wenn es nur im Interesse des Betroffenen liegt, dass eine nachteilige Rechtsfolge nicht eintritt, deutet das auf einen funktionellen Tatbestand hin. Denkbar ist aber auch, dass die Auferlegung oder Erfüllung des Verhaltensgebots auch im Interesse einer anderen, davon begünstigten Person oder eines Verkehrskreises liegt. Dann ist das Recht gegenüber der Erfüllung nicht indifferent, sondern der Grad an „Sollen“ ist gesteigert, was wiederum für einen teleologischen Tatbestand spricht.

#### a) Abgrenzung von Pflichten

Rechtspflichten sind individuelle Verhaltensanforderungen in Form von Ge- oder Verboten, die auf ein Tun oder Unterlassen bestimmter Handlungen gerichtet sind.<sup>43</sup> Als Ausdruck eines „heteronome[n] Sollens“<sup>44</sup> handelt es sich um teleologische Tatbestände: Es ist gesetzlich oder vertraglich bezweckt, dass der Verpflichtete die Handlung vornimmt. Rechtspflichten sind dazu nicht nur meistens mit einem Nachteil sanktioniert, sondern können in der Regel von der berechtigten Partei erzwungen werden.<sup>45</sup> Denn einer schuldrechtlichen Pflicht entspricht normalerweise ein Anspruch einer Partei auf ein bestimmtes Handeln (vgl. § 194 Abs. 1 BGB).<sup>46</sup> Bei Nichterfüllung ist die Pflicht primär einklag- und vollstreckbar und führt sekundär zu einer Haftung auf Schadensersatz. Ihre Befolgung steht deshalb nicht im Belieben des Verpflichteten; Auferlegung und Erfüllung liegen außerdem im unmittelbaren Interesse des Berechtigten.

Handlungslasten unterscheiden sich davon hinsichtlich Rechtsfolge und Interessenlage. Sie korrespondieren nie mit einem Forderungsrecht eines anderen, sondern begründen nur eine rechtlich unbewehrte Verhaltenserwartung, eine bloße Aussicht.<sup>47</sup> Es gibt gerade kein rechtliches Sollen, etwa einer Begründungs-

<sup>42</sup> Vgl. Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 58 f.

<sup>43</sup> Köhler, BGB AT, § 17 Rn. 44; Neuner, BGB AT, § 19 Rn. 23 ff.

<sup>44</sup> Neuner, BGB AT, § 19 Rn. 23.

<sup>45</sup> Vgl. Neuner, BGB AT, § 19 Rn. 23; BeckOK BGB/Sutseth, § 241 BGB Rn. 16; Dauner-Lieb/Langen/Krebs, § 241 BGB Rn. 15; Staudinger/Olzen, § 241 BGB Rn. 123.

<sup>46</sup> Köhler, BGB AT, § 17 Rn. 44.

<sup>47</sup> Engst, Patientenpflichten und -lasten, S. 67; vgl. auch schon Goldschmidt, Der Prozess

last zu genügen oder Beweis- und Darlegungslast zu erfüllen, das Recht ist also indifferent gegenüber ihrer Erfüllung.<sup>48</sup> Zwar ist die Nichtbeachtung einer Last sanktioniert. Sie führt aber zu einem Nachteil *in eigenen Sachen* – der Belastete gestaltet durch sein Tun oder Unterlassen also ausschließlich die eigene Rechtssphäre.<sup>49</sup> Wer eine Last missachtet, handelt folglich nicht rechtswidrig, sondern bloß nachlässig.<sup>50</sup> Ihre Erfüllung liegt deshalb im Interesse des Belasteten, nicht des Begünstigten. Handlungslasten sind folglich funktionelle Tatbestände.<sup>51</sup> Sie bilden damit einen Gegenbegriff zur Pflicht.<sup>52</sup>

### b) Abgrenzung von Obliegenheiten

Im materiellen Recht spricht man in den Lasten ähnlichen Fällen häufig von „Obliegenheiten“.<sup>53</sup> Obliegenheiten sind nicht legaldefiniert, beschreiben nach wohl einhelliger Ansicht aber Verhaltensanforderungen, deren Nichtbeachtung dazu führt, dass der Adressat eine bereits erworbene günstige Rechtsposition verliert oder sich auf Rechte nicht berufen kann, die sonst entstünden.<sup>54</sup> Umstritten ist ihre Rechtsnatur und der mit ihnen verbundenen Grad an „Sollen“.<sup>55</sup> Vereinzelt werden Obliegenheiten als echte Rechtspflichten, überwiegend jedoch als „Pflichten minderer Intensität“ verstanden.<sup>56</sup> Nach der erstgenannten Ansicht greifen die für Pflichten vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten,<sup>57</sup> es würde sich um teleologische Tatbestände handeln. Die letztgenannte, herrschende Ansicht geht dagegen davon aus, dass Obliegenheiten der anderen Partei keinen Erfül-

---

als Rechtslage, S. 337; zur prozessualen Aussicht vgl. Stein/Jonas/Brehm, Vor § 1 ZPO Rn. 210.

<sup>48</sup> Das zeigt sich auch schon dadurch, dass Lasten gegenüber einer belasteten Partei nie normativ wirken, sondern das Gericht verpflichten, etwas zu tun, vgl. *Fleck*, Die Redlichkeitspflichten der Parteien im Zivilprozess, S. 172 f.; vgl. auch *Thot*, Die dogmatische Struktur der Erklärungspflicht des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 1 ZPO, S. 69.

<sup>49</sup> *Engst*, Patientenpflichten und -lasten, S. 67.

<sup>50</sup> *Fleck*, Die Redlichkeitspflichten der Parteien im Zivilprozess, S. 173; *Thot*, Die dogmatische Struktur der Erklärungspflicht des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 1 ZPO, S. 70.

<sup>51</sup> *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 315; *Henß*, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, S. 27.

<sup>52</sup> So auch *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 89 ff.; *Engst*, Patientenpflichten und -lasten, S. 66.

<sup>53</sup> Grundlegend *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 102 ff., 314 ff.; umfassend zur heutigen Einordnung *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 1 ff., 131 ff.; zu Beispielen und zur Rechtsnatur *Staudinger/Olzen*, § 241 BGB Rn. 120 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 1; *Köhler*, BGB AT, § 17 Rn. 45; *Neuner*, BGB AT, § 19 Rn. 29; *Staudinger/Olzen*, § 241 BGB Rn. 123.

<sup>55</sup> Instruktiv *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 21: „Ein grundsätzliches Problem besteht also darin, dass man bei diesem Thema keiner Behauptung, Bezeichnung oder Beschreibung trauen darf, [...]“.

<sup>56</sup> Vgl. den Überblick zum Meinungsstand bei *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 9 ff. m.w.N.

<sup>57</sup> Vgl. *Engst*, Patientenpflichten und -lasten, S. 59 f. m.w.N.

lungsanspruch gewähren und ihre Verletzung keine Haftung oder klageweise Erzwingbarkeit und Zwangsvollstreckung begründet.<sup>58</sup> Beachtet der Adressat sie nicht, handelt er nicht rechtswidrig, kann aber einen rechtlichen Nachteil bis hin zum Rechtsverlust erleiden.<sup>59</sup> *Mit Blick nur auf ihre Rechtsfolge* scheinen Obliegenheiten deshalb funktionelle Tatbestände zu sein. Sie grenzen sich danach von den Pflichten ab und fallen in ein gemeinsames Lager mit den Lasten.<sup>60</sup>

Dennoch können Obliegenheiten und Lasten wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen und Interessenlage nicht deckungsgleich behandelt werden: Zum einen tritt bei Obliegenheiten der Rechtsnachteil im Regelfall nur ein, wenn der Obliegenheitsbelastete die Verletzung auch zu verschulden hat – eine bloß objektive Verletzung eines Tatbestandes genügt nicht.<sup>61</sup> Beispiele dafür sind die Schadensminderungsobliegenheit aus § 254 BGB, die ein Mitverschulden voraussetzt,<sup>62</sup> die Rügeobliegenheit des § 377 HGB, die eine „unverzügliche“, also nicht schuldhaft verzögerte Anzeige verlangt,<sup>63</sup> sowie die Obliegenheit eines Kaufmanns, auf Anträge gemäß § 362 Abs. 1 S. 1 HGB zu antworten, die ebenfalls „unverzüglich“ erfüllt sein muss.<sup>64</sup> Deshalb liest man bei einer Verletzung einer Obliegenheit auch von einem „Verschulden gegen sich selbst“.<sup>65</sup> Lasten kennen dagegen kein Verschulden, sondern knüpfen den Nachteil stets an die objektive Verletzung eines Tatbestandes.<sup>66</sup> Es spielt keine Rolle, ob eine Partei der Beweislast unverschuldet oder aus grober Nachlässigkeit nicht nachgekommen ist.<sup>67</sup>

Zum anderen geben sich Obliegenheiten *mit Blick auf die Interessenlage* als teleologische Tatbestände zu erkennen.<sup>68</sup> Regelmäßig dient die Erfüllung einer

<sup>58</sup> *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 2; *Weller*, Die Vertragstreue, S. 258 f.; BeckOK BGB/*Sutschet*, § 241 BGB Rn. 25; MüKoBGB/*Ernst*, Einl. SchuldR Rn. 14; Staudinger/*Olzen*, § 241 BGB Rn. 123, 127; *Neuner*, BGB AT, § 19 Rn. 29.

<sup>59</sup> BeckOK BGB/*Sutschet*, § 241 BGB Rn. 25; MüKoBGB/*Ernst*, Einl. SchuldR Rn. 14; Dauner-Lieb/Langen/*Krebs*, § 241 BGB Rn. 15.

<sup>60</sup> MüKoZPO/*Rauscher*, Einleitung Rn. 34: Lasten „haben die Qualität von Obliegenheiten“; *Weller*, Die Vertragstreue, S. 258: Obliegenheiten gelten „als Verhaltensanforderungen („Lasten“)“; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 231: Obliegenheiten sind „Unterfall der Lasten“.

<sup>61</sup> *Neuner*, BGB AT, § 19 Rn. 31; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 232, der aber auch betont, dass das nicht notwendigerweise so sein muss.

<sup>62</sup> Zum Obliegenheitscharakter BeckOGK/*Looschelders*, § 254 BGB Rn. 88 ff.

<sup>63</sup> Vgl. zum Obliegenheitscharakter Oetker/*Koch*, § 377 HGB Rn. 34; Hopt/*Leyens*, § 377 HGB Rn. 21.

<sup>64</sup> Zum Obliegenheitscharakter Staudinger/*Olzen*, § 241 BGB Rn. 120; *Hanau*, AcP 165 (1965), 220, 236.

<sup>65</sup> Vgl. etwa bei *Goldschmidt*, Zivilprozessrecht, S. 77; *Wieling*, AcP 176 (1976), 334, 347 ff.; *Neuner*, BGB AT, § 19 Rn. 31 (Herv. v. Verf.); kritisch im Kontext von § 254 BGB aber BeckOGK/*Looschelders*, § 254 BGB Rn. 15.

<sup>66</sup> Vgl. *Neuner*, BGB AT, § 19 Rn. 31 ff.

<sup>67</sup> So das Beispiel von *Neuner*, BGB AT, § 19 Rn. 33.

<sup>68</sup> Vgl. *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 315.

Obliegenheit nämlich auch dem Interesse der Gegenpartei.<sup>69</sup> Die Schadensminderungsobliegenheit aus § 254 BGB etwa soll gerade im Interesse des Schädigers dessen Belastung reduzieren;<sup>70</sup> die Rügeobliegenheit des § 377 Abs. 1 HGB soll im Interesse des Verkäufers klären, ob mit Beanstandungen zu rechnen ist und Beweisschwierigkeiten vorbeugen;<sup>71</sup> dass ein Kaufmann Anträge unter bestimmten Umständen unverzüglich zu beantworten hat, dient der Verkehrssicherheit.<sup>72</sup> Obliegenheiten sind also nicht nur im Interesse des Belasteten, sondern auch des Begünstigten zu beachten und deshalb mit einem höheren Maß an „Sollen“ verbunden.<sup>73</sup> Bei Handlungslasten handelt es sich nach dem hiesigen Verständnis dagegen immer nur um „Gebote des eigenen Interesses“<sup>74</sup>, weil die Interessen stets konkurrieren. Während der Obliegenheitsgegner ein Interesse an der Erfüllung der Obliegenheit hat, hat der „Handlungslastengegner“ ein Interesse an der *Nichterfüllung* der Last. Lasten sind deshalb – anders als Obliegenheiten – immer und vollumfänglich den funktionellen Tatbeständen zuzuordnen.<sup>75</sup> Sie unterscheiden sich von Obliegenheiten darin, dass die unbelastete Partei nie ein Interesse an ihrer Erfüllung hat.<sup>76</sup>

Der Begriff der Handlungslast ersetzt also nicht bloß terminologisch den der Obliegenheit, sondern differenziert die Dogmatik der Verhaltensanforderungen des materiellen Rechts aus: Pflichten bilden den Bereich von Verhaltensanforderungen ab, deren Erfüllung im Interesse der anderen Partei liegt und auch erzwungen werden kann. Handlungslasten beschreiben Verhaltensanforderun-

<sup>69</sup> *Neumer*, BGB AT, § 19 Rn. 32; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 232; *Staudinger/Olzen*, § 241 BGB Rn. 130: entweder Interesse des Belasteten oder beider Parteien; noch weiter geht *Hanau*, AcP 165 (1965), 220, 238, der nur ein mittelbares Interesse des Belasteten anerkennt.

<sup>70</sup> Nach dem sog. Verantwortlichkeitsprinzip ist der Schädiger dafür nämlich nicht verantwortlich, vgl. *BeckOGK/Looschelders*, § 254 BGB Rn. 5; s.a. *Hanau*, AcP 165 (1965), 220, 238.

<sup>71</sup> Statt vieler *MüKoHGB/Grunewald*, § 377 HGB Rn. 3.

<sup>72</sup> *Oetker/Maultzsch*, § 362 HGB Rn. 1; *MüKoHGB/Welter*, § 362 HGB Rn. 15.

<sup>73</sup> So bei *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 109, 314 f.; vgl. auch *Staudinger/Olzen*, § 241 BGB Rn. 130.

<sup>74</sup> *Goldschmidt*, Der Prozess als Rechtslage, S. 336; *ders.*, Zivilprozessrecht, S. 74; *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 95; *Hähnchen*, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 102.

<sup>75</sup> *Schmidt*, Die Obliegenheiten, S. 315.

<sup>76</sup> So auch *Engst*, Patientenpflichten und -lasten, S. 68: „Das Wesensmerkmal einer Obliegenheit liegt im drohenden Rechtsnachteil, der gleichzeitig auch den Interessen des Obliegenheitsbegünstigten Rechnung trägt“ (Herv. v. Verf.). Darin liegt auch ihre Abgrenzung zu gesetzlich normierten Pflichten, die niemandem einen Anspruch gewähren und vertraglichen Nebenpflichten, die nicht einklagbar sind und lediglich Sekundäransprüche auslösen. Diese sind nicht nur im Interesse des Normadressaten zu erfüllen. Die Abgrenzung deckt sich weitestgehend mit *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 232: Danach handelt es sich um eine Obliegenheit, wenn die Verhaltensnorm bestimmte Verhaltenserwartungen anderer stabilisieren soll – mit anderen Worten auch im Interesse des Unbelasteten („berechtigte Erwartungen des Verkehrs“) liegt.

gen, deren Erfüllung nur im Interesse des Belasteten liegt und deshalb auch nicht erzwingbar ist. Obliegenheiten befinden sich im Feld dazwischen, weil ihre Erfüllung regelmäßig auch im Interesse der anderen Partei liegt, aber nicht erzwungen werden kann. Keine Obliegenheiten sind deshalb alle Verhaltensanforderungen, deren Erfüllung nur im Interesse des Belasteten liegt. Ein Beispiel dafür sind die versicherungsrechtlichen Nachfrage- oder Risikoprüfungsobliegenheiten, die ausschließlich den Interessen des Versicherers dienen.<sup>77</sup> Sie sind den Handlungslasten zuzurechnen. Diese Abgrenzung vermeidet die dogmatischen Unklarheiten der Obliegenheit und ihre Nähe zum Begriff der Pflicht und bildet zudem die unterschiedliche Interessenlage zwischen Obliegenheiten und Handlungslasten ab. Deshalb ist es vorzugswürdig, auch im materiellen Recht den Begriff der Last zu verwenden.<sup>78</sup>

### 3. Positive Definition

Die Abgrenzung führt zu einer positiven Definition:<sup>79</sup> Handlungslasten des materiellen Rechts sind Verhaltensanforderungen, die ein *ausschließlich im Eigeninteresse liegendes Handeln zwar nicht erzwingen, aber erforderlich machen*, um negative Abweichungen vom normativen Normalfall abzuwenden.<sup>80</sup> Belastet ist die von der Rechtsfolge jeweils benachteiligte Person, die handeln muss, wenn sie den normativen Normalfall erhalten will.

Diese Definition lässt sich bereits abstrakt in drei Hinsichten qualifizieren. Abhängig vom Einfluss anderer Parteien ist zunächst zwischen latenten und manifesten Handlungslasten zu unterscheiden: Wenn ein Nachteil für den Belasteten eintritt oder eintreten droht, ohne dass dem ein Tun oder Unterlassen einer anderen Partei vorausgeht, soll im Folgenden von *manifesten* Handlungslasten die Rede sein. Daneben ist auch denkbar, dass eine Rechtslage erst durch ein Verhalten einer anderen Partei vom normativen Normalfall abweicht oder abzuweichen droht. Eine solche Handlungslast wird durch das Handeln der anderen Partei aktiviert und soll im Folgenden als *latente* Handlungslast bezeichnet werden.

<sup>77</sup> Hähnchen, Obliegenheiten und Nebenpflichten, S. 47 f.

<sup>78</sup> So auch Hanau, AcP 165 (1965), 220, 239; das hält auch Schmidt, Die Obliegenheiten, S. 101 für naheliegend, wenn funktionelle Tatbestände den Rechtspflichten und teleologischen Nötigungstatbeständen (wie hier) gegenübergestellt werden.

<sup>79</sup> Im Vergleich zu den obigen Arbeitsdefinitionen ist der Bezugspunkt des Verhaltenstatbestands hier zuerst das Tun oder Unterlassen und nicht mehr die Rechtsfolge, der Nachteil. Dadurch lassen sich die durch die Abgrenzung neu hinzugekommenen Parameter besser darstellen.

<sup>80</sup> Ähnlich Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 231: „[...] alle Rechtslagen, in denen der Berechtigte durch ein rechtlich nicht kategorisch gebotenes Verhalten den Eintritt eines Nachteils abwenden kann“; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht AT und BT, 55 Rn. 70: „Tätigkeiten, die man zwar nicht von Rechts wegen vornehmen muss, deren Nichtbefolgung aber Rechtsnachteile mit sich bringen“.

Eine weitere Unterscheidung lässt sich mit Blick auf den Ursprung der Belastung zwischen oktroyierten und gewillkürten Handlungslasten ziehen. Gesetzliche Handlungslasten entstehen unabhängig vom Willen des Belasteten und werden abstrakt-generell auferlegt. Insofern soll von *oktroyierten* Handlungslasten die Rede sein. *Gewillkürte* Handlungslasten demgegenüber sind Lasten, die freiwillig durch einen privatautonomen Entschluss des Belasteten entstanden sind. Auch sie machen ein bestimmtes Handeln erforderlich, um einen Nachteil zu vermeiden, sind aber selbstgewählt. Je stärker eine Verhaltensanforderung durch ein freiwilliges Verhalten entsteht, desto weniger handelt es sich um eine Handlungs*last*, sondern eine Handlungs*möglichkeit*. Der Belastete kann sich nämlich stets entscheiden, die Belastung nicht einzugehen. Dass es zu einer Handlungs*last* kommt, bedarf dann keiner besonderen Rechtfertigung, sondern legitimiert sich durch die Privatautonomie des Belasteten. Für oktroyierte Lasten muss sich dagegen eine spezielle, hier später urheberrechtsspezifische Rechtfertigung finden.

Handlungslasten unterscheiden sich zudem anhand des Grades der Belastung. Dazu ist einerseits die jeweils gebotene Handlung in den Blick zu nehmen. Je aufwändiger sie ist, desto schwerer wirkt die Last. Der normative Normalfall dient auch dafür als Vergleichspunkt. Auch das Vorverhalten des Belasteten spielt für den Grad der Belastung eine Rolle, denn oktroyierte Lasten belasten stärker als gewillkürte Lasten. Je weniger vermeidbar also das Verhalten ist, durch das eine Last zur Entstehung gelangt, desto schwerer wiegt sie. Schließlich sind latente eine geringere Belastung als manifeste Handlungslasten. Solange es noch bei der anderen Partei liegt, durch ein Tun oder Unterlassen die Handlungs*last* zu aktivieren, besteht für den Belasteten kein Handlungserfordernis. Je größer der Aufwand der anderen Partei dafür ist, desto geringer fällt die Belastung durch die latente Handlungs*last* aus, denn es sinkt die Wahrscheinlichkeit, dass die andere Partei die latente zu einer manifesten Handlungs*last* werden lässt.

### III. Ausschließlichkeitsrechte

Die Untersuchung hat mit dem Urheberrecht einen besonderen materiell-rechtlichen Untersuchungsgegenstand: ein vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht. Ausschließlichkeitsrechte bezeichnen eine originäre, exklusive Zuordnung von Befugnissen<sup>81</sup> an einem Gut als primäres subjektives Recht zu einer bestimmten Person unter Ausschluss aller Übrigen.<sup>82</sup> Wenn sie einen wirtschaftlichen Wert besitzen und Gegenstand des Rechtsverkehrs sind, spricht man von vermögens-

---

<sup>81</sup> Im positiven Recht bilden die zu autorisierenden oder untersagenden *Handlungen* den eigentlichen Zuordnungsgegenstand des Ausschließlichkeitsrechts, nicht das abstrakte Werk selbst, vgl. *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, S. 56; s.a. *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 43.

<sup>82</sup> *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 56; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, S. 64.

werten Rechten.<sup>83</sup> Zu klären ist, welche Handlungslasten mit Blick auf vermögenswerte Ausschließlichkeitsrechte allgemein bestehen können. Dazu kann, anhand des zeitlichen Verlaufes betrachtet, zwischen dem Erwerb, der Wirkung und der Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten unterschieden werden. Für gewöhnlich setzt mit dem Erwerb zugleich auch die Wirkung des Rechts ein, anschließend kann es zur Durchsetzung kommen. Es besteht also ein Konnex nach dem Muster:

Erwerb → Wirkung → Durchsetzung.

Es würde sich dabei jeweils um taugliche Anknüpfungspunkte von Handlungslasten handeln, wenn sie nach dem normativen Normalfall *ohne* besonderes Handeln eintreten. Denn dann bedeutet es einen Nachteil, wenn ein Tun oder Unterlassen verlangt ist.

### 1. Erwerb

Ein Ausschließlichkeitsrecht wird nur unter bestimmten Voraussetzungen erworben. Für das Urheberrecht etwa muss eine persönliche geistige Schöpfung geschaffen werden (§ 2 Abs. 2 UrhG), für das Patentrecht eine neue, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhende und gewerblich anwendbare Erfindung eingetragen sein (§ 1 PatG), für das Markenrecht ein Zeichen mit Unterscheidungskraft eingetragen oder benutzt werden (§ 3 Abs. 1 MarkenG). Ausschließlichkeitsrechte treten also nicht von selbst ein, sondern sind von besonderen Bedingungen abhängig. Der normative Normalfall in Bezug auf den Erwerb ist deshalb, dass Ausschließlichkeitsrechte nicht ohne weiteres zur Entstehung gelangen – es handelt sich deshalb um einen Vorteil. Als Anknüpfungspunkte für Handlungslasten kommen damit nur die Wirkung des Ausschließlichkeitsrechts und die Durchsetzung in Betracht.<sup>84</sup>

### 2. Wirkung

Wesentliche Merkmale von Ausschließlichkeitsrechten sind ihr subjektiv-rechtlicher Charakter, die gegenüber jedermann bestehende, absolute Wirkung und die durch einen Abwehranspruch vermittelte Abwehrbefugnis, das sog. Verbotsrecht.<sup>85</sup> Damit sind Unterlassungsansprüche gemeint, die die Zuordnung rechtlich bewehren (etwa § 1004 BGB, § 97 Abs. 1 UrhG, § 139 Abs. 1 PatG, § 14 Abs. 5

<sup>83</sup> Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 77.

<sup>84</sup> Vgl. auch das dreistufige Durchsetzungsmodell von Dreier, Computer Law & Security Review 26 (2010), 144, 149, der ebenfalls zwischen dem Opt-in in eine Rechtsregel und ihrer Durchsetzung unterscheidet.

<sup>85</sup> Peukert, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 56 ff.; Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 64 ff. Zum negativen Verbotsrecht für das Urheberrecht Schricker/Loewenheim/Loewenheim, Einl. UrhG Rn. 26; Dreier/Schulze/Schulze, § 11 UrhG Rn. 6.

MarkenG).<sup>86</sup> Wenn Rechtsinhaber ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zeigen müssen, um diese Wirkung zu erhalten, handelt es sich nur unter einer Bedingung um eine Handlungslast: Es muss mit Blick auf den normativen Normalfall ein *Nachteil* sein, dass die Wirkung nicht eintritt. Zu ermitteln ist deshalb, welche Wirkung Ausschließlichkeitsrechte unter wertender Betrachtung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zeigen.<sup>87</sup>

#### a) Koinzidenz von Ausschließlichkeitsrecht und Unterlassungsanspruch

Teilweise geht man in der Literatur für Immaterialgüterrechte davon aus, dass ein Ausschließlichkeitsrecht stets mit einem Unterlassungsanspruch bewehrt ist.<sup>88</sup> Besteht kein Unterlassungsanspruch, wird das Schutzrecht etwa als relativiert<sup>89</sup> oder seines Kerns beraubt<sup>90</sup> angesehen. Schon aus dem „Wesen“<sup>91</sup> der exklusiven Position folge ein negatives Verbotsrecht. Einschränkungen seien deshalb auf „das Mindestmaß dessen zu reduzieren, was im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unumgänglich ist“<sup>92</sup>. Das erinnert an ein Verständnis, nach dem Unterlassungsansprüche zur Verwirklichung einer Rechtsposition notwendig sind.<sup>93</sup> Wenn die Rechtsordnung eine Rechtsposition zuweise, müsse sie auch einen Unterlassungsanspruch gewähren – anderenfalls würde sie „das von ihr zugewiesene Recht wieder aufheben“<sup>94</sup>.

Legt man diese Ansicht zugrunde, besteht ein formaler Automatismus zwischen Ausschließlichkeitsrecht und Unterlassungsanspruch – ohne, dass es einer Handlung des Rechtsinhabers bedarf. Der normative Normalfall für die Wirkung wäre also das Verbotsrecht. Zu Handlungslasten kann es deshalb kommen, wenn Rechtsinhaber für das Verbotsrecht tätig werden müssen.

<sup>86</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 308.

<sup>87</sup> S. zum Maßstab des normativen Normalfalls oben B.II.1.b). Nicht untersucht wird der normative Normalfall für das positive Nutzungsrecht. Grund ist, dass es bei vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechten um Nutzungen von Ressourcen geht. Die Freiheit, solche Nutzungen vornehmen zu können, folgt aber nicht erst aus dem positiven Benutzungsrecht, s. Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 68 f. Entscheidend ist, ob ein Verbotsrecht besteht.

<sup>88</sup> Vgl. Beier, GRUR 1998, 185, 185 f.; Schack, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, S. 123, 131 f.; s. ausführlich Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 308 m.w.N., der selbst allerdings eine andere Auffassung vertritt. Dazu sogleich unter B.III.2.b).

<sup>89</sup> Im Kontext einer erzwungenen Open-Access-Freigabe Schack, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, S. 123, 139.

<sup>90</sup> Ohly, GRUR Int 2008, 787, 797: „Eine Einschränkung des Unterlassungsanspruchs nimmt dem Recht des geistigen Eigentums seinen Kern, [...]“.

<sup>91</sup> Paraphrasierend Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 303 f.

<sup>92</sup> So Beier, GRUR 1992, 228, 234.

<sup>93</sup> Vgl. etwa Picker, in: Canaris/Heldrich/Hopt/Roxin/Schmidt/Widmaier (Hrsg.), FS 50 Jahre BGH, S. 693, 699 f.

<sup>94</sup> So Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, S. 57.

## b) Differenzierung zwischen Stammrecht und Rechtsfolgenrecht

Andere Teile der Literatur lehnen einen solchen „dogmatische[n] Automatismus“<sup>95</sup> zwischen Ausschließlichkeitsrecht und Unterlassungsanspruch ab.<sup>96</sup> Hofmann führt in Anlehnung an das anglo-amerikanische *remedy*-System eine Trennung zwischen Stammrechten und Rechtsfolgenrechten an: Stammrechte legen den Inhalt einer Rechtszuweisung fest und definieren, welchen Umfang eine Rechtsposition hat.<sup>97</sup> Davon zu unterscheiden seien Rechtsfolgenrechte, also die Ansprüche, mit denen diese Zuweisung zur Geltung gebracht wird.<sup>98</sup> Welches Rechtsfolgenrecht dem Stammrecht folge, sei dabei nicht formal zwingend festgelegt. Vielmehr könne die Rechtszuweisung nicht nur durch Unterlassungsansprüche, sondern durch andere Rechtsfolgen realisiert werden. Entscheidend sei, dass sich jeweils eine materielle Rechtfertigung für die konkrete Rechtsfolge finde.<sup>99</sup> Weil so nicht nur an der „Stellschraube“ des Bestehens oder Nichtbestehens des Stammrechts gedreht werden könne, ergäben sich mehr Möglichkeiten zur Differenzierung und damit zum Interessenausgleich.<sup>100</sup> Aus einem Ausschließlichkeitsrecht *muss* danach nicht auch ein Verbotsrecht folgen und ein Eingriff in den Schutzbereich eines Ausschließlichkeitsrechts nicht automatisch zu einem Unterlassungsanspruch führen.<sup>101</sup>

Auch wenn es nach dieser Ansicht verschiedene Möglichkeiten gibt, ein Ausschließlichkeitsrecht zu verwirklichen, kann das Verbotsrecht der normative Normalfall sein. Das ist der Fall, wenn für ein Ausschließlichkeitsrecht bei normativ-wertender Betrachtung lediglich *ausnahmsweise* ein anderes Rechtsfolgenrecht greift, wenn also das Verbotsrecht also nur für bestimmte Fälle ausgeschlossen wird.<sup>102</sup> Dann kann davon ausgegangen werden, „dass ohne gegenteilige Anhaltspunkte Ausschließlichkeitsrechte zum Zwecke ihrer Durchsetzung solche Unterlassungspflichten auslösen“<sup>103</sup> – womit das Verbotsrecht der normative Normalfall ist. Auch wenn man zwischen Stammrecht und Rechtsfolgen-

<sup>95</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 313.

<sup>96</sup> Vgl. für das Immaterialgüterrecht etwa Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 314 f.; Peukert, ZUM 2003, 1050; Fischman Afori, Cardozo Arts & Ent. L.J. 29 (2011), 1, 1 ff.; dies., IIC 2014, 889, 892 ff.; Grünberger, ZGE/IPJ 9 (2017), 188, 208 f.

<sup>97</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 5. Beispiele sind § 903 S. 1 BGB für das Eigentum und §§ 15 ff. UrhG für das Urheberrecht.

<sup>98</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 5. Im Fall des Eigentums etwa § 1004 BGB, im Urheberrecht § 97 UrhG.

<sup>99</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 317 f.

<sup>100</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 150 ff.; vgl. auch Fischman Afori, IIC 2014, 889, 892.

<sup>101</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 314 f., 394.

<sup>102</sup> Vgl. dazu treffend im Kontext der Revidierten Berner Übereinkunft Ginsburg, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1594: „Were injunctive relief not the norm, there would be no need to specify when a member state may substitute a monetary remedy“.

<sup>103</sup> Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 394 (ohne Hervorhebungen zitiert).

recht trennt, kann es also zu Handlungslasten für Inhaber von Ausschließlichkeitsrechten kommen.

*c) Negatives Verbotsrecht als normativer Normalfall*

Die Wirkung von Ausschließlichkeitsrechten ist damit tauglicher Anknüpfungspunkt von Handlungslasten. Der normative Normalfall ist die Exklusivität, wenn das Verbotsrecht nur für bestimmte Fälle ausgeschlossen ist. Die durch eine Last drohenden Nachteile abzuwenden, kann dann zweierlei bedeuten: Entweder ein Nachteil ist bereits eingetreten und wird beseitigt, oder ein Nachteil tritt gar nicht erst ein, wird also vereitelt. Wenn ein Nachteil zu *beseitigen* ist, tritt zwischen den Erwerb und die Wirkung des Ausschließlichkeitsrechts eine zusätzliche Handlung des Rechtsinhabers:

Erwerb → *Handlung* → Wirkung → Durchsetzung

Beispiele dafür sind Normen, die ein Ausschließlichkeitsrecht von vornherein begrenzen, wie etwa die Schrankenvorschriften in § 44b oder § 49 Abs. 1 UrhG.<sup>104</sup> Dort kommt es gar nicht erst zu einer ausschließlichen Wirkung gegenüber bestimmten Nutzungen. Weil eine Last besteht, können Rechtsinhaber diesen Nachteil aber beseitigen und die exklusive Wirkung herbeiführen.<sup>105</sup>

Wenn dagegen ein Nachteil zu *vereiteln* ist, treten Erwerb und Wirkung zwar zusammen ein, die Wirkung muss aber durch eine zusätzliche Handlung bewahrt werden:

Erwerb → Wirkung → *Handlung* → Wirkung → Durchsetzung

Beispiele dafür sind Normen wie §§ 61d, 137l Abs. 1 UrhG, die Nutzungen erlauben, wenn Rechtsinhaber nicht widersprechen. Im Grundsatz besteht dort eine ausschließliche Wirkung, sie droht aber gegenüber bestimmten Nutzungen zu entfallen.<sup>106</sup> Die Last legt es in die Hand des Rechtsinhabers, solche Nachteile zu vereiteln und durch eine Handlung die Wirkung aufrechtzuerhalten.

In beiden Fällen führen Handlungslasten in Bezug auf die Wirkung des Rechts zu einer Entlastung von Nutzern der geschützten Ressource. Im Normalfall sind Nutzungsinteressierte aufgrund des Unterlassungsanspruches gezwungen, mit dem Rechtsinhaber in Verhandlungen einzutreten und eine Befugnis zu erwerben.<sup>107</sup> Weil unter der Last grundsätzlich kein Unterlassungsanspruch besteht,

<sup>104</sup> Vgl. zu diesem Verständnis der Schranken etwa BVerfG GRUR 1980, 44 – Kirchenmusik; *Stieper*, Schranken des Urheberrechts, S. 130 f.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 540; a.A. *Zurth*, Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht, S. 86 ff.

<sup>105</sup> Im Detail dazu sogleich unter C.III.2.a), C.III.2.b).

<sup>106</sup> Dazu sogleich unter C.III.3.a), C.III.3.c).

<sup>107</sup> Weiterführend zu den Funktionen *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 319 ff.

sind Nutzungen durch Dritte dagegen erlaubnisfrei zulässig. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Ausschließlichkeit und Nutzungsfreiheit dreht sich also um.

### 3. Durchsetzung

Schließlich können Rechtsinhaber von Ausschließlichkeitsrechten auch bei der Rechtsdurchsetzung Handlungslasten treffen. Vereinzelt ist dabei von einer sog. Durchsetzungslast die Rede, die demjenigen obliegt, der den ersten Schritt zur Beendigung eines rechtsverletzenden Zustands vorzunehmen hat.<sup>108</sup> Dazu gehört außerdem die Verantwortung, eine Klage anzustrengen und zu finanzieren, die sog. Angriffslast.<sup>109</sup> Auch die Begründungslast sowie die Beweis- und Darlegungslast sind Teil der Durchsetzung. Da diese Verhaltensanforderungen jeweils ein Handeln des Rechtsinhabers im Eigeninteresse erforderlich machen, um einen Nachteil abzuwenden, handelt es sich um Handlungslasten. Sie sind für diese Untersuchung aber ausgeklammert, weil sie keinen urheberrechtsspezifischen Erkenntnisgewinn versprechen. Es folgt nämlich schon aus der Funktion von subjektiven Rechten, rechtliche Verhältnisse in Abhängigkeit von der Entscheidung ihres Trägers zu stellen,<sup>110</sup> dass die Last ihrer Durchsetzung den Rechtsinhaber trifft. Die demgegenüber zu untersuchenden materiellen Handlungslasten können sich mit der Rechtsdurchsetzung nicht überschneiden, weil kein rechtsverletzender Zustand und damit kein Anlass für die Durchsetzung besteht, solange der Rechtsinhaber ihnen nicht nachkommt. Sie sind damit zwar eine Bedingung für die Rechtsdurchsetzung, allerdings muss nicht jede Erfüllung einer Handlungslast auch eine gerichtliche Rechtsdurchsetzung bezwecken. Der Urheber kann sich auch damit begnügen, den normativen Normalfall herzustellen, ohne das Recht darüber hinaus durchzusetzen. Materielle Handlungslasten gehen der Rechtsdurchsetzung also voraus und bedeuten eine andere, zusätzliche Belastung.

---

<sup>108</sup> *Wandtke/Hauck*, ZUM 2020, 671, 679.

<sup>109</sup> Auch Initiativlast, Klagelast oder Anspruchslast genannt. Umfassend *Hau*, ZJP 2016, 133 ff.; vgl. auch *Becker*, ZUM 2019, 636, 640; *Fries*, NJW 2019, 901, 902, 904.

<sup>110</sup> *Bucher*, AcP 186 (1986), 1, 15; *Ladeur*, KJ 1994, 42.

## C. Handlungslasten des Urhebers

Im bisherigen Verlauf der Untersuchung wurden Handlungslasten als Phänomen dem Zivilprozessrecht entnommen, für das materielle Recht als Rechtsbegriff entwickelt und auf Ausschließlichkeitsrechte übertragen. Nun gilt es, den Begriff auf das Urheberrecht anzuwenden und bestehende Anwendungsfälle zu identifizieren.<sup>1</sup> Dazu geht die Untersuchung in drei Schritten vor: In einem ersten Schritt muss festgestellt werden, was der normative Normalfall des Urheberrechts ist. In einem zweiten Schritt können dann Handlungslasten des Urhebers definiert und in die Dogmatik des Urheberrechts eingepflegt werden. Auf dieser Grundlage lassen sich anschließend in einem dritten Schritt die bestehenden Anwendungsfälle ausmachen.

### I. Normativer Normalfall

Das Urheberrecht moderiert zwischen der Ausschließlichkeit von und dem Zugang zu Werken;<sup>2</sup> beide werden auch als „zwei Seiten derselben Medaille“<sup>3</sup> bezeichnet. In dieser Metapher bleibt aber offen, in welchem Verhältnis die Seiten zueinander stehen, welche also der Grundsatz und welche die Ausnahme ist.<sup>4</sup> Zweifelsohne basiert das Urheberrecht auf einem Ausgleich von Exklusivität und Zugang und ist für seine Akzeptanz auch darauf angewiesen.<sup>5</sup> Die normative Deutung des Urheberrechts als „Balance“<sup>6</sup> heißt aber nicht, dass das Recht auch

---

<sup>1</sup> Begrifflich sind Handlungslasten für das Urheberrecht keine Neuheit. Erwähnung fanden sie in Bezug auf § 49 Abs. 1 UrhG bei *Berger/Degenhart*, AfP 2002, 557, 581; zu Verlinkungen im Internet bei *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 524 Fn. 66; *Grünberger*, ZUM 2021, 395, 399, die auch von einer „Kooperationslast“ sprechen; (kritisch) zu Bildersuchmaschinen *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 436; und in Bezug auf Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten *Jüngels/Raue*, KritV 105 (2021), 83, 90, 101 ff. Daran soll im Folgenden angeknüpft werden.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Peukert*, Urheberrecht, § 2 Rn. 5 ff.

<sup>3</sup> *Schack*, in: Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke (Hrsg.), FS Schricker, S. 511.

<sup>4</sup> So auch *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, S. 66.

<sup>5</sup> Vgl. *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77, 92 f.

<sup>6</sup> Vgl. etwa *Geiger*, IIC 2006, 371, 374 ff.; *ders.*, GRUR Int 2008, 459; *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 514 ff.; kritisch zu dieser Lesart für den Internet-Kontext *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77, 92.

tatsächlich unparteiisch zwischen beiden Seiten angelegt ist.<sup>7</sup> Ermittelt werden soll deshalb, welche Rechtslage sich *verfahrensmäßig* und *inhaltlich* nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge einstellt.<sup>8</sup>

Weil nur die *Wirkung* des Urheberrechts und nicht sein Erwerb oder Bestand Anknüpfungspunkt einer Handlungslast sein kann,<sup>9</sup> muss die Untersuchung dafür ein schutzfähiges Werk voraussetzen. Sie bezieht deshalb einige Instrumente des urheberrechtlichen Interessenausgleichs nicht ein, etwa die Anforderungen an den Schutz (§ 2 UrhG) und die Begrenzungen der Dauer (§§ 64 ff. UrhG).<sup>10</sup>

### 1. Verfahrensmäßiger Normalfall

Selbst wenn alle materiellen Schutzvoraussetzungen für den Erwerb vorliegen, lassen sich Immaterialgüterrechte wie das Urheberrecht hinsichtlich ihrer Entstehung in zwei Kategorien einteilen: Registerrechte, die erst durch die Erfüllung bestimmter Formalitäten entstehen, und formlos entstehende Rechte, die kraft Gesetzes durch einen Realakt eintreten, der die Schutzvoraussetzungen erfüllt.<sup>11</sup> Für Registerrechte ist der verfahrensmäßige Normalfall die Gemeinfreiheit, die rechtsgleiche Freiheit zur Nutzung von immateriellen Gütern.<sup>12</sup> Sie greift nämlich stets, wenn die Erzeuger eines Immaterialguts untätig bleiben. Man kann insofern aus Sicht des Rechtsinhabers und *in Bezug auf den Schutz* von einem Opt-in-System sprechen.<sup>13</sup> Für formlos entstehende Rechte greift dagegen der Schutz kraft Gesetzes, sobald die Schutzvoraussetzungen vorliegen – zum freien Zugang kommt es nur, wenn der Inhaber das Gut in die gewillkürte Gemeinfreiheit überführt.<sup>14</sup> Die Regel ist hier also der Schutz, die Ausnahme die gewillkürte Gemeinfreiheit.<sup>15</sup> Darin liegt wiederum ein Opt-out-System.<sup>16</sup>

Das Urheberrecht wandelte sich von einem Registerrecht zu einem formlos entstehenden Recht. Das historische Anknüpfungsmoment des heutigen Ausschließlichkeitsrechts liegt in der Lehre des Geistigen Eigentums, die – in Abkehr vom Privilegienwesen –<sup>17</sup> die Entscheidungsgewalt über den Schutzgegenstand

<sup>7</sup> Vgl. auch Peukert, Die Gemeinfreiheit, S. 66.

<sup>8</sup> Damit soll nicht Stellung bezogen werden, welches Regel-Ausnahme-Verhältnis dem Urheberrecht am besten gerecht würde, vgl. dafür Geiger, GRUR Int 2008, 459; Trumpe, Exklusivität und Kollektivierung, S. 514 ff.

<sup>9</sup> Dazu soeben unter B.III.

<sup>10</sup> Zu ihrer Bedeutung als strukturelle und zeitbedingte Gemeinfreiheit vgl. Peukert, Die Gemeinfreiheit, S. 19 ff., 28 ff.

<sup>11</sup> Peukert, Die Gemeinfreiheit, S. 31.

<sup>12</sup> Peukert, Die Gemeinfreiheit, S. 30, 131, zur Definition S. 36.

<sup>13</sup> So auch Peukert, Die Gemeinfreiheit, S. 131; Dreier, Computer Law & Security Review 26 (2010), 144, 149.

<sup>14</sup> Peukert, Die Gemeinfreiheit, S. 132.

<sup>15</sup> Für das Urheberrecht Zech, Information als Schutzgegenstand, S. 149.

<sup>16</sup> Peukert, Die Gemeinfreiheit, S. 132.

<sup>17</sup> Vgl. Jänich, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?,

vom Souverän an den Schöpfer delegierte.<sup>18</sup> Doch räumten viele Regime den Urheberrechtsschutz nur nach Erfüllung konstitutiver Formalitäten<sup>19</sup> ein, die wiederum vom Privilegienwesen übernommen wurden.<sup>20</sup> Der verfahrensmäßige Normalfall des Urheberrechts war deshalb zunächst die Gemeinfreiheit und nicht die Exklusivität.<sup>21</sup> Das änderte sich erst, als in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Schöpfungsakt als konstitutives Moment des Schutzes ins Zentrum rückte.<sup>22</sup> Es ließ sich mit der zunehmenden Betonung persönlichkeitsrechtlicher Aspekte nur schwer vereinbaren, die Entstehung des Urheberrechts von einem förmlichen Verfahren abhängig zu machen.<sup>23</sup> Zugleich verloren Formalitäten ihre Funktion<sup>24</sup> und standen dem an Bedeutung gewinnenden internationalen Schutz im Wege.<sup>25</sup> In der Folge verzichtete Deutschland ab 1901 bzw. 1907 vollständig auf Formalitäten.<sup>26</sup> Auf internationaler Ebene war es schließlich die Revidierte Berner Übereinkunft von 1908, die festlegte, dass „[d]er Genuß und die Ausübung dieser Rechte [...] nicht an die Erfüllung irgendwelcher Förmlichkeiten gebunden“ werden dürfen (Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ<sup>27</sup>).<sup>28</sup> Diese bis heute geltende Vorgabe macht das Urheberrecht zu einem formlos entstehenden Recht, das durch den Realakt der Schöpfung eintritt.<sup>29</sup> Seitdem ist die Zuordnung des

---

S. 23 ff., 32; *Klippel*, ZGE/IPJ 7 (2015), 49, 56 f.; *Dölemeyer/Klippel*, in: *Beier/Kraft/Schricker/Wadle* (Hrsg.), FS GRUR Bd. 1, S. 185, 190 ff.

<sup>18</sup> *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, S. 108, wonach die Grundnorm dadurch auf „grundsätzliche Kommunikationsfreiheit“ umgestellt war.

<sup>19</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 27 ff. Verlangt wurde etwa, das Werk zu registrieren, Kopien des Werkstücks abzugeben und auf dem Werk einen Hinweis auf den Urheberrechtsschutz anzubringen, s. dazu die Nachweis bei *van Gompel* auf S. 82.

<sup>20</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 75 ff., 85.

<sup>21</sup> *Frosio*, Reconciling Copyright with Cumulative Creativity, S. 198 f.; vgl. auch *Litman*, Hastings Comm. & Ent. L.J. 27 (2004), 1, 15; in Bezug auf reine Registerrechte aus heutiger Sicht *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, S. 131.

<sup>22</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 99; vgl. auch *ders.*, in: *Deazley/Kretschmer/Bently* (Hrsg.), Privilege and Property, S. 157, 176; zum Zusammenhang von Exklusivität und dem kontinentaleuropäischen „natural right“-Gedanken auch *Kur/Schovsbo*, in: *Kur/Levin* (Hrsg.), IP Rights in a Fair World Trade System, S. 408, 418 f.

<sup>23</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 98 ff.; *Ginsburg*, Columbia Journal of Law & the Arts 33 (2010), 311, 319.

<sup>24</sup> Beispielsweise wurde für die Berechnung der Schutzdauer zunehmend an den Tod des Autors und nicht den Veröffentlichungszeitpunkt angeknüpft, vgl. *van Gompel*, in: *Deazley/Kretschmer/Bently* (Hrsg.), Privilege and Property, S. 157, 191 f.

<sup>25</sup> *van Gompel*, Institute for Information Law Research Paper No. 9 / 2012, 19 f.

<sup>26</sup> 1901 mit dem Gesetz betreffend das Urheberrecht an den Werken der Literatur und der Tonkunst (LUG) und 1907 mit dem Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Bildenden Künste und der Photographie (KUG).

<sup>27</sup> Revidierte Berner Übereinkunft.

<sup>28</sup> Dazu im Detail noch unter D.V.1.

<sup>29</sup> Vgl. *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, S. 131.

Werkes zum Schöpfer der verfahrensmäßige Normalfall<sup>30</sup> – die Gemeinfreiheit dagegen die Ausnahme.<sup>31</sup>

## 2. Inhaltlicher Normalfall

Dass von selbst ein Rechtsschutz eintritt, bedeutet nicht, dass es damit auch automatisch zur urheberrechtlichen Exklusivität kommt. Zu ermitteln ist nämlich noch, wie der Rechtsschutz standardmäßig ausgestaltet ist, sobald er als verfahrensmäßiger Normalfall eintritt – was also der *inhaltliche* Grundfall ist. Dabei geht es um das Verhältnis von Ausschließlichkeit und Zugang im Wege spezifischer Gemeinfreiheit. Spezifisch gemeinfrei sind immaterialgüterrechtlich geschützte Ressourcen, die „in bestimmter, gesetzlich näher festgelegter Weise von Dritten verwendet werden dürfen“.<sup>32</sup> Setzt man die Ausschließlichkeits- und Zugangsinstrumente des positiven Rechts ins Verhältnis, lässt sich ein „exclusivity paradigm“<sup>33</sup> erkennen: Wenn eine schutzfähige Schöpfung eintritt, entscheidet sich das Urheberrecht grundsätzlich zugunsten seiner Ausschließlichkeit.

### a) Entwicklungs offene Verwertungsrechte und spezifische Zugangsfreiheiten

Das zeigt sich zunächst in der Anlage der Verwertungsrechte gegenüber den erlaubten Nutzungen. Das Urheberrecht gewährt – auf unionaler<sup>34</sup> und nationaler<sup>35</sup> verfassungsrechtlicher Grundlage – primäre, subjektive Ausschließlichkeitsrechte, um die vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers zu realisieren.<sup>36</sup> Diese Rechte sind in den seit Ende des 19. Jahrhunderts entstandenen internationalen Verträgen<sup>37</sup> und im sekundären Unionsrecht<sup>38</sup> für

<sup>30</sup> Vgl. *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, S. 30; *Litman*, Hastings Comm. & Ent. L.J. 27 (2004), 1, 17f.

<sup>31</sup> *Frosio*, Reconciling Copyright with Cumulative Creativity, S. 199.

<sup>32</sup> *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, S. 32.

<sup>33</sup> *Kur/Schovsbo*, in: *Kur/Levin* (Hrsg.), IP Rights in a Fair World Trade System, S. 408.

<sup>34</sup> Zum Schutz nach Art. 17 Abs. 2 GRCh *Jarass/Jarass*, Art. 17 GRCh Rn. 10; *Rendas*, in: *Rosati* (Hrsg.), EU Copyright Law, S. 18, 21 f.

<sup>35</sup> Nach BVerfG GRUR 1972, 481 – Kirchen- und Schulgebrauch bildet es den „grundgesetzlich geschützte[n] Kern des Urheberrechts“, den vermögenswerten Teil der schöpferischen Leistung prinzipiell dem Urheber zuordnen sowie dessen Freiheit gewährleisten, in eigener Verantwortung über den vermögenswerten Teil zu verfügen; zur persönlichkeitsrechtlichen Komponente *Paulus*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 55, 61.

<sup>36</sup> *Peukert*, Urheberrecht, § 1 Rn. 7; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*, Einl. UrhG Rn. 25.

<sup>37</sup> Vgl. etwa Art. 2<sup>bis</sup> Abs. 3, Art. 8, Art. 9 Abs. 1, Art. 11 Abs. 1, Art. 11<sup>bis</sup> Abs. 1, Art. 11<sup>ter</sup> Abs. 1, Art. 12, Art. 14 RBÜ; Art. 11 S. 1 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS); Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 des WIPO-Urheberrechtsvertrags (WCT).

<sup>38</sup> Insbesondere in Art. 2, 3 Abs. 1 RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-RL). Vgl. für einen Überblick über die EU-Richtlinien *Peukert*, Urheberrecht, § 3 Rn. 6.

die jeweiligen Mitgliedsstaaten verpflichtend verankert. Sie verfolgen das Ziel, ein hohes Schutzniveau zugunsten der Rechtsinhaber herzustellen.<sup>39</sup> Der EuGH interpretiert die vollharmonisierten Rechte vor diesem Hintergrund als „Rechte vorbeugender Art“, die dem Rechtsinhaber erlauben, sich vor jeder Nutzung einzuschalten, um sie zu erlauben oder zu verbieten.<sup>40</sup>

Der deutsche Gesetzgeber setzt die Vorgaben mit einem offenen Verwertungsrechtsbegriff um. § 15 UrhG enumeriert die Verwertungsrechte des Urhebers nicht abschließend, sondern nennt nur „insbesondere“ umfasste Nutzungsformen. Hinter dieser Ausgestaltung steht die Intention, „[...] die ausschließlichen Befugnisse des Urhebers so umfassend zu gestalten, daß möglichst jede Art der Nutzung seines Werkes seiner Kontrolle unterliegt“.<sup>41</sup> Mit anderen Worten sollen demjenigen, der als erster ein spezielles Werk schafft, kraft Gesetzes grundsätzlich alle Verwertungsmöglichkeiten zugeordnet werden.<sup>42</sup> Diese „Eigentumslogik“<sup>43</sup> führt dazu, dass nicht nur bekannte, sondern auch alle zukünftig denkbaren Verwertungsmöglichkeiten dem Ausschlussprinzip unterworfen sind. Die Verwertungsrechte erstrecken sich nämlich von selbst auf neue, zuvor noch unbekannte Nutzungsformen. Zwar wurden sie auch in der Vergangenheit parallel zur technischen Entwicklung auf neue Reproduktionstechnologien erweitert – allerdings nach und nach im Wege einzelner richterlicher oder gesetzgeberischer Entscheidungen.<sup>44</sup> Mit dem entwicklungsoffenen Begriff vermeidet es der Gesetzgeber, neue Verwertungsformen separat „verurheberrechtlichen“<sup>45</sup> zu müssen.<sup>46</sup> Das Ausschlussprinzip besteht also in einem inhaltlich unbegrenzten Umfang. Den Urheber trifft folglich im Grundsatz keine Last, solche Nutzungshandlungen

<sup>39</sup> Vgl. dazu ErwG 24 RL 93/83/EWG (SatCab-RL); ErwG 4, 9, 10, 11 InfoSoc-RL; ErwG 12 RL 2006/116/EG (Schutzdauer-RL); ErwG 20 RL 2019/789/EU (Online-SatCab-RL); ErwG 2, 3, 62 RL 2019/790/EU (DSM-RL). S. zur Interpretation durch den EuGH *Rosati*, Copyright and the Court of Justice of the European Union, S. 40 ff., 127; *Koo*, in: *Rosati* (Hrsg.), EU Copyright Law, S. 173, 180 f.

<sup>40</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2019:970, Rn. 38 – *Spedidam u.A./INA*; EuGH ECLI:EU:C:2018:634, Rn. 29 – *Córdoba*; EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 33 – *Soulie und Doke*; EuGH ECLI:EU:C:2016:379, Rn. 30 – *Reha-Training*; EuGH ECLI:EU:C:2012:140, Rn. 75 – *SCF*; vgl. auch *Rosati*, Copyright and the Court of Justice of the European Union, S. 60 f.: „an increasingly relevant standard“.

<sup>41</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 28.

<sup>42</sup> So *Dreier*, in: *Schricker/Dreier/Kur* (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 51, 70; *Wielsch*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 278. Vgl. auch *Dreier/Schulze/Schulze*, § 15 UrhG Rn. 9: „Lückenloser Schutz“; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 428: „umfassende[s] Ausschließlichkeitsrecht“; *Schricker/Loewenheim/von Ungern-Sternberg*, § 15 UrhG Rn. 261: „umfassendes Verwertungsrecht“; *BeckOK UrhR/Götting*, § 15 UrhG Rn. 12: „Alle Verwertungsmöglichkeiten gebühren dem Urheber“.

<sup>43</sup> Begriff von *Dreier*, in: *Schricker/Dreier/Kur* (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 51, 70 ff.

<sup>44</sup> Vgl. *Peukert*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 305, 310.

<sup>45</sup> *Peukert*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 305, 310.

<sup>46</sup> So die Intention des Gesetzgebers, vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 29, 45.

gen zu verhindern – das ist nämlich bereits der Normalfall, von dem die Rechtslage mit dem Verbotsrecht in § 15 UrhG ausgeht. Inhaltlich folgt das Urheberrecht damit aus Sicht des Urhebers *in Bezug auf die Nutzung* dem Grundsatz des Opt-in.<sup>47</sup>

Zugangsfreiheiten kommen dagegen als Ausnahmen daher: Die internationalen Verträge verpflichten Mitgliedstaaten nur vereinzelt dazu, bestimmte Zugangsfreiheiten zu gewährleisten;<sup>48</sup> meist räumen sie bloß eine *Möglichkeit* ein, bestimmte Nutzungen zu gestatten.<sup>49</sup> Auch im Unionsrecht sind Zugangsfreiheiten nur vereinzelt verpflichtend einzuräumen.<sup>50</sup> Es besteht ein Katalog von Fällen, in denen Mitgliedstaaten Nutzungen erlauben *dürfen* (vgl. etwa Art. 5 Abs. 2, 3 InfoSoc-RL), dabei aber an die vom EuGH gezogenen Grenzen gebunden sind (vgl. ErwG 32 InfoSoc-RL).<sup>51</sup> Im einfachen Recht gestaltet der Gesetzgeber die völker-, unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben durch Freistellungen der Nutzung, gesetzliche Lizenzen, Zwangslizenzen und die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit aus.<sup>52</sup>

Diese Zugangsfreiheiten sind jeweils punktuell und einzelfallbezogen formuliert. Sie haben einen genau umrissenen Anwendungsbereich, regeln lediglich die speziell definierten Fälle und stellen Nutzungen nur im dazu erforderlichen Maße frei, teilweise unter äußerst genauer Angabe des zulässigen Nutzungsumfangs.<sup>53</sup> Nur wenn sich eine Nutzungshandlung einer der speziellen Schranken zuordnen lässt, ist sie deshalb zustimmungsfrei möglich. An diesem Befund ändert auch ein dogmatisches Verständnis der Schranken nichts, nach dem sie immanenter Be-

<sup>47</sup> Vgl. etwa *Su*, J. Copyright Soc'y U.S.A. 56 (2008), 947, 955 f.; *Band*, J. Bus. & Tech. L. 3 (2008), 1, 19; *Bechtold*, GRUR 2010, 282, 286; *Wielsch*, GRUR 2011, 665, 670; *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 526 f.; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 911.

<sup>48</sup> Das gilt beispielsweise für Zitate aus erlaubterweise zugänglich gemachten Werken (Art. 10 Abs. 1 RBÜ) und Änderungen, die erforderlich sind, um ein Werk in einem barrierefreien Format zugänglich zu machen (Art. 4 Vertrag von Marrakesch zur Erleichterung des Zugangs zu veröffentlichten Werken für blinde, sehbehinderte und anderweitig lesebehinderte Personen).

<sup>49</sup> S. zu den konventionsrechtlichen Schranken Dreier/Schulze/Dreier, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 20.

<sup>50</sup> Mitgliedstaaten müssen beispielsweise flüchtige Vervielfältigungen (Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL), bestimmte Nutzungsmöglichkeiten von verwaisten Werken (Art. 6 Abs. 1 RL 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke) oder Handlungen wie das Text und Data Mining (Art. 3, 4 DSM-RL) freistellen.

<sup>51</sup> Dreier/Schulze/Dreier, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 6a; Schricker/Loewenheim/Stieper, UrhG, Vor §§ 44a ff. Rn. 26a; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 566; *Rosati*, Copyright and the Court of Justice of the European Union, S. 74; s. aber Generalanwalt beim EuGH ECLI:EU:C:2018:870, Rn. 39 – Afghanistan-Papiere, der demgegenüber andeutet, dass zur Wahrung der Grundrechte etwas anderes gelten kann.

<sup>52</sup> Vgl. im Detail Schricker/Loewenheim/Stieper, UrhG, Vor §§ 44a ff. Rn. 8 ff.; Dreier/Schulze/Dreier, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 11 ff.

<sup>53</sup> S. dazu etwa die Prozentangaben in den §§ 60a ff. UrhG.

standteil des gewährten subjektiven Rechts sind und seinen Schutzzumfang von vornherein beschränken.<sup>54</sup> Zwar haben Urheber jenseits der Grenzen, die ihnen die Schranken ziehen, keine Kontrollmöglichkeit mehr.<sup>55</sup> Doch zieht der Gesetzgeber diese Grenzen eben nur punktuell für spezifische Nutzungsszenarien gegenüber einem umfassend angelegten Ausschließlichkeitsrecht. In allen übrigen Fällen, wo also keine explizite Grenze normiert ist, greift damit die Ausschließlichkeit.

Es bedarf deshalb regelmäßig erst der Anerkennung des Zugangsinteresses durch den Gesetzgeber, wenn neue Nutzungskonflikte auftreten. Befürworter einer speziellen Zugangsfreiheit müssen also zunächst einen politischen Prozess anstoßen und eine Mehrheit für ihr Vorhaben mobilisieren.<sup>56</sup> Anschließend durchlaufen Reformen auf internationaler und europäischer Ebene langwierige Entstehungsprozesse. Die Zugangsfreiheit kann im Gegensatz zur Ausschließlichkeit deshalb immer nur Reaktion sein – wenn sie denn überhaupt realisiert wird. Sie hinkt der Ausschließlichkeit aufgrund der entwicklungs offenen Anlage der Verwertungsrechte strukturell hinterher. Während das Verwertungsrecht also neue technologische Entwicklungen schon von Gesetzes wegen vereinnahmt, sind die Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers, korrespondierende Zugangsfreiheiten zu schaffen, dagegen enggeführt.

### *b) Rechtfertigungsbedürftigkeit und Begrenzung von Schranken*

Zudem sind Einschränkungen der bereits umfassend gewährten Verwertungsbefugnisse rechtfertigungsbedürftig und inhaltlich wiederum beschränkt. Die Gesetzgeber haben den (unions-)grundrechtlichen Eigentumsschutz einfachgesetzlich durch exklusive Rechte ausgestaltet. Art. 17 Abs. 2 GRCh, Art. 14 GG garantieren deshalb die ungestörte Ausübung des Urheberrechts als Teil des Eigentumsrechts. Damit verlagert sich die Rechtfertigungslast auf Einschränkungen der „grundsätzlichen Zuordnung“<sup>57</sup> als Inhalts- und Schrankenbestimmungen.<sup>58</sup> Anknüpfungspunkte sind die Meinungs-, Presse- und Informationsfreiheit

<sup>54</sup> Vgl. zu diesem Verständnis BVerfG GRUR 1980, 44 46 – Kirchenmusik; *Stieper*, Schranken des Urheberrechts, S. 130 f.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 540; a.A. *Zurth*, Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht, S. 86 ff.

<sup>55</sup> *Geiger*, GRUR Int 2008, 459, 461.

<sup>56</sup> *Grünberger*, ZGE/IPJ 9 (2017), 188, 202.

<sup>57</sup> BVerfG GRUR 1972, 481 – Kirchen- und Schulgebrauch.

<sup>58</sup> Vgl. zum nationalen Urheberrecht BVerfG GRUR 1972, 481 – Kirchen- und Schulgebrauch: „Die Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen Vorschrift hängt somit [...] davon ab, ob sie durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist“; BVerfG GRUR 1980, 44 – Kirchenmusik: „Beschränkungen des Nutzungsrechts, die mit dem öffentlichen Interesse motiviert werden, müssen von daher auch legitimiert sein“; BVerfG GRUR 1972, 491 – Schallplatten: „Im Lichte der Eigentumsgarantie muß nicht der Fortbestand der durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Rechte gerechtfertigt werden, es geht vielmehr um die Frage, ob Gründe des öffentlichen Interesses vorliegen, die die Beschneidung dieser Rechte legitimie-

(Art. 11 GRCh, Art. 5 Abs. 1 GG) sowie die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 13 GRCh, Art. 5 Abs. 3 GG), die bei der Durchführung des Unionsrechts (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRCh) und einer grundrechtskonformen Auslegung zu berücksichtigen sind.<sup>59</sup> Im nationalen Verfassungsrecht kann ein Ausschluss des Verbotsrechts (sog. Verfügungsrecht) nur durch ein ausreichend bedeutsames Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt werden, eine kompensationslose Nutzungsmöglichkeit (als Eingriff in das sog. Vergütungsrecht) erfordert ein darüber hinaus gesteigertes öffentliches Interesse.<sup>60</sup> Für das Unionsrecht betont der EuGH, dass es sich dabei um Ausnahmen handle, weil sie von dem Grundsatz der InfoSoc-RL abwichen, dass Rechtsinhaber einer Nutzung zustimmen müssen.<sup>61</sup> Jede Ausnahme oder Beschränkung der Exklusivität muss sich außerdem am sog. Drei-Stufen-Test messen lassen.<sup>62</sup> Nach Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 10 Abs. 1 WCT und Art. 13 TRIPS, Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL, ErwG 6 DSM-RL können die Mitgliedsstaaten Zugangsfreiheiten nur gewähren, wenn es sich um gewisse Sonderfälle handelt (1. Stufe), die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen (2. Stufe) noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen (3. Stufe). Die umfassend gewährten Verwertungsrechte und die daraus folgende Exklusivität sind also der Grundsatz – davon abweichende Ausgestaltungen dagegen eine mit (qualifiziertem) öffentlichen Interesse zu rechtfertigende, auf Sonderfälle beschränkte Ausnahme.<sup>63</sup>

### c) Regel-Ausnahme-Verhältnis

Auf der einen Seite der sprichwörtlichen „Medaille“ steht damit die urheberrechtliche Ausschließlichkeit: Sie ist in § 15 UrhG umfassend ausgestaltet und

---

ren“; s.a. *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, S. 72; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 508: „In einem auf Ausschließlichkeitsrechten beruhenden Urheberrechtssystem bedürfen an ihrer statt gewährte gesetzliche Lizenzen schon wegen Art. 14 I GG und Art. 17 GRCh einer besonderen Rechtfertigung“.

<sup>59</sup> *Schricker/Loewenheim/Stieper*, UrhG, Vor §§ 44a ff. Rn. 32.

<sup>60</sup> BVerfG GRUR 1972, 481 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfG GRUR 1980, 44 – Kirchenmusik; vgl. auch *Schricker/Loewenheim/Stieper*, UrhG, Vor §§ 44a ff. Rn. 16 f. m.w.N. *Paulus*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 55, 59.

<sup>61</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2009:465, Rn. 56 f. – Infopaq; EuGH ECLI:EU:C:2011:631, Rn. 162 – Football Association Premier League; EuGH ECLI:EU:C:2014:254, Rn. 22 – ACI Adam; EuGH ECLI:EU:C:2014:1195, Rn. 23 – PRCA/NLA; vgl. dazu auch *Rosati*, Copyright and the Court of Justice of the European Union, S. 61 f., 128; daraus folgt allerdings inzwischen keine grundsätzlich enge Auslegung mehr, sondern eine zweckgerichtete und grundrechtskonforme, vgl. etwa EuGH ECLI:EU:C:2019:625, Rn. 38, 50 ff. – Spiegel Online; EuGH ECLI:EU:C:2019:623, Rn. 65 ff. – Afghanistan Papiere; s. im Einzelnen *Rendas*, in: *Rosati* (Hrsg.), EU Copyright Law, S. 18, 24 ff.; so nun auch BGH GRUR 2020, 843 Rn. 39 ff. – Metall auf Metall IV; BGH GRUR 2020, 853 Rn. 22 – Afghanistan Papiere II.

<sup>62</sup> Dazu sogleich unter C.I.2.b) sowie im Detail unter D.V.2.

<sup>63</sup> Kritisch deshalb zum Drei-Stufen-Test etwa *Wielsch*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 284; vgl. auch *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707.

erstreckt sich nicht nur auf alle bestehenden, sondern auch auf alle zukünftigen Verwertungsarten. Die andere Seite der Medaille bildet der Zugang: Einschränkungen der gewährten Ausschließlichkeit sind qualifiziert rechtfertigungsbedürftig, von vornherein nur für bestimmte Sonderfälle denkbar, erfassen nur spezifische Nutzungshandlungen und haben einen Ausnahmeharakter. In der Gegenüberstellung ist der normative Normalfall damit die Ausschließlichkeit zugunsten des Urhebers.<sup>64</sup> Alles, was nicht ausdrücklich ausgenommen ist, unterfällt dem Primat der Ausschließlichkeit. Zugangsmöglichkeiten sind dagegen partikuläre, spezifische Ausnahmen dieses Grundsatzes. *Innerhalb des Anwendungsbereichs* des Urheberrechts bilden sie Inseln der Nutzungsfreiheit in einem Meer von Exklusivität.<sup>65</sup> Nutzer sind deshalb in der Verantwortung, eine urheberrechtskonforme Nutzung herbeizuführen, indem sie eine Erlaubnis einholen.

## II. Definition

Handlungslasten des Urhebers betreffen folglich Situationen, in denen Urheber keine Unterlassungsansprüche gegen Nutzer zustehen, die ohne Erlaubnis auf Schutzgegenstände zugreifen. Allerdings kennt das Urheberrecht zahlreiche solcher sog. Exklusivitätseinschränkungen, also gesetzliche Regelungen, die ausschließliche Befugnisse berühren und dadurch bestimmte Handlungen Dritter erlauben, die anderenfalls grundsätzlich vom Ausschließlichkeitsrecht erfasst wären.<sup>66</sup> Der folgende Abschnitt zielt deshalb darauf ab, durch Abgrenzungen

---

<sup>64</sup> Vgl. *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 559: „entitlement that is initially protected by a property right“; *Peukert*, Hastings Comm. & Ent. L.J. 28 (2005), 1, 67: „exclusive rights as the statutory default“; *ders.*, in: Kur/Mizaras (Hrsg.), *The Structure of Intellectual Property Law*, S. 195, 197: „paradigm case of the classical, Western idea of the right to property“ sowie „normal case“; *ders.*, GRUR-Beil. 2014, 77, 80: „Symbiose zwischen der Exklusivitätskultur und dem Urheberrecht“; *ders.*, Urheberrecht, § 19 Rn. 24: „Normalfall“; *Band*, J. Bus. & Tech. L. 3 (2008), 1, 19: „Opt-in system“; *Su*, J. Copyright Soc’y U.S.A. 56 (2008), 947, 955 f.: „Opt-in model“; *Bohne/Elmers*, WRP 2009, 586, 589: „Grundgedanke[n] des Urheberrechts“; *Grünberger*, GPR 2010, 29, 32: „Entscheidung zugunsten einer property rule und gegen die Zugangsfreiheit“, „asymmetrische Lösung zugunsten des Ausschließlichkeitsrechts“; *ders.*, ZGE/IPJ 9 (2017), 188, 193: „konzeptionelle Grundentscheidung“; *Kurl/Schovsbo*, in: Kur/Levin (Hrsg.), *IP Rights in a Fair World Trade System*, S. 408, 408: „Paradigma“; Dritter Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, BT-Drucks. 17/7899, S. 15: „urheberrechtliche[r] Normalfall“; *Katz*, BTLJ 27 (2012), 1285, 1290 ff.: „permission-first rule as a dogma“; *Wielsch*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274: „normatives Leitbild“; *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 526 f.: „Opt-in-Ausgangssposition“; *Rogler*, Inklusive Immaterialgüterrechte, S. 13: „Herzstück des Immaterialgüterrechts“; *de la Durantaye/Hofmann*, ZUM 2021, 873, 875: „Grundkonzeption“; *Schovsbo/Riis/Rosenmeier*, ZUM 2022, 405, 410: „main rule“; von einem Prinzip der Ausschließlichkeit spricht schließlich auch *Geiger*, GRUR Int 2008, 459, 459 ff.

<sup>65</sup> Andersherum, freilich mit normativem Blick *Geiger*, GRUR Int 2008, 459, 461.

<sup>66</sup> Der Begriff stammt von *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 176 ff.

und Festlegungen eine *urheberrechtsspezifische* Definition von Handlungslasten zu entwickeln.

## 1. Handlungsoption

### a) Disponibilität

Handlungslasten zeichnet aus, dass der Belastete stets eine Option hat, auf den (drohenden) Nachteil zu reagieren. Die negative Abweichung vom normativen Normalfall muss also disponibel sein. Deshalb können Exklusivitätseinschränkungen, in denen der Weg zu einer exklusiven Verwertung nicht offensteht, keine Handlungslast erzeugen. Damit scheidet ein Großteil der urheberrechtlichen Schranken aus den §§ 44a ff. UrhG aus: Sie weichen zwar negativ vom normativen Normalfall ab, indem sie die urheberrechtliche Ausschließlichkeit beschränken, räumen dem Urheber aber keinen Handlungsspielraum ein. Privatkopien von Schutzgegenständen etwa sind nach § 53 UrhG zulässig, diese Freistellung steht aber nicht zur Disposition des Urhebers; Zitate dürfen auf Grundlage von § 51 UrhG vorgenommen werden, Urheber können diese Abweichung vom Normalfall aber nicht beseitigen oder verhindern. Dass bestimmte Schranken wie § 51 UrhG erst nach Veröffentlichung eines Werkes greifen, über die der Urheber entscheiden kann (vgl. § 6 Abs. 1 UrhG), ändert daran nichts. Denn wenn Urheber auf die Veröffentlichung verzichten, können sie ihr Werk auch nicht auf herkömmlichen Wegen nach dem normativen Normalfall exklusiv verwerten.<sup>67</sup>

### b) Rechtliche Wirkung

Oft können Urheber durch rein *faktisches* Handeln Einschränkungen der Exklusivität verhindern. Ein Beispiel bietet die Panoramafreiheit: Werke, die sich bleibend an öffentlichen Wegen befinden, dürfen mit bestimmten Mitteln erlaubnisfrei vervielfältigt, verbreitet und öffentlich wiedergegeben werden (§ 59 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 UrhG). Nicht „an öffentlichen Wegen“ befindet sich aber etwa, was sich hinter einem Zaun verbirgt.<sup>68</sup> Urheber haben also die Möglichkeit, Werke von der Einschränkung auszunehmen, indem sie einen Zaun errichten. Trotzdem liegt darin keine Handlungslast. Die Abweichung vom Normalfall, der *rechtlichen* Ausschlussmöglichkeit, bleibt nämlich abstrakt genauso bestehen, wie sie zuvor bestand – es bleibt (trotz des Zauns) zulässig, Schutzgegenstände zu vervielfältigen, die sich nicht hinter einem Zaun verbergen. Der Urheber ändert in diesem Fall aber lediglich die tatsächlichen Umstände so, dass die Einschränkung nicht mehr anwendbar ist. Deshalb können Fälle mit bloß faktischen Handlungsoptionen nicht zu den Handlungslasten gerechnet werden – die gebotene Handlung muss rechtlich wirken.

<sup>67</sup> Zur Bedeutung der Veröffentlichung sogleich unter D.I.1.b)cc).

<sup>68</sup> Dreier/Schulze/Dreier, § 59 UrhG Rn. 4.

### c) *Unilaterales und konsensuales Handeln*

Eine Form der Disposition liegt auch darin, dass Urheber Nachteile von der normalen Ausschließlichkeit abwenden, indem sie sie mit dem Nutzer abbedingen.<sup>69</sup> In dieser Option liegt aus zwei Gründen keine Handlungslast: Zum einen können Urheber und Nutzer die Ausschließlichkeitsrechte aufgrund des Typenzwangs nicht mit dinglicher Wirkung erweitern.<sup>70</sup> Etwaige Abreden wirken deshalb nur schuldrechtlich, die negative Abweichung vom Normalfall bliebe also bestehen. Zum anderen ist es wegen des Grundsatzes der Privatautonomie keine Besonderheit, dass man Rechtsnachteile durch Vereinbarung mit einer dispositionsbefugten Partei abbedingen kann. Handlungslasten des Urhebers betreffen dagegen nur Situationen, in denen der Urheber *unilateral* über die Rechtsfolge disponieren kann – etwa, indem er bestimmten Nutzungen frei widerspricht oder sich Rechte in einer Transaktion vorbehält.<sup>71</sup> Nach einer urheberrechtsspezifischen Erklärung verlangen Fälle *konsensualen* Handelns deshalb nur, wenn sie sich nicht mit der Vertragsfreiheit erklären lassen – wenn das Urheberrecht also ausnahmsweise und im Besonderen Urhebern abverlangt oder ermöglicht, einen Nachteil einvernehmlich abzuwenden.

## 2. *Quelle der Belastung*

Die Arbeitsdefinitionen der Handlungslasten unterscheiden nicht danach, aus welcher Rechtsquelle die Belastung stammt. Für das Urheberrecht liegt nahe, nur die gesetzlichen Schrankenregelungen aus den §§ 44a ff. UrhG einzubeziehen, da sie gerade als Ausnahmen von der Ausschließlichkeit angelegt sind. Allerdings können sich Abweichungen auch durch eine bestimmte Auslegung eines Verwertungsrechts, durch urhebervertragsrechtliche Auslegungs- und Vermutungsregeln oder auf der Ebene der Rechtswidrigkeit ergeben. Für den verhaltenssteuernden Effekt ist nur entscheidend, dass ein Tun oder Unterlassen erforderlich wird, um das negative Verbotsrecht zu erhalten. Handlungslasten bestehen deshalb immer, wenn das Recht eine nachteilige Abweichung vom negativen Verbotsrecht vom Verhalten des Urhebers abhängig macht – egal, auf welche Weise. Das bildet der quellneutrale Begriff der *Rechtslage* am besten ab.<sup>72</sup> Qualitativen

<sup>69</sup> Beispielsweise gehen (auch nutzungsbeschränkende) Vereinbarungen nach § 60g Abs. 2 den gesetzlichen Erlaubnissen nach §§ 60a ff. UrhG teilweise vor.

<sup>70</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/*Stieper*, UrhG, Vor §§ 44a ff. Rn. 56a; *ders.*, Schranken des Urheberrechts, S. 213; Fromm/Nordemann/*Dustmann*, Vor §§ 44a bis 63a UrhG Rn. 15.

<sup>71</sup> Das bestätigt schon der Vergleich mit den prozessualen Lasten als Prototyp, die nur auf das Handeln einer Partei abstellen. Sich Rechte in einer Transaktion vorzubehalten kann bedeuten, dass Urheber und Nutzer eine abweichende Vereinbarung treffen müssen. Das ist zwar ein konsensuales Handeln. Allerdings hat der Urheber stets die Möglichkeit, eine Transaktion nicht einzugehen. Er ist also nicht auf die Zustimmung des Nutzers angewiesen, um sein Verbotsrecht zu wahren, handelt insofern also *unilateral*.

<sup>72</sup> So auch *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht,

Unterschieden verschiedener Rechtsquellen, etwa, dass Schranken Urhebern oktroyiert werden, während urhebervertragsrechtliche Auslegungsregeln immer ein freiwilliges Tun voraussetzen, ist über das Merkmal des Vorverhaltens Rechnung zu tragen.<sup>73</sup>

### 3. Belasteter

Die Untersuchung orientiert sich am normativen Normalfall: der Situation, dass dem Urheber mit der Schöpfung exklusive Rechte zuwachsen, *über die er noch zu verfügen hat*. Der originär Belastete ist deshalb der Urheber, weil negative Abweichungen ihn treffen. Folglich nimmt die Untersuchung auch begrifflich auf den Urheber Bezug.<sup>74</sup> Wo sich Unterschiede ergeben, etwa weil es sich um eine Handlungslast nur eines derivativen Rechtsinhabers handelt, werden sie transparent gemacht.

Für die urheberrechtliche Lastenverteilung spielen auch Nutzer<sup>75</sup> eine entscheidende Rolle. Sie trifft zwar keine Handlungslast, denn ihnen steht ein Vorteil in Aussicht, wenn die normale Exklusivität entfällt und sie Zugang erhalten. Das bedeutet aber nicht, dass ihre Verantwortlichkeiten ausgeblendet werden können. Wie später noch zu zeigen sein wird, ist das Wechselspiel zwischen Handlungen von Nutzern und Urhebern entscheidend, damit urheberrechtskonforme Nutzungen zustande kommen. Man kann daher von einer Verlagerung zwar nicht der Handlungslast, aber der Verantwortlichkeit vom Nutzer auf den Urheber sprechen. Deshalb finden im Folgenden, wo erforderlich, auch Handlungserfordernisse der Nutzer Berücksichtigung.

### 4. Vorverhalten

Weil das Urheberrecht ein Gegenstand des Rechtsverkehrs ist, kann auch eigenes Verhalten des Urhebers Abweichungen vom normativen Normalfall auslösen. Die Unterscheidung zwischen oktroyierten und gewillkürten Handlungslasten ist deshalb besonders relevant. Gewillkürte Handlungslasten, die durch einen frei-

---

S. 231; vgl. zu den zivilprozessualen Lasten etwa Stein/Jonas/Brehm, Vor § 1 ZPO Rn. 210: „Prozeßrechtslage“; so auch *Thot*, Die dogmatische Struktur der Erklärungspflicht des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 1 ZPO, S. 65.

<sup>73</sup> Dazu sogleich C.II.4.

<sup>74</sup> Das birgt auch nicht die Gefahr, divergierende Interessen zwischen Urheber und Verwertern auszublenden, indem undifferenziert von „Rechtsinhabern“ die Rede ist, vgl. *Hilty*, in: Ohly/Klippel (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107, 113 f.

<sup>75</sup> Nutzer sind hier sowohl genießende als auch vermittelnde und kreative Werknutzer. Eine Unterscheidung ist entbehrlich, weil sie alle nach dem normativen Normalfall die Verantwortung tragen, den ersten Schritt für eine urheberrechtskonforme Nutzung einzuleiten. Vgl. zu den Begriffen *Hilty*, in: Ohly/Klippel (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107, 117 ff.

willigen, privatautonomen Entschluss des Belasteten entstehen, sind nicht Gegenstand der Untersuchung. Weil sie sich allein mit der Privatautonomie des Urhebers erklären lassen, bringt ihre Analyse keinen urheberrechtsspezifischen Erkenntnisgewinn.<sup>76</sup> Mit Blick auf das Vorverhalten des Urhebers ist nun festzulegen, ab welcher Schwelle eine Last hinreichend oktroyiert ist und es deshalb einer urheberrechtlichen Begründung bedarf.

Die stärkste Form des Zwanges liegt vor, wenn eine Abweichung vom normativen Normalfall ohne irgendein Zutun des Urhebers einzutreten droht. Ein Beispiel dafür ist § 61d UrhG. Kulturerbe-Einrichtungen dürfen danach unter bestimmten Voraussetzungen Werke nutzen, die der Allgemeinheit auf keinem üblichen Vertriebsweg angeboten werden – es sei denn, der Rechtsinhaber hat der Nutzung gemäß § 61d Abs. 2 UrhG widersprochen.<sup>77</sup> Tatbestand und Rechtsfolge der Last treten auch bei Passivität des Urhebers ein, indem sogar nicht veröffentlichte Werke erfasst werden. Mangels aktiven Vorverhaltens muss sich für solche vollkommen oktroyierte Handlungslasten eine urheberrechtsspezifische Erklärung finden lassen.

Weniger stark ist die Zwangswirkung dagegen, wenn eine belastende Rechtsfolge zwar aus dem Gesetz kommt und nicht dem erklärten Willen des Urhebers entspricht, aber immer noch an privatautonomes Handeln des Urhebers anknüpft. Das ist etwa bei § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG der Fall: Danach kann der Urheber ein Nutzungsrecht zurückzurufen, das im Rahmen einer Unternehmensveräußerung übertragen wird, wenn ihm die Ausübung durch den Erwerber nicht zumutbar ist. Urheber müssen also tätig werden, wenn sie die Übertragung an einen Dritten verhindern wollen.<sup>78</sup> Allerdings ist Tatbestandsvoraussetzung des § 34 Abs. 3 UrhG, dass der Urheber zuvor einem Unternehmen freiwillig ein Nutzungsrecht eingeräumt hat. Obwohl es also eine oktroyierte Rechtsfolge gibt, basiert die Last auch auf gewillkürten Elementen. Für solche gemischten Lasten lässt sich nicht abstrakt-generell bestimmen, welches der Elemente dominiert. Vielmehr müssen dafür die Umstände des Einzelfalls betrachtet werden: Es spielt einerseits eine Rolle, ob der Belastete wusste, dass er durch sein Verhalten eine Handlungslast erzeugt. Andererseits ist relevant, ob der Beklagte den Schutzgegenstand auch normal hätte verwerten können, ohne eine Handlungslast einzugehen. Liegen sowohl diese Absehbarkeit der Folgen als auch die Vermeidbarkeit des Verhaltens für den Handelnden vor, spricht das für eine gewillkürte Handlungslast. Da sich kein abstrakter Kippunkt bestimmen lässt, ab dem eine oktroyierte in eine gewillkürte Handlungslast umschlägt, sind folglich nur sowohl hinsichtlich Tatbestand als auch Rechtsfolge vollkommen gewillkürte Lasten von der Definition auszunehmen.

---

<sup>76</sup> S. dazu bereits B.II.3.

<sup>77</sup> S. zur Einordnung von § 61d UrhG als Handlungslast C.III.3.c)bb).

<sup>78</sup> S. zur Einordnung von § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG als Handlungslast C.III.3.h).

### 5. Urheberrechtsspezifische Definition

Diese Abgrenzungen führen zu einer urheberrechtsspezifischen Definition:

*Eine Handlungslast des Urhebers besteht in einer Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert, um oktroiierte Abweichungen von der Ausschließlichkeit abzuwenden.*

Für vergleichbare Sachverhalte finden sich in der Literatur auch die Begriffe der „Kooperationslast“<sup>79</sup> oder „Mitwirkungsobliegenheit“<sup>80</sup>. Sie unterscheiden sich materiell nicht vom hier präferierten Begriff der Handlungslast, deuten aber eine inhaltliche Qualität von Handlungslasten des Urhebers an. Im urheberrechtlichen Grundfall trifft den Urheber keine Verantwortung, am Zustandekommen von Nutzungen mitzuwirken. Handlungslasten forcieren es demgegenüber, dass der Urheber offenbart, falls er tatsächlich ein Interesse am Ausschließlichkeitsrecht hat – er muss also kooperieren und mitwirken. So trägt der Urheber einen Teil dazu bei, eine Rechtslage herbeizuführen, die den Interessen der Beteiligten gerecht wird.

## III. Anwendungsfälle

Die urheberrechtsspezifische Definition erlaubt nun, bestehende Anwendungsfälle von Handlungslasten des Urhebers zu erfassen. Diese Anwendungsfälle sollen nach ihrer dogmatischen Gestaltung unterschieden werden: dem Tatbestand von Verwertungsrechten (1.), den Schranken (2.) und der Einräumung einer Form der Gestattung wie eines Nutzungsrechts oder einer Einwilligung (3.). Im Folgenden werden sie jeweils anhand ihres Kontextes, Inhalts und der sich konkret ergebenden Handlungslast dargestellt.

### 1. Tatbestand von Verwertungsrechten

#### a) Verlinkungen

Verlinkungen bilden die Grundlage der im Internet vorherrschenden Referenzkultur.<sup>81</sup> Sie lassen ein „komplexes Geflecht von semantischen Verweisungen“ entstehen, in dem Inhalte permanent zum Gegenstand von Anschlusskommunikationen und mit geringem Aufwand abrufbar gemacht werden können.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Zunächst *Wielsch*, GRUR 2011, 665, 670; *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 376 ff., 387; *ders.*, ZUM 2015, 273, 279; *ders.*, ZUM 2016, 905, 910, 912; *ders.*, ZUM 2021, 395, 399; *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 524.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 137.

<sup>81</sup> Vgl. *Berners-Lee*, Links and Law: Axioms of Web architecture, <https://www.w3.org/DesignIssues/LinkMyths.html>, archiviert unter perma.cc/F2L2-MFA4: „Axiom der Web-Architektur“.

<sup>82</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 256; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 906.

Ohne ihren Einsatz wäre „die sinnvolle Nutzung der unübersehbaren Informationsfülle im World Wide Web praktisch ausgeschlossen“. <sup>83</sup> Beispielsweise lebt die Funktionalität einer Suchmaschine wesentlich von Verlinkungen, die Nutzer direkt zu den indexierten Suchergebnissen gelangen lassen. Der EuGH hat sich in mehreren Entscheidungen zur urheberrechtlichen Beurteilung von Verlinkungen auf urheberrechtlich geschützte Inhalte im Internet positioniert und operiert dabei auch mit Handlungslasten des Urhebers.

#### aa) Inhalt

Urheberrechtliche Relevanz bekommen Verlinkungen dadurch, dass der freie Hinweis auf ein Werk und dessen urheberrechtsrelevante Wiedergabe konvergieren. <sup>84</sup> In Frage steht, inwieweit das Recht zum Hinweis auf einen Inhalt exklusiv dem Rechtsinhaber zustehen soll. <sup>85</sup> Zuletzt <sup>86</sup> hat der EuGH das Feld auf Grundlage des vollharmonisierten Rechts der öffentlichen Wiedergabe (Art. 3 Info-Soc-RL) in mehreren Entscheidungen neu geordnet, die im Folgenden skizziert werden.

#### (1) *Svensson-Urteil*

Im *Svensson*-Urteil beschäftigte sich der EuGH mit Verlinkungen <sup>87</sup> auf Schutzgegenstände, die sich mit Zustimmung des Urhebers im Internet befanden und frei zugänglich waren. <sup>88</sup> Ob darin eine im qualitativen <sup>89</sup> Sinne öffentliche Wiedergabe lag, hing nach seiner Ansicht davon ab, ob die Verlinkung ein neues Publikum adressiert. <sup>90</sup> Das Publikum der ursprünglichen Wiedergabe seien alle potenziellen Besucher der Webseite gewesen, auf der sich die Schutzgegenstände ursprünglich befanden – inklusive aller Besucher, die über Verlinkungen dorthin gelangen. <sup>91</sup> Weil der Zugang zu den Schutzgegenständen auf der Ursprungsseite

<sup>83</sup> BGH GRUR 2003, 958 – Paperboy.

<sup>84</sup> Nolte, ZUM 2003, 540, 549.

<sup>85</sup> Vgl. Wielsch, Zugangsregeln, S. 256.

<sup>86</sup> Zur urheberrechtlichen Zulässigkeit hinsichtlich §§ 16, 19a UrhG vgl. bereits BGH GRUR 2003, 958 – Paperboy.

<sup>87</sup> Es handelte sich um Surface- oder Deep-Links, durch die Nutzer per Klick zur gewünschten Ressource gelangen, vgl. Ott, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, S. 48.

<sup>88</sup> EuGH ECLI:EU:C:2014:76, Rn. 16 ff. – Svensson.

<sup>89</sup> Vgl. Ohly, GRUR 2016, 1155, 1156 zur Untergliederung der Öffentlichkeit in ein quantitatives und qualitatives Element.

<sup>90</sup> Das Merkmal des neuen Publikums leitet der EuGH aus dem WIPO-Leitfaden zur Berner Übereinkunft her, vgl. EuGH ECLI:EU:C:2006:764, Rn. 40 ff. – SGAE; kritisch etwa Hugenholz/van Velze, IIC 2016, 797; alternativ liegt eine öffentliche Wiedergabe vor, wenn sie nicht nach demselben technischen Verfahren erfolgt, vgl. EuGH ECLI:EU:C:2013:147, Rn. 24 ff., 39 – ITV Broadcasting.

<sup>91</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2014:76, Rn. 26 f. – Svensson.

keinen beschränkenden Maßnahmen unterlag, habe das Publikum daher bereits aus allen Internetnutzern bestanden.<sup>92</sup> Die Verlinkung adressierte deshalb kein neues Publikum und es kam nicht zu einer Handlung der öffentlichen Wiedergabe.

### (2) *BestWater-Beschluss*

In der *BestWater*-Entscheidung hat der EuGH die in *Svensson* aufgestellten Grundsätze auf das Framing<sup>93</sup> übertragen. Da der streitgegenständliche eingebundene Film bei *YouTube* frei zugänglich war, habe das Publikum der ursprünglichen Wiedergabe bereits aus allen Internetnutzern bestanden. Durch die Einbettung auf einer anderen Webseite sei also keine Wiedergabe gegenüber einem neuen Publikum, sondern gegenüber demselben Publikum der Ursprungswiedergabe erfolgt.<sup>94</sup> Folglich war der Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe nicht gegeben.

### (3) *GS-Media-Urteil*

Anders als in den vorherigen Verfahren betraf das *GS-Media*-Urteil eine Verlinkung auf ein Werk, das sich *ohne* Zustimmung des Rechtsinhabers im Internet befand. Der EuGH betonte, dass neben den zwei kumulativen Voraussetzungen für die öffentliche Wiedergabe (Öffentlichkeit und Wiedergabebehandlung) weitere Kriterien zu berücksichtigen sind, die in einem beweglichen System unselbstständig miteinander verflochten sind.<sup>95</sup> Er betrachtete dazu insbesondere, ob eine zentrale Rolle des Nutzers vorlag und die Wiedergabe Erwerbszwecken diene.<sup>96</sup> Verlinkungen fielen danach unter den Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe, wenn der Linksetzer wusste oder hätte wissen müssen, dass sein Link Zugang zu einem widerrechtlich im Internet veröffentlichten Werk verschafft.<sup>97</sup> Für die Anforderungen an diese Kenntnis des Linksetzers differenzierte der EuGH: Personen, die Links ohne Gewinnerzielungsabsicht setzen, wüssten typischerweise nicht, ob ein Werk mit oder ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers veröffentlicht wurde. Sie handelten im Allgemeinen deshalb nicht in voller Kenntnis der Folgen ihres Verhaltens.<sup>98</sup> Ob die Kenntnis besteht, müsse der Rechtsinhaber darlegen.<sup>99</sup>

<sup>92</sup> EuGH ECLI:EU:C:2014:76, Rn. 26 – *Svensson*.

<sup>93</sup> Mittels Inlineframes lässt sich ein Rahmen definieren, dessen Inhalt der Browser des Nutzers von einer anderen automatisch Webseite lädt, vgl. *Höppner/Schaper*, MMR 2017, 512, 513 Fn. 4; Inlineframes „pullen“ die Ressource zum Nutzer – Surface- und Deep-Links „pushen“ Nutzer zur Ressource, vgl. *Grünberger*, ZUM 2021, 395, 396.

<sup>94</sup> EuGH ECLI:EU:C:2014:2315, Rn. 16 ff. – *BestWater*.

<sup>95</sup> Methodisch ist das subjektive Recht insofern Ergebnis einer Abwägung, so *Wielsch*, in: *Fischer-Lescano/Franzki/Horst* (Hrsg.), *Gegenrechte*, S. 141, 153.

<sup>96</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 35, 38 – *GS-Media*.

<sup>97</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 49 – *GS-Media*.

<sup>98</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 48 – *GS-Media*.

<sup>99</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 49 – *GS-Media*: „Ist dagegen erwiesen [...]“.

Bei Linksetzern mit Gewinnerzielungsabsicht bestünde dagegen eine widerlegliche Vermutung, dass eine Verlinkung „in voller Kenntnis der Geschütztheit des Werkes und der etwaig fehlenden Erlaubnis [...] vorgenommen wurde“.<sup>100</sup>

#### (4) *Deutsche Digitale Bibliothek-Urteil*

Im *Deutsche Digitale Bibliothek*-Verfahren stand schließlich in Frage, ob es eine öffentliche Wiedergabe ist, ein frei zugängliches Werk auf einer anderen Seite einzubetten,<sup>101</sup> wenn dabei Schutzmaßnahmen gegen die Verlinkung umgangen werden. Auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung bestätigte der EuGH, dass eine Inline-Verlinkung eine öffentliche Wiedergabe ist – allerdings nur im Fall der Umgehung von Schutzmaßnahmen gegen Framing.<sup>102</sup> Urheber können Inline-Verlinkungen also rechtlich verbieten, indem sie sie technisch unterbinden.<sup>103</sup> Wenn sie einen Inhalt dagegen frei zugänglich machen und keine Schutzmaßnahmen vorsehen, können Dritte den Inhalt frei einbetten.

#### *bb) Handlungslasten*

Durch die genannten Entscheidungen schafft der EuGH Handlungslasten des Urhebers: einerseits, indem für den Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe relevant wird, ob die Wiedergabe ein neues Publikum adressiert; andererseits, indem der Tatbestand von subjektiven Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Unterscheiden lassen sich beide Fälle danach, ob sich ein Werk mit oder ohne Zustimmung des Urhebers im Internet befindet.

#### (1) *Mit Zustimmung des Urhebers zugängliche Werke*

Für die Zulässigkeit einer Verlinkung ist nach *Svensson* entscheidend, ob der Linksetzer ein „neues Publikum“ erreicht. Damit ist ein Publikum gemeint, das die Urheber „nicht hatten erfassen wollen“<sup>104</sup> oder an das sie „nicht gedacht hatten“<sup>105</sup>, als sie die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe erlaubten. Die Formulierungen suggerieren, dass es auf den tatsächlichen Willen des Urhebers ankommt.<sup>106</sup> Jedenfalls in den Fällen zur Verlinkung hat der EuGH das Merkmal

<sup>100</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 51 – GS-Media.

<sup>101</sup> Es handelte sich um Inline-Links, mit denen andere Ressourcen als reiner Text wie Bilder oder audiovisuelle Dateien auch von fremden Webseiten auf der besuchten Webseite eingebunden werden können. Sie werden automatisch auf der besuchten, verlinkenden Webseite geladen und häufig unter dem Begriff „Framing“ mit Inlineframes zusammengefasst, vgl. *Ott*, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, S. 49.

<sup>102</sup> EuGH ECLI:EU:C:2021:181, Rn. 35, 39 ff., 55 – Deutsche Digitale Bibliothek.

<sup>103</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2021:181, Rn. 45 f. – Deutsche Digitale Bibliothek; diese Möglichkeit, nur das Framing technisch zu unterdrücken, übersehen *Höppner/Rieger*, GRUR Int 2016, 633, 636.

<sup>104</sup> So in EuGH ECLI:EU:C:2014:76, Rn. 24 – *Svensson*.

<sup>105</sup> So in EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 37 – GS-Media.

<sup>106</sup> Zur Frage, ob das neue Publikum als Zugangsregel objektiv oder als Einwilligungslö-

aber mit objektiven Wertungen aufgeladen.<sup>107</sup> Für die Beurteilung des „neuen Publikums“ ist deshalb relevant, welchem Publikum der Urheber den Zugang bei der Erstwiedergabe objektiv eröffnet. Begrenzen kann er das Publikum mit einer sog. „beschränkenden Maßnahme“.<sup>108</sup> Was genau darunter zu verstehen ist, lässt der EuGH offen. Klar ist aber, dass eine wirksame Beschränkung nur mit wirksamen *technischen* Mitteln erfolgen kann.<sup>109</sup> Ein Hinweis in Textform, dass Verlinkungen nicht gestattet sind, ist deshalb nicht ausreichend. Wenn eine beschränkende Maßnahme fehlt, kann eine Verlinkung kein neues Publikum erreichen.<sup>110</sup> Werke, die sich ohne Zugangsbeschränkung im Netz befinden, können Nutzer deshalb frei verlinken.

Dadurch kommt es zu einer Handlungslast<sup>111</sup> des Urhebers.<sup>112</sup> Nur wenn Urheber eine beschränkende Maßnahme ergreifen, erreichen Verlinkungen ein neues Publikum – nur dann greift die ausschließliche Wirkung nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL, § 15 Abs. 2 S. 1 UrhG gegenüber Verlinkungen. Es besteht deshalb eine Rechtslage, die ein Verhalten erfordert (eine beschränkende Maßnahme), damit es nicht zu einer negativen Abweichung vom normativen Normalfall der Ausschließlichkeit (kein Verbotsrecht gegenüber Verlinkungen) kommt. Die Abweichung vom Normalfall ist auch oktroyiert: Zwar machen Urheber einen Schutzgegenstand freiwillig ohne Beschränkung zugänglich, doch führen sie damit die Rechtsfolge nicht bewusst herbei. Wenn ein Inhalt im Netz frei referenziert werden soll, muss er ohne beschränkende Maßnahme zugänglich sein – deshalb ist die Rechtsfolge für Urheber häufig unvermeidbar.

---

sung subjektiv zu verstehen ist, vgl. einerseits *Grünberger*, ZUM 2019, 573, 577; andererseits *Ohly*, GRUR 2018, 996, 998 f.

<sup>107</sup> Anderenfalls hätte schon in *Svensson* ein neues Publikum vorgelegen, da die Urheber das Publikum subjektiv nicht erfassen wollten, vgl. *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2019, 1, 5.

<sup>108</sup> EuGH ECLI:EU:C:2014:76, Rn. 26 f., 31 – *Svensson*; EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 50 – *GS-Media*.

<sup>109</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 36 – *Souliez und Doke*; EuGH ECLI:EU:C:2021:181, Rn. 46 – *Deutsche Digitale Bibliothek*; vgl. zuvor bereits in der Literatur *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 910; *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 525; *Spindler*, GRUR 2016, 157, 160; *Ohly*, GRUR 2018, 996, 1002 f.; *Leistner*, ZUM 2018, 286, 291; *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439, 441 Rn. 7, 11 f.; a.A. *Schulze*, ZUM 2015, 106, 109 f.; so zunächst auch BGH GRUR 2016, 171 Rn. 35 – *Die Realität II*; mittlerweile im Anschluss an den EuGH aufgegeben in BGH GRUR 2021, 1511 Rn. 38 – *Deutsche Digitale Bibliothek II*; kritisch Generalanwalt beim EuGH ECLI:EU:C:2020:696, Rn. 124 ff. – *VG Bild-Kunst*.

<sup>110</sup> Der EuGH hat in der Rechtssache *Córdoba* klargestellt, dass diese Rechtsprechung auf Verlinkungen, allerdings nicht auf Re-Uploads von Inhalten angewandt werden kann, vgl. EuGH ECLI:EU:C:2018:634, Rn. 33, 35, 37 ff. – *Córdoba*.

<sup>111</sup> Von einer „Kooperationslast“ sprechen *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 910; *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 524 f.

<sup>112</sup> So auch *Grünberger*, ZUM 2021, 395, 399.

## (2) Ohne Zustimmung des Urhebers zugängliche Werke

Die Abgrenzung danach, ob der Urheber eine beschränkende Maßnahme eingerichtet hat, funktioniert nur, wenn er die ursprüngliche Wiedergabe kontrolliert. Wenn sich das Werk dagegen ohne seine Zustimmung im Internet befindet, kann er auch keine Zugangsbeschränkung ergreifen. Es läge stets eine öffentliche Wiedergabe vor, denn jeder Internetnutzer wäre ein neues Publikum.<sup>113</sup> Linksetzer müssten deshalb unterscheiden, ob das von ihnen verlinkte Werk sich mit oder ohne Zustimmung des Rechtsinhabers im Internet befindet und in einem zweiten Schritt gegebenenfalls eine Erlaubnis einholen. In *GS-Media* entlastet der EuGH die Nutzer von dieser Verantwortung, indem er den Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe subjektiviert: Nur wenn ein Nutzer Kenntnis oder vorwerfbare Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Wiedergabe hat, nimmt er eine öffentliche Wiedergabe vor – anderenfalls darf er ohne Erlaubnis verlinken.

Dadurch kommt es zu einer Handlungslast des Urhebers: Lediglich für Linksetzer, die mit Gewinnerzielungsabsicht handeln, besteht eine Vermutung der Kenntnis.<sup>114</sup> Für Urheber ist aber typischerweise nicht ersichtlich, ob der Linksetzer Kenntnis von der fehlenden Erlaubnis der Erstwiedergabe hat.<sup>115</sup> Daraus entsteht die Verhaltensanforderung, sowohl gutgläubige als auch bösgläubige Nutzer aktiv auf die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Wiedergabe hinzuweisen.<sup>116</sup> Auf diese Vorgehensweise verweist der EuGH auch ausdrücklich.<sup>117</sup> Denn nach Ansicht des EuGH müssen die Urheber die Kenntnis des Nutzers von „der Geschütztheit des Werkes und der etwaig fehlenden Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber zu seiner Veröffentlichung im Internet“<sup>118</sup> darlegen und beweisen.<sup>119</sup> Dem Verbotsrecht ist also eine Art von Notice-and-take-down-Verfahren vorgeschaltet, in dem der Urheber die Bösgläubigkeit von Nutzern herbeiführen muss. Es besteht eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers (den Hinweis) erfordert, um eine oktroyierte Abweichung von der Ausschließlichkeit (die fehlende Zuordnung der Verlinkung als öffentliche Wiedergabe) abzuwenden.

<sup>113</sup> *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 280.

<sup>114</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 51 – *GS-Media*.

<sup>115</sup> Die abstrakte Kenntnis der Verletzungseigenschaft der eigenen Nutzung hielt der EuGH nur für flagrant rechtsverletzende Geschäftsmodelle für ausreichend, vgl. EuGH ECLI:EU:C:2017:300, Rn. 50 – *Filmspeler*; EuGH ECLI:EU:C:2017:456, Rn. 45 – *The Pirate Bay*; dazu *Leistner*, GRUR 2017, 755, 757.

<sup>116</sup> So etwa geschehen in EuGH ECLI:EU:C:2017:456, Rn. 45 – *The Pirate Bay*; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 916; vgl. auch *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 527; *Hofmann*, ZUM 2017, 102, 105.

<sup>117</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 49 – *GS-Media*.

<sup>118</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 51 – *GS-Media*.

<sup>119</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 49 – *GS-Media*: „Ist dagegen erwiesen [...]“; vgl. auch *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 914.

### b) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten

Ein weiterer Anwendungsfall einer Handlungslast des Urhebers betrifft Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten. Sie sind als Intermediäre ein wichtiger Bestandteil der Infrastruktur im Internet, indem sie Nutzern eine Plattform bieten, um Inhalte für andere verfügbar zu machen,<sup>120</sup> schaffen damit allerdings auch eine Gefahrenquelle für Urheberrechtsverletzungen. In Art. 17 DSM-RL hat der europäische Gesetzgeber einen Ausgleich der Interessen entworfen, den der deutsche Gesetzgeber in einem Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) umgesetzt hat.

#### aa) Inhalt

Unter die Regelungen fallen Diensteanbieter, die es als Hauptzweck verfolgen, eine große Menge von urheberrechtlich geschützten Inhalten zu speichern und öffentlich zugänglich zu machen, die Dritte bei ihnen hochladen (Art. 2 Nr. 6 DSM-RL, § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhDaG). Weitere Voraussetzungen sind, dass die Diensteanbieter eine absatzorientierte Eigenleistung erbringen, indem sie die Inhalte organisieren und zum Zweck der Gewinnerzielung bewerben und mit Online-Inhaltediensten wie Audio- und Videostreamingdiensten (ErwG 62 DSM-RL) um dieselben Zielgruppen konkurrieren (§ 2 Abs. 1 Nr. 2–4 UrhDaG).

Das Haftungsregime sieht grundsätzlich eine täterschaftliche Haftung dieser Diensteanbieter vor: Sie nehmen selbst eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL vor, wenn sie der Öffentlichkeit den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken verschaffen, die von Nutzern beim Dienst hochgeladen worden sind (Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 DSM-RL, § 1 Abs. 1 UrhDaG). Diensteanbieter müssen deshalb für die Wiedergabe normalerweise eine Erlaubnis vom Rechtsinhaber einholen.

Konsequenz einer unbedingten täterschaftlichen Haftung wäre es, dass rationale Diensteanbieter jeden wiederzugebenden Inhalt auf eine Rechtsverletzung prüfen müssten<sup>121</sup> – eine solche allgemeine Überwachungspflicht der Inhalte soll aber nach Art. 17 Abs. 8 DSM-RL gerade ausgeschlossen werden. Deshalb entlassen Art. 17 Abs. 4 DSM-RL und §§ 1 Abs. 2, 4, 7–11 UrhDaG den Diensteanbieter auch<sup>122</sup> aus der Haftung, wenn er drei speziellen, kumulativ zu erfüllenden Pflichten nach dem UrhDaG nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards nachkommt.

<sup>120</sup> Vgl. *Ohly*, ZUM 2015, 308.

<sup>121</sup> Vgl. *Hofmann*, ZUM 2019, 617, 621.

<sup>122</sup> Keine Verantwortlichkeit besteht außerdem, wenn der Diensteanbieter eine rechtsgeschäftliche Erlaubnis des Rechteinhabers hat und wenn die Nutzung unter eine Schrankenvorschrift fällt. Ob eine Haftung des Diensteanbieters auch dann ausscheidet, wenn sich nur der Nutzer auf eine Schrankenvorschrift berufen kann, war zunächst unklar, weil der Regierungsentwurf sie vorsah, s. BT-Drucks. 19/27426, S. 132; dagegen aber *Hofmann*, ZUM 2020, 665, 666; *Dreier/Schulze/Raue*, § 4 UrhDaG Rn. 7; *BeckOK UrhR/Oster*, § 4 UrhDaG Rn. 3 f.; *Barudi/Barudi*, Das neue UrhR Rn. D.III.2. Rn. 86.

(1) *Lizenzierungspflicht, § 4 Abs. 1 UrhDaG*

Dazu gehört als erstes die Pflicht<sup>123</sup> aus § 4 Abs. 1 UrhDaG, bestmögliche Anstrengungen zu unternehmen, um vertragliche Nutzungsrechte in Bezug auf das betroffene Werk zu erwerben. Der Diensteanbieter erfüllt diese Pflicht gemäß § 4 Abs. 2 UrhDaG, wenn er Nutzungsrechte erwirbt, die ihm entweder angeboten werden (Nr. 1), die über positiv bekannte repräsentative Rechtsinhaber verfügbar sind (Nr. 2) oder die über inländische Verwertungsgesellschaften erworben werden können (Nr. 3). Diensteanbieter sind deshalb nicht verpflichtet, nach Lizenzangeboten von Rechtsinhabern zu forschen, die vereinzelt und ihnen unbekannt sind.<sup>124</sup> Sie können passiv bleiben,<sup>125</sup> bis solche Rechtsinhaber an sie herantreten und mit einem Lizenzierungsangebot die Pflicht nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 UrhDaG auslösen.<sup>126</sup> Sobald der Diensteanbieter auf Rechtsinhaber im Sinne von Nr. 2 und 3 zugegangen ist, liegt es bei den jeweiligen Rechtsinhabern, dem Diensteanbieter die erforderlichen Informationen zum Repertoire zur Verfügung zu stellen.<sup>127</sup>

(2) *Qualifizierte Blockierung, § 7 UrhDaG*

Als zweites muss der Diensteanbieter gemäß § 7 Abs. 1 UrhDaG sicherstellen, dass bestimmte Werke nicht mehr oder gar nicht erst öffentlich wiedergegeben werden („notice and take down“ oder „notice and prevent“<sup>128</sup>) und auch künftig nicht verfügbar sind („notice and stay down“). Die Pflicht bezieht sich nur auf Werke, für die Rechtsinhaber die Blockierung verlangen und die dazu erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen. Rechtsinhaber müssen also aktiv werden und den Diensteanbietern über entsprechende Informationen positive Kenntnis verschaffen, wenn sie ihre Werke unzugänglich halten wollen.<sup>129</sup> Erst wenn diese „Voraussetzung“<sup>130</sup> seitens der Rechtsinhaber erfüllt ist, sind die Diensteanbieter verpflichtet, diese Werke zu blockieren.<sup>131</sup>

<sup>123</sup> Der Regierungsentwurf bezeichnet den Tatbestand wechselweise als „Pflicht“ und „Obliegenheit“, vgl. BT-Drucks. 19/27426, S. 45, 132 f.; hierzu ausführlich *Dregelies*, ZGE 14 (2022), 223.

<sup>124</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 133.

<sup>125</sup> So *Metzger/Senfileben/Derclaye*, JIPITEC 11 (2020), 115, 120.

<sup>126</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 133.

<sup>127</sup> *Metzger/Senfileben/Derclaye*, JIPITEC 11 (2020), 115, 119 Rn. 20.

<sup>128</sup> Passende Bezeichnung von *Pravemann*, GRUR 2019, 783, 786.

<sup>129</sup> So *Spindler*, GRUR 2020, 253, 256; *Peters/Schmidt*, GRUR Int 2019, 1006, 1009; *Volk-mann*, CR 2019, 376 hält einen Eintrag in eine Datenbank nicht für ausreichend, sondern verlangt eine positive Information.

<sup>130</sup> So ausdrücklich BT-Drucks. 19/27426, S. 137.

<sup>131</sup> So zur DSM-RL EuGH ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 89 – Polen/Parlament und Rat: „Da die Übermittlung der Informationen ohne jeden Zweifel die Voraussetzung für die eventuelle Feststellung der Haftung in Bezug auf die Diensteanbieter darstellt, werden diese nämlich ohne diese Informationen nicht dazu veranlasst, dafür zu sorgen, dass die betreffenden Inhalte nicht verfügbar sind“.

Welche Informationen Rechtsinhaber genau zur Verfügung stellen müssen, geben die Richtlinie und das UrhDaG nicht vor. Sie müssen nach dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 a.E. UrhDaG für die Blockierung „erforderlich“ sein, den Diensteanbieter also in die Lage versetzen, die Pflicht zur Blockade zu erfüllen.<sup>132</sup> Dazu sind die beim Diensteanbieter jeweils eingesetzte Technologie und auch der Stand der Technik zu berücksichtigen.<sup>133</sup> Konkret wird es meist um Referenzdateien, Fingerprints und Metadaten der betroffenen Werke gehen.<sup>134</sup> Enthalten sein sollten Angaben zur eigenen Rechtsinhaberschaft und ggf. zum Verhältnis zu anderen betroffenen Rechten am Inhalt.<sup>135</sup> Darüber hinaus kann es für die Beteiligung am Beschwerdeverfahren (§ 14 Abs. 3 UrhDaG) erforderlich sein, dass Rechtsinhaber zudem ihre Kontaktinformationen hinterlassen.<sup>136</sup>

Offen ist daneben, auf welche Weise Rechtsinhaber den Diensteanbietern diese Informationen zur Verfügung stellen müssen. Effizienzgewinne verspricht eine zentralisierte und standardisierte Übermittlung, wie sie etwa durch Verwertungsgesellschaften organisiert und durchgeführt werden könnte.<sup>137</sup> Zwar ist zweifelhaft, ob sich aus Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL und § 7 Abs. 1 UrhDaG ableiten lässt, dass die Informationen *maschinenlesbar* übermittelt werden müssen. Während der europäische Gesetzgeber in anderen Bestimmungen der DSM-RL (vgl. ErwG 18, Art. 4 Abs. 3 DSM-RL) und in anderen Richtlinien (Art. 20 Abs. 1 DSGVO) die Maschinenlesbarkeit ausdrücklich vorgeschrieben hat, ist das bei Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL gerade nicht der Fall.<sup>138</sup> Soweit maschinenlesbare Informationen vorhanden sind, wird durch sie dem Blockadeziel allerdings am besten Rechnung getragen, weil es die Verarbeitung für Diensteanbieter massiv erleichtert.<sup>139</sup> Praktisch bietet sich eine Datenbank an, die von den Diensteanbietern verwaltet und in Kooperation mit den Rechtsinhabern

<sup>132</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 137; Metzger/Pravemann, ZUM 2021, 288, 292.

<sup>133</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 137.

<sup>134</sup> Vgl. Dreier/Schulze/Raue, § 7 UrhDaG Rn. 18; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 7 UrhDaG Rn. 8; Moreno, International Review of Law, Computers & Technology 34 (2020), 153, 158 f.; Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Leitlinien zu Artikel 17 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM(2021) 288 final, S. 17. Regelmäßig ändern sich die Standards allerdings, vgl. Holznagel, ZUM 2020, 1, 6.

<sup>135</sup> Generalanwalt beim EuGH ECLI:EU:C:2021:613, Rn. 205 Fn. 246 – Polen/Parlament und Rat; Dreier/Schulze/Raue, § 7 UrhDaG Rn. 18; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 7 UrhDaG Rn. 8; Conrad/Nolte, ZUM 2021, 111, 118.

<sup>136</sup> Senftleben u. a., JIPITEC 13 (2022), 67, 81 f. Rn. 39.

<sup>137</sup> Vgl. Peters/Schmidt, GRUR Int 2019, 1006, 1016.

<sup>138</sup> So auch Spindler, CR 2020, 50, 55.

<sup>139</sup> Vgl. auch Dreier/Schulze/Raue, § 7 UrhDaG Rn. 18.

aktualisiert wird.<sup>140</sup> Für die Rechtsinhaber geht damit ein entsprechender Personal- und Kostenaufwand einher.<sup>141</sup>

### (3) Einfache Blockierung, § 8 UrhDaG

Die dritte Pflicht der Diensteanbieter liegt darin, die öffentliche Wiedergabe eines Werkes zu blockieren („notice and take down“), sobald ein Rechtsinhaber es verlangt und einen hinreichend begründeten Hinweis auf die unerlaubte Wiedergabe erteilt (vgl. § 8 Abs. 1 UrhDaG). Diese Pflicht ist unabhängig von der qualifizierten Blockierung nach § 7 Abs. 1 UrhDaG und betrifft nicht auch künftige Wiedergaben. Dazu kommt es erst, wenn die Voraussetzungen nach § 7 UrhDaG vorliegen (vgl. § 8 Abs. 3 UrhDaG). Anders als bei der qualifizierten Blockierung reichen hinreichend begründete Hinweise des Rechtsinhabers aus, um die Pflicht auszulösen.<sup>142</sup> In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH sind dazu Angaben erforderlich, die es dem Diensteanbieter ermöglichen, sich ohne eingehende Prüfung davon zu überzeugen, dass die Wiedergabe rechtswidrig ist.<sup>143</sup> Dazu gehören der Fundort, die Bezeichnung des Werks und der Rechtsverletzung und ggf. das Nichteingreifen einer Schranke.<sup>144</sup>

### (4) Beschwerdeverfahren

Schließlich sieht das UrhDaG Beschwerdeverfahren vor, um Streitigkeiten über öffentliche Wiedergaben oder deren Blockierung abzuwickeln. Bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens *müssen* sog. mutmaßlich erlaubte Nutzungen von Diensteanbietern öffentlich wiedergegeben werden, da widerleglich vermutet wird, dass sie gesetzlich erlaubt sind (§ 9 Abs. 1, 2 S. 1 UrhDaG). Das betrifft Inhalte, die weniger als die Hälfte von Werken Dritter enthalten, diese Teile mit anderem Inhalt kombinieren und entweder Werke Dritter nur geringfügig nutzen oder als gesetzlich erlaubt gekennzeichnet sind (§ 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 UrhDaG). Diensteanbieter müssen Rechtsinhaber darüber benachrichtigen (§ 9 Abs. 3 UrhDaG); Rechtsinhaber haben das Recht, die Vermutung mittels einer Beschwerde überprüfen zu lassen. Für die Dauer des Beschwerdever-

---

<sup>140</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 7 UrhDaG Rn. 9; *Moreno*, International Review of Law, Computers & Technology 34 (2020), 153, 161, nach dem solche Datenbanken bisher nur vereinzelt wie etwa in der Musikindustrie existieren.

<sup>141</sup> Holznagel, ZUM 2020, 1, 6.

<sup>142</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 138.

<sup>143</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2021:503, Rn. 116 – YouTube und Cyando; zum Maßstab auch *Raue*, ZUM 2023, 160, 166.

<sup>144</sup> Generalanwalt beim EuGH ECLI:EU:C:2020:586, Rn. 190 – YouTube und Cyando; Dreier/Schulze/Raue, § 8 UrhDaG Rn. 9; *Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Leitlinien zu Artikel 17 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM(2021) 288 final, S. 19 weist auf eine Begründung hin, warum der Hinweisgeber die Inhalte als illegal erachtet.

fahrens, längstens aber eine Woche nach Einlegung des Widerspruchs, sind Diensteanbieter für die Wiedergabe nicht verantwortlich (§ 12 Abs. 2 UrhDaG).

### *bb) Handlungslasten*

Aus dieser Haftungsbefreiung für eine öffentliche Wiedergabe nach § 1 Abs. 2 UrhDaG und dem sich anschließenden Beschwerdeverfahren resultieren Handlungslasten des Urhebers.

#### *(1) Haftungsbefreiung*

Die Lizenzierungspflicht des § 4 Abs. 1 S. 1 UrhDaG erlegt es grundsätzlich Diensteanbietern auf, eine Erlaubnis einzuholen.<sup>145</sup> Für Inhalte, deren Urheber dem Diensteanbieter unbekannt sind und nicht durch eine Verwertungsgesellschaft repräsentiert werden, liegt es allerdings an den Urhebern, den Diensteanbietern ein Lizenzangebot zu machen.<sup>146</sup> Wenn sie kein Angebot unterbreiten, erfüllen Diensteanbieter die Lizenzierungsobliegenheit und es kann zu einer Entlastung und kompensationslosen Nutzung der Inhalte kommen.

Ein Handlungserfordernis für Urheber begründen auch §§ 7, 8 UrhDaG.<sup>147</sup> Die Pflicht zur qualifizierten Blockierung setzt voraus, dass Rechtsinhaber den Diensteanbietern geeignete Informationen über die zu blockierenden Werke übermittelt haben.<sup>148</sup> Ausdrücklich sollen Rechtsinhaber deshalb „in einem ersten Schritt“<sup>149</sup> oder „im Voraus“<sup>150</sup> tätig werden und die Informationen bereitstellen. Auch für die einfache Blockierung ist erforderlich, dass Rechtsinhaber von Diensteanbietern die Blockierung verlangen und einen Hinweis auf die öffentliche Wiedergabe geben. Die Rechtsinhaber tragen also eine „Hinweisobliegenheit“<sup>151</sup>, die Kenntnis der Diensteanbieter durch einen hinreichend begründeten Hinweis herbeizuführen. Wenn sie diese Informationen nicht erteilen, trifft Diensteanbieter keine qualifizierte oder einfache Blockierungspflicht in Bezug auf ihre Werke und sie haften für unerlaubte Wiedergaben nicht.<sup>152</sup>

<sup>145</sup> Dreier/Schulze/Raue, § 4 UrhDaG Rn. 14.

<sup>146</sup> Dreier/Schulze/Raue, Vor UrhDaG Rn. 6.

<sup>147</sup> Dreier/Schulze/Raue, Vor UrhDaG Rn. 6.

<sup>148</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 137; so auch für die DSM-RL EuGH ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 89 – Polen/Parlament und Rat: „Da die Übermittlung der Informationen ohne jeden Zweifel die Voraussetzung für die eventuelle Feststellung der Haftung in Bezug auf die Diensteanbieter darstellt, werden diese nämlich ohne diese Informationen nicht dazu veranlasst, dafür zu sorgen, dass die betreffenden Inhalte nicht verfügbar sind“.

<sup>149</sup> So BT-Drucks. 19/27426, S. 137.

<sup>150</sup> So Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Leitlinien zu Artikel 17 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM(2021) 288 final, S. 15.

<sup>151</sup> So BeckOK UrhR/Oster, § 4 UrhDaG Rn. 7.

<sup>152</sup> Vgl. zur DSM-RL EuGH ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 89 – Polen/Parlament und Rat: „[...] die Haftung der Diensteanbieter für die Sicherstellung der Nichtverfügbarkeit bestimm-

Dass die Enthaltungsvoraussetzungen abhängig vom Verhalten des Rechtsinhabers sind, führt zu einer Handlungslast.<sup>153</sup> Der drohende Nachteil für die Ausschließlichkeit liegt darin, dass Diensteanbieter nach § 1 Abs. 2 UrhDaG ein Werk temporär öffentlich wiedergeben können, ohne dass sie dafür verantwortlich sind. Die Befugnis zur öffentlichen Wiedergabe ist insofern nicht ausschließlich den Rechtsinhabern zugeordnet.<sup>154</sup> Die Enthaltung können sie nur verhindern, indem sie die gebotenen Handlungen vornehmen: ein Angebot unterbreiten, damit die Lizenzierungspflicht greift, und Informationen über die zu blockierenden Werke erteilen, damit die qualifizierte und einfache Blockierungspflicht einsetzen. Es besteht also eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erforderlich macht, um einen Nachteil für seine ausschließlichen Rechte abzuwenden, mithin eine Handlungslast.<sup>155</sup>

## (2) Beschwerdeverfahren

Auch durch das Beschwerdeverfahren kommt es in Bezug auf mutmaßlich erlaubte Nutzungen zu einer Handlungslast für Rechtsinhaber. Es liegt in ihrer Verantwortung, die Vermutung zu erschüttern, dass die Nutzung gesetzlich erlaubt ist (§§ 9 Abs. 2, 5 UrhDaG). Dazu gibt es zwei Wege: Rechtsinhaber können zum einen eine begründete Beschwerde einlegen. Bis zum erfolgreichen Abschluss des Beschwerdeverfahrens bleibt der Inhalt dann online und Diensteanbieter und Nutzer, die den Inhalt hochgeladen haben, sind von der urheberrechtlichen Verantwortung befreit (§ 12 Abs. 2, 3 UrhG). Zum anderen können vertrauenswürdige Rechtsinhaber erklären, dass die Vermutung zu widerlegen ist und es die wirtschaftliche Verwertung des Werkes erheblich beeinträchtigt, wenn die Wiedergabe fort dauern würde (§ 14 Abs. 4 UrhDaG, sog. „roter Knopf“<sup>156</sup>). Dann sind Diensteanbieter ohne Ermessen zur sofortigen Blockierung verpflichtet und ein Beschwerdeverfahren schließt sich an. Erneut tritt eine Rechtslage ein,

---

ter Inhalte nach Art. 17 IV lit. b und c letzter Satzteil RL 2019/790 [kann] nur unter der Voraussetzung ausgelöst werden [...], dass die betreffenden Rechteinhaber ihnen die einschlägigen und notwendigen Informationen über diese Inhalte übermitteln“.

<sup>153</sup> So auch Dreier/Schulze/Raue, Vor UrhDaG Rn. 6.

<sup>154</sup> Hier liegt auch der Unterschied zu bloß faktischen Durchsetzungsschwierigkeiten, mit denen Rechtsinhaber auch vor der Reform schon belastet waren. *Kaesling/Knapp*, MMR 2020, 816, 817 weisen zu Recht darauf hin, dass Rechtsinhaber auch schon zuvor eigenverantwortlich rechtsverletzende Inhalte aufspüren und melden mussten. Allerdings waren Nutzungen auch schon vor dem Tätigwerden des Rechtsinhabers untersagt. Das ändert sich im Anwendungsbereich der DSM-RL wegen § 1 Abs. 2 UrhDaG. Es ist möglich, dass schon *rechtlich* kein Verbotsrecht besteht.

<sup>155</sup> So auch *Jüngels/Raue*, KritV 105 (2021), 83, 102; von einer „Mitwirkungsobliegenheit“ sprechen BT-Drucks. 19/27426, S. 137; Dreier/Schulze/Raue, § 7 UrhDaG Rn. 7; *Hofmann*, ZUM 2020, 665; *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288, 292; vgl. auch *Wandtke/Hauck*, ZUM 2020, 671, 679: „Letztlich sind diese Pflichten des Rechtsinhabers ebenfalls Obliegenheiten, [...]“.

<sup>156</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/27426, S. 47, 143 f.

die eine Handlung des Urhebers erfordert (Vermutung widerlegen oder „roten Knopf“ drücken), damit der normative Normalfall (Verbotsrecht) greift. Darin liegen latente Handlungslasten: Primär muss der Rechtsinhaber die Informationen für die Blockierung zur Verfügung stellen (manifeste Handlungslast), sekundär der Diensteanbieter den Rechtsinhaber von der öffentlichen Wiedergabe unterrichten, woraufhin sich tertiär die latente Last des Rechtsinhabers aktiviert, die Beschwerde zu erheben bzw. den „roten Knopf“ zu drücken.

## 2. Schranken

### a) Text und Data Mining

Die Menge an verfügbaren Daten hat sich durch Fortschritte in der Sensorik und die Prozesse der Digitalisierung und Vernetzung in kurzer Zeit stark vervielfacht. Eine Methode, um das Fortschrittspotential dieser Daten realisieren zu können, ist das Text und Data Mining (TDM). Es ist ein Sammelbegriff für Techniken der automatisierten Analyse von Texten und Daten in digitaler Form, mit deren Hilfe Informationen etwa über Muster, Trends und Korrelationen gewonnen werden können (vgl. Art. 2 Nr. 2 DSM-RL). Auf diesem Wege lassen sich verborgene Zusammenhänge in Informationen identifizieren, die anderenfalls erst durch zeitaufwändige Versuche oder möglicherweise überhaupt nicht erkannt worden wären.<sup>157</sup>

Auch wenn das TDM als solches keine urheberrechtlich relevante Handlung ist,<sup>158</sup> können sich die analysierten Informationen in einer „urheberrechtlich geschützten Hülle“ befinden.<sup>159</sup> Der Anwendungsbereich des Urheberrechts ist dann eröffnet, soweit einzelne Schritte des Minings urheberrechtliche Verwertungsrechte betreffen,<sup>160</sup> etwa durch temporäre Vervielfältigungen bei der Analyse oder ihrer Vorbereitung.<sup>161</sup> Die Schranke des § 44a UrhG deckt die Handlungen nicht vollständig ab, da es sich regelmäßig nicht um flüchtige und wirtschaftlich bedeutungslose Vervielfältigungen handelt.<sup>162</sup> Für Anwender besteht daher Rechtsunsicherheit, ob die Analysehandlungen urheberrechtlich zulässig sind, was dazu führt, dass die Potentiale der Technologie ungenutzt bleiben.<sup>163</sup> Die EU-

<sup>157</sup> Carroll, U.C. Davis L. Rev. 53 (2019), 893, 902.

<sup>158</sup> Bemerkenswerterweise herausgestellt vom europäischen Gesetzgeber in ErwG 9 DSM-RL, vgl. dazu Raue, ZUM 2019, 684, 685.

<sup>159</sup> Raue, ZUM 2019, 684, 685.

<sup>160</sup> Vgl. zu den Schritten jeweils mit unterschiedlichen Betonungen aber sachlich weitgehend übereinstimmend Spindler, GRUR 2016, 1112, 1112; Geiger/Frosiol/Bulayenko, IIC 2018, 814, 817; Specht, ODW 2018, 285; Carroll, U.C. Davis L. Rev. 53 (2019), 893, 903 f.

<sup>161</sup> Vgl. Spindler, GRUR 2016, 1112, 1113; Raue, CR 2017, 656, 656, 659; Carroll, U.C. Davis L. Rev. 53 (2019), 893, 904.

<sup>162</sup> Spindler, GRUR 2016, 1112, 1114 f.; ders., ZGE/IPJ 10 (2018), 273, 278.

<sup>163</sup> Vgl. empirisch zu den Zusammenhängen von Urheberrecht und TDM-Aktivität Handke/Guibault/Vallbé, in: Schmidt/Dobrevä (Hrsg.), New Avenues for Electronic Publishing, S. 120, 127 ff.

Kommission hat deshalb in Art. 4 DSM-RL eine allgemeine TDM-Schranke vorgesehen, die der Gesetzgeber in § 44b UrhG umgesetzt hat.<sup>164</sup>

#### *aa) Inhalt*

Nach § 44b Abs. 2 S. 1 UrhG sind Vervielfältigungen von rechtmäßig zugänglichen Werken zulässig, sofern sie für das TDM erforderlich sind. Allerdings darf die Ausnahme oder Beschränkung nur dann Anwendung finden, wenn Rechteinhaber das jeweilige betroffene Werk nicht ausdrücklich in angemessener Weise mit einem Nutzungsvorbehalt versehen haben (Art. 4 Abs. 3 DSM-RL).<sup>165</sup> Deshalb heißt es in der deutschen Umsetzung: „Nutzungen nach Abs. 2 S. 1 sind nur zulässig, wenn der Rechteinhaber sich diese nicht vorbehalten hat“ (§ 44b Abs. 3 S. 1 UrhG).<sup>166</sup> Für im Internet veröffentlichte Inhalte ist die Untersagung im Einklang außerdem nur dann wirksam, wenn sie in maschinenlesbarer Form erfolgt (Art. 4 Abs. 3 DSM-RL, § 44b Abs. 3 S. 2 UrhG). Bei nicht online veröffentlichten Inhalten dagegen sind maschinenlesbare Mittel nicht zwingend erforderlich (vgl. ErwG 18 UAbs. 2 S. 4 DSM-RL).

#### *bb) Handlungslast*

Durch diese Regelungstechnik entsteht für TDM-Handlungen an urheberrechtlichen Schutzgegenständen eine Handlungslast des Urhebers. Die oktroyierte Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall liegt in der gesetzlichen Freistellung der Nutzung: § 44b Abs. 2 UrhG nimmt Handlungen vom Verbotsrecht aus, die zum Zwecke des TDM erforderlich sind. Deshalb müssen Anwender keine Erlaubnis einholen, sondern können die von der Schranke gedeckten Handlungen ohne weiteres vornehmen. Gleichzeitig stellt die Schranke Nutzungen nicht final frei, sondern räumt dem Urheber die Vorbehaltsmöglichkeit ein. Wenn er einen Nachteil für seine ausschließliche Rechtsposition vermeiden möchte, muss er also tätig werden. Das Ausschließlichkeitsrecht ist nicht – wie üblicherweise bei Schranken – endgültig beschränkt, sondern vom Verhalten des Urhebers abhängig. § 44b UrhG erzeugt damit eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (Vorbehalt erklären), um eine oktroyierte Abweichung vom Verbotsrecht (Freistellung des TDM) abzuwenden.

---

<sup>164</sup> Daneben besteht mit § 60d UrhG eine obligatorische Schranke für nicht-kommerzielle wissenschaftliche Forschung, die auf Art. 3 DSM-RL beruht.

<sup>165</sup> Vgl. auch ErwG 18 UAbs. 2 S. 2 DSM-RL. Die Idee, die Schranke unter den Vorbehalt der Rechteinhaber zu stellen, tauchte zunächst in den Vorschlägen des Ministerrats auf (Rat der Europäischen Union, ST 15651 2017 INIT, S. 4, 19) das Europäische Parlament hat sich diesem Vorschlag angeschlossen (Europäisches Parlament, A8–0245/2018, S. 14).

<sup>166</sup> Die Klarstellung des Richtlinien textes, dass der Nutzungsvorbehalt „ausdrücklich in angemessener Weise“ erklärt werden muss, findet sich im Wortlaut von § 44b Abs. 3 S. 1 UrhG nicht, dazu *Raue*, ZUM 2020, 172, 173.

*b) Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare*

Der demokratische Meinungsbildungsprozess basiert auf einer informierten Öffentlichkeit. Einerseits müssen Meinungen dazu frei geäußert und verbreitet werden, andererseits müssen diese Äußerungen aber auch zur Kenntnis genommen werden können.<sup>167</sup> Aus diesem Grund besteht ein öffentliches Interesse an einer umfassenden und raschen Berichterstattung. Sie muss in Fragen aktuellen Geschehens bereits erschienene Äußerungen aufgreifen und die ihnen immanente Stellungnahme erörtern können.<sup>168</sup> Wenn solche Nutzungen von der Zustimmung des Urhebers abhängen, kann die Entscheidungsgrundlage der Öffentlichkeit unvollständig bleiben und der demokratische Wettbewerb der Ideen wäre behindert. Im Interesse der Allgemeinheit besteht deshalb ein Freihaltebedürfnis für diese Nutzungen, was der Gesetzgeber in § 49 UrhG anerkannt hat.<sup>169</sup>

*aa) Inhalt*

Nach § 49 Abs. 1 UrhG ist es zulässig, einzelne Rundfunkkommentare und einzelne Artikel und damit zusammenhängende Abbildungen zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben, wenn sie politische, wirtschaftliche oder religiöse Tagesfragen betreffen. Die Kommentare und Artikel müssen aus Zeitungen oder lediglich Tagesinteressen dienenden Informationsblättern stammen und dürfen wiederum auch nur dort vervielfältigt und verbreitet werden. Nutzungen sind allerdings nur zulässig, wenn der Rundfunkkommentar oder Artikel nicht mit einem Vorbehalt der Rechte versehen ist (vgl. § 49 Abs. 1 S. 1 a.E. UrhG). Damit soll einerseits den Interessen der Urheber Rechnung getragen,<sup>170</sup> andererseits Rechtssicherheit geschaffen werden.<sup>171</sup> Der Gesetzgeber ging davon aus, dass eine Weiterverbreitung von Äußerungen regelmäßig im Interesse der Zeitung selbst liegt.<sup>172</sup> Falls das ausnahmsweise nicht der Fall sei, könne die Zeitung den Abdruck durch den Vorbehalt untersagen<sup>173</sup> – was in der Praxis aber

<sup>167</sup> Sachs/Bethge, Art. 5 GG Rn. 18.

<sup>168</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 66.

<sup>169</sup> Vorbilder sind zum einen § 7 lit. b des UG des Norddeutschen Bundes von 1870, wonach der Abdruck einzelner Artikel aus Zeitschriften und anderen öffentlichen Blättern nicht als (verbotener) Nachdruck anzusehen ist. Zum anderen kannte das LUG mit dem „Zeitungsparagraph“ in § 18 eine damit verwandte Vorschrift, die den Abdruck einzelner Artikel aus Zeitungen für zulässig erklärt.

<sup>170</sup> Vgl. BGH GRUR 2002, 963 – Elektronischer Pressespiegel.

<sup>171</sup> Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer, § 49 UrhG Rn. 19.

<sup>172</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 66.

<sup>173</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 66.

selten vorkommt.<sup>174</sup> Der Vorbehalt hat dingliche Wirkung, indem er gegenüber jedermann wirkt, der sich auf die Schranke berufen könnte.<sup>175</sup>

Konkrete Vorgaben, wie Urheber den Vorbehalt erklären müssen, gibt § 49 Abs. 1 S. 1 a.E. UrhG nicht. Um Rechtssicherheit zu erreichen, ist entscheidend, dass die Formulierung eindeutig erkennen lässt, dass eine Nutzung ohne Genehmigung des Rechtsinhabers nicht gestattet ist.<sup>176</sup> Für ausreichend gehalten werden etwa die Mitteilungen „(Alle) Rechte vorbehalten“<sup>177</sup>, „Nachdruck verboten“ und „Nachdruck ausgeschlossen“<sup>178</sup>, nicht dagegen die bloße Angabe des Urhebers.<sup>179</sup>

#### *bb) Handlungslast*

Durch die Vorbehaltsmöglichkeit kommt es zu einer Handlungslast des Urhebers. Regel<sup>180</sup> ist nach § 49 Abs. 1 UrhG, dass die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe der Artikel zulässig ist – darin liegt die Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall der Ausschließlichkeit. Wenn ein Werk allerdings mit einem Vorbehalt versehen ist, greift die Schranke nicht. Urheber sind daher gehalten, einen Vorbehalt zu erklären, wenn sie Exklusivität erhalten möchten.<sup>181</sup> Die Ausschließlichkeitsrechte sind deshalb „bedingt“<sup>182</sup>, also nur durch ein weiteres Tätigwerden zu haben. Es besteht eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (Vorbehalt), um eine oktroyierte Abweichung von der Ausschließlichkeit (gesetzliche Lizenz) abzuwenden.

§ 49 Abs. 1 S. 1 a.E. UrhG lässt allerdings offen, wer den Vorbehalt erklären muss, damit er wirksam wird. Die wohl überwiegende Ansicht geht davon aus, dass nur der vom Urheber, dessen Rechtsnachfolger oder Bevollmächtigten er-

<sup>174</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 49 UrhG Rn. 24; Eichelberger/Wirth/Seiferth/Wirth, § 49 UrhG Rn. 3; Dreier/Schulze/Dreier, § 49 UrhG Rn. 10; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, § 49 UrhG Rn. 7; Bisges/Grages, Handbuch Urheberrecht Rn. 326.

<sup>175</sup> Stieper, Schranken des Urheberrechts, S. 202.

<sup>176</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 49 UrhG Rn. 23; Dreier/Schulze/Dreier, § 49 UrhG Rn. 10; Wandtke/Bullinger/Lüft, § 49 UrhG Rn. 11; so auch schon Müller, Das deutsche Urheber- und Verlagsrecht, S. 72.

<sup>177</sup> Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 49 UrhG Rn. 23; BeckOK UrhR/Engels, § 49 UrhG Rn. 14.

<sup>178</sup> Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 49 UrhG Rn. 23; Eichelberger/Wirth/Seiferth/Wirth, § 49 UrhG Rn. 3; Wandtke/Bullinger/Lüft, § 49 UrhG Rn. 11.

<sup>179</sup> Wandtke/Bullinger/Lüft, § 49 UrhG Rn. 11.

<sup>180</sup> Schon im Gesetzgebungsverfahren des UG kam es ausdrücklich auf die Anerkennung der (bereits vorhandenen) Praxis der Nachdruckfreiheit als *Regel* an, vgl. Scheele, Das Deutsche Urheberrecht an literarischen, künstlerischen und photographischen Werken, S. 50.

<sup>181</sup> Insofern hat der Vorbehalt den Charakter „einer das Urheberrecht erhaltenden Rechtshandlung“, s. von Gamm, UrhG Rn. 4; „erhaltend“ mit Blick auf die Situation vor Veröffentlichung des Werkes.

<sup>182</sup> So schon die Terminologie bei Müller, Das deutsche Urheber- und Verlagsrecht, S. 70 in Bezug auf § 18 LUG.

klärte Vorbehalt wirksam ist.<sup>183</sup> Andere halten es für ausreichend, dass überhaupt ein Vorbehalt vorhanden ist.<sup>184</sup> Für gewöhnlich wird vor allem der Urheber ein Interesse an der Geltendmachung des Verbotsrechts haben, deshalb trifft die Handlungslast typischerweise auch ihn.

### c) Verwaiste Werke

Im Laufe der Schutzfrist bis 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers (§ 64 UrhG) kann es leicht passieren, dass ein Werk nicht mehr einem Urheber zugeordnet werden kann.<sup>185</sup> Man spricht dann von einem „verwaisten“ Werk. Es entfällt auf die potenziellen Nutzer solcher Werke, die Urheber aufzuspüren, um eine Erlaubnis einzuholen. Davon werden rationale Nutzer absehen, wenn sich der Urheber nur mit unverhältnismäßig hohen Kosten ausfindig machen lässt.<sup>186</sup> Das Urheberrecht behindert damit den Zugang zu einem signifikanten Teil des kulturellen Erbes – möglicherweise, ohne dass die abwesenden Urheber daran tatsächlich ein Interesse haben. Es herrscht deshalb Einigkeit, dass die Nutzung solcher Werke auch in Abwesenheit der Urheber ermöglicht werden soll.<sup>187</sup> Dazu trat im Oktober 2012 die Verwaiste-Werke-RL in Kraft,<sup>188</sup> deren Vorgaben der deutsche Gesetzgeber in den §§ 61–61c UrhG umgesetzt hat.

### aa) Inhalt

Gegenstand der Regelungen sind Schriftwerke, Filmwerke und Tonträger, die sich im Bestand der betroffenen Institution befinden und bereits veröffentlicht sind (§ 61 Abs. 1, 2 UrhG).<sup>189</sup> Sie gelten nach § 61 Abs. 2 UrhG als verwaist, wenn ihre Rechtsinhaber auch durch eine sorgfältige Suche nicht festgestellt oder ausfindig gemacht werden konnten. Die sorgfältige Suche muss für jeden Schutzgegenstand vor der Nutzung einzeln erfolgen und mindestens die in der Anlage zu § 61a UrhG umfassenden Quellen umfassen.<sup>190</sup> Wenn ein Werk verwaist ist, greift

<sup>183</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/*Melichar/Stieper*, § 49 UrhG Rn. 24; so wohl auch Dreier/*Schulze/Dreier*, § 49 UrhG Rn. 10; Wandtke/Bullinger/*Lüft*, § 49 UrhG Rn. 11.

<sup>184</sup> BeckOK *UrhR/Engels*, § 49 UrhG Rn. 14; Dreier/Kotthoff/Meckel/Hentsch/*Dreyer*, § 49 UrhG Rn. 19; zum UG *Scheele*, Das Deutsche Urheberrecht an literarischen, künstlerischen und photographischen Werken, S. 52.

<sup>185</sup> Die Deutsche Nationalbibliothek etwa spricht für ihren Bestand von konservativ geschätzten 585.000 Buchtiteln, 138.000 Tonträgern und 50.000 Filmen, vgl. BT-Drucks. 17/13423, S. 13; vgl. zu Ursachen und Relevanz *Grages*, Verwaiste Werke, S. 21 ff.

<sup>186</sup> *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 332.

<sup>187</sup> *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321.

<sup>188</sup> Vgl. zur legislativen Entwicklung *Seiler*, ZGE/IPJ 4 (2012), 155, 160 ff.; *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 334 ff.

<sup>189</sup> Sind die Werke unveröffentlicht, dürfen sie genutzt werden, wenn sie bereits mit Erlaubnis des Rechtsinhabers der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden (§ 61 Abs. 4 UrhG). Gänzlich unveröffentlichte Werke fallen damit nicht unter die Schranke, vgl. Wandtke/Bullinger/*Staats*, § 61 UrhG Rn. 29.

<sup>190</sup> Dazu gehören der Katalog der Deutschen Nationalbibliothek, das Verzeichnis liefer-

für öffentlich zugängliche Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archive und Einrichtungen des Film- und Tonerbes eine gesetzliche Lizenz (§ 61 Abs. 2 UrhG): Sie dürfen verwaiste Werke vervielfältigen und öffentlich zugänglich machen, wenn sie dabei zur Erfüllung ihrer im Gemeinwohl liegenden Aufgabe handeln (§ 61 Abs. 5 S. 1 UrhG).

Nach der Gesetzeskonzeption müssen Institutionen Nutzungen allerdings unverzüglich unterlassen, sobald ein Rechteinhaber nachträglich festgestellt oder ausfindig gemacht wird und die Institution davon positive Kenntnis erlangt (§ 61b S. 1 UrhG).<sup>191</sup> Nicht erforderlich ist danach, dass der Urheber auch tatsächlich kontaktiert werden kann.<sup>192</sup> Die Umsetzung steht deshalb nicht im Einklang mit der Konzeption der Verwaiste-Werke-RL.<sup>193</sup> Zwar muss es nach dem Wortlaut von Art. 5 Verwaiste-Werke-RL dem Rechteinhaber nur möglich sein, die Nutzung zu beenden. Allerdings zeigen etwa Art. 6 Abs. 5 und ErwG 18 Verwaiste-Werke-RL, dass die Richtlinie davon ausgeht, dass es nur durch Handeln des Rechteinhabers zur Beendigung des Status als verwaistes Werk kommen kann.<sup>194</sup> Geschützt ist also auch die negative Freiheit von Rechteinhabern, den Status als verwaistes Werk zu tolerieren, etwa wenn sie begrüßen, dass ihr Werk digitalisiert und zugänglich gemacht wird.<sup>195</sup> § 61b S. 1 UrhG ist deshalb richtlinienkonform so auszulegen, dass die Beendigung vom Urheber ausgehen muss.<sup>196</sup>

#### bb) Handlungslasten

Die Regelungen zu verwaisten Werken wirken sich auf die Lastenverteilung aus. Die primäre Verantwortung liegt bei den nutzenden Institutionen. Sie müssen zunächst erfolglos eine sorgfältige Suche durchgeführt haben (§§ 61 Abs. 2 a.E., 61a UrhG). Anschließend besteht die Möglichkeit, das verwaiste Werk gemäß

---

barer Bücher und bestehende Datenbanken und Verzeichnisse, wie etwa die Datenbanken der Verwertungsgesellschaften.

<sup>191</sup> Der Gesetzgeber bezeichnet das als „urheberrechtliche Selbstverständlichkeit“, s. BT-Drucks. 17/13423, S. 17; vgl. zu den Kenntnisanforderungen Schricker/Loewenheim/*Spindler*, § 61b UrhG Rn. 3; Wandtke/Bullinger/*Staats*, § 61b UrhG Rn. 2; grob fahrlässige Unkenntnis dagegen ausreichend nach BeckOK *UrhR/Engels/Hagemeier*, § 61b UrhG Rn. 4.

<sup>192</sup> Kritisch *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 441; *Klass*, GRUR Int 2013, 881, 889; *Spindler/Schuster/Ropeter*, § 61b UrhG Rn. 4, wonach die nachträgliche Feststellung nur eine Recherchepflicht auslöst.

<sup>193</sup> *Max-Planck-Institut für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Stellungnahme v. 20.2.2013, [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/stellungnahme-bmj-urhg\\_2013-3-15-def1\\_01.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/stellungnahme-bmj-urhg_2013-3-15-def1_01.pdf), archiviert unter [perma.cc/5MH4-YT2E](https://perma.cc/5MH4-YT2E), S. 22; *Albrecht*, Verwaiste Werke, S. 484, der deshalb § 61b S. 1 UrhG richtlinienkonform so auslegen will, dass nur der Rechteinhaber den Status beenden kann; vgl. auch *Grünberger*, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 421, 427: „Das überzeugt nicht“.

<sup>194</sup> So auch *Hohlefelder*, Kollektivierung und Opt-Out, S. 174.

<sup>195</sup> *de la Durantaye*, ZUM 2013, 437, 441; *Klass*, GRUR Int 2013, 881, 889 f.

<sup>196</sup> So auch *Albrecht*, Verwaiste Werke, S. 484; vgl. auch *Grünberger*, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 421, 427.

§ 61 Abs. 1 UrhG erlaubnisfrei zu nutzen. Darin liegt eine oktroyierte Abweichung vom normativen Normalfall. Gleichzeitig entsteht ein Handlungserfordernis für Rechtsinhaber: Nutzungen werden erst unzulässig, wenn sie den Status als verwaistes Werk verhindern oder beseitigen, indem sie ihre Rechtsinhaberschaft gegenüber nutzenden Institutionen signalisieren.<sup>197</sup> Es gilt also eine Opt-out-Lösung.<sup>198</sup> Daher besteht eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (Signalisierung der Rechtsinhaberschaft), um eine Abweichung von der Ausschließlichkeit (gesetzliche Lizenz) abzuwenden. Die Belastung des Urhebers wird dabei nicht erst ausgelöst, sobald ein Werk als verwaist gilt. Vielmehr handelt es sich zunächst um eine manifeste Handlungslast: Urheber von veröffentlichten Werken, die sich im Bestand von privilegierten Institutionen befinden, müssen dafür sorgen, dass sie für diese Institutionen jederzeit feststell- und auffindbar sind. Wenn ihnen das nicht gelingt, aktiviert die erfolglose sorgfältige Suche wiederum eine latente Handlungslast.<sup>199</sup>

#### *d) Sammlungen für den religiösen Gebrauch*

##### *aa) Nutzung im liturgischen Interesse nach § 46 Abs. 1 UrhG*

###### *(1) Inhalt*

§ 46 Abs. 1 S. 1 UrhG ermöglicht es Teilnehmern von religiösen Feierlichkeiten, bestimmte Werke erlaubnisfrei zu kultischen Zwecken zu nutzen.<sup>200</sup> Die Schranke rechtfertigt sich durch die besondere Stellung der Kirchen und dem Allgemeininteresse an der Religionspflege im öffentlichen Leben.<sup>201</sup> Voraussetzung ist, dass die Werke Elemente einer Sammlung sind, die für den Gebrauch während religiöser Feierlichkeiten bestimmt ist – also mit Werken mehrerer Autoren vereinigt werden und die Zweckbestimmung in den Vervielfältigungsstücken oder bei der öffentlichen Zugänglichmachung deutlich angegeben ist (§ 46 Abs. 1 S. 2

<sup>197</sup> Vgl. Grünberger, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 354. Aus dem *Google Books*-Verfahren heißt es dazu von Judge Chin: „If copyright owners sit back and do nothing, they lose their rights.“, The Authors Guild et al. v. Google, Inc, 770 F.Supp 2d 666, 681 (S.D.N.Y. 2011).

<sup>198</sup> Wandtke/Bullinger/Staats, § 61b UrhG Rn. 2; Dreier/Schulze/Dreier, § 61b UrhG Rn. 3; Hohlefelder, Kollektivierung und Opt-Out, S. 174; Peifer, GRUR-Prax 2011, 1, 3; Grünberger, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 421, 427; vgl. auch ders., ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 376 ff.

<sup>199</sup> Grünberger, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 376 f., 387 spricht von einer „sekundäre[n] Kooperationslast“.

<sup>200</sup> Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 46 UrhG Rn. 2; BeckOK UrhR/Schulz/Hagemeyer, § 46 UrhG, vor Rn. 1.

<sup>201</sup> Vgl. BVerfG GRUR 1972, 481 – Kirchen- und Schulgebrauch; Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 46 UrhG Rn. 2; BeckOK UrhR/Schulz/Hagemeyer, § 46 UrhG Rn. 1; mit berechtigter Kritik an dieser Privilegierung Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 614.

UrhG).<sup>202</sup> Außerdem muss dem Urheber – oder, falls dessen Anschrift nicht ermittelbar ist, dem Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts<sup>203</sup> – die Absicht der Schrankennutzung mitgeteilt werden (§ 46 Abs. 3 S. 1 UrhG).<sup>204</sup> Diese Mitteilung muss alle Informationen enthalten, die zur Nachprüfung der Voraussetzungen von § 46 Abs. 1 UrhG erforderlich sind, also Urheber, Verleger und Titel der Sammlung, Bezeichnung der Werk(teile) und Auflagenhöhe.<sup>205</sup> Es reicht aus, dass sie mittels eingeschriebenem Brief abgesendet wurde (§ 46 Abs. 3 S. 1 UrhG), sie muss mithin nicht tatsächlich zugehen. Erst nach Ablauf von zwei Wochen nach Absendung darf die Nutzung beginnen (§ 46 Abs. 3 S. 1 letzter Hs. UrhG). Nach § 46 Abs. 5 UrhG kann der Urheber eine Verwertung auf Grundlage der Schranke untersagen. Dieses „Verbotungsrecht“<sup>206</sup> setzt voraus, dass das Werk nicht mehr der Überzeugung des Urhebers entspricht und ihm deshalb die Verwertung des Werkes nicht mehr zugemutet werden kann.<sup>207</sup> Wenn der Urheber jemandem bereits ein Nutzungsrecht am Werk erteilt hat, muss er es zudem nach § 42 Abs. 1 S. 1 UrhG zurückgerufen haben.<sup>208</sup>

## (2) Handlungslast

§ 46 UrhG stellt bestimmte Verwertungshandlungen nach Fristablauf erlaubnisfrei – darin liegt eine Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall. Zugleich entsteht ein Verhaltenserfordernis für Urheber, denn sie können nach § 46 Abs. 5 UrhG Verwertungen verbieten. Tun sie das nicht, „wird eine Genehmigungswirkung [...] zugunsten des privilegierten Verwenders fingiert“<sup>209</sup>. Nur durch einen Rückruf des Nutzungsrechts und einen Widerspruch<sup>210</sup> kann ein Urheber also Nutzungen untersagen.<sup>211</sup> Folglich besteht eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (Rückruf und Widerspruch), um eine Einschränkung des ne-

<sup>202</sup> Zur Sammlung Dreier/Schulze/Dreier, § 46 UrhG Rn. 8; zur Formvorschrift Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 46 UrhG Rn. 11 f.

<sup>203</sup> In der Praxis sind teilweise Verwertungsgesellschaften damit betraut, die Mitteilung entgegenzunehmen, vgl. Dreier/Schulze/Dreier, § 46 UrhG Rn. 18.

<sup>204</sup> Dieses Erfordernis fand erst auf Anregung des Rechtsausschusses Eingang ins UrhG, vgl. Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses zu BT-Drucks. VI/3401, S. 6.

<sup>205</sup> Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 46 UrhG Rn. 21; von Gamm, § 46 UrhG Rn. 16.

<sup>206</sup> So BT-Drucks. IV/270, S. 64; Fromm/Nordemann/Nordemann, § 46 UrhG Rn. 14.

<sup>207</sup> Vgl. zu den Anforderungen Schricker/Loewenheim/Peukert, § 42 UrhG Rn. 18 ff.

<sup>208</sup> Umstritten ist, ob der Rückruf schon vor der Mitteilung erklärt worden sein muss. Dafür: Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 46 UrhG Rn. 24. Für eine Überlegungsfrist: Dreier/Schulze/Dreier, § 46 UrhG Rn. 22; BeckOK UrhR/Schulz/Hagemeyer, § 46 UrhG Rn. 27; noch weiter geht Fromm/Nordemann/Nordemann, § 46 UrhG Rn. 14: „jederzeit“.

<sup>209</sup> So BeckOK UrhR/Schulz/Hagemeyer, § 46 UrhG Rn. 19, 21.

<sup>210</sup> Für das Verbotungsrecht findet sich auch ausdrücklich der Begriff des „Widerspruchsrechts“, s. Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses zu BT-Drucks. VI/3401, S. 6.

<sup>211</sup> Und so „sein volles Verbotungsrecht aus dem Urheberrecht wiederlangen“, von Gamm, § 46 UrhG Rn. 16.

gativen Verbotsrechts (gesetzliche Lizenz) abzuwenden. Darin liegt eine latente Handlungslast: Voraussetzung ist, dass Verwerter zunächst ihre Nutzungsabsicht mitteilen. Wenn sie diese Obliegenheit<sup>212</sup> erfüllt haben, aktiviert sich die Handlungslast des Urhebers.

*bb) Änderungen von Sprachwerken nach § 62 Abs. 5 UrhG*

*(1) Inhalt*

Grundsätzlich soll sich der Urheber ein Werk nur in der Form und Gestaltung zurechnen lassen müssen, wie er es geschaffen hat.<sup>213</sup> Für Nutzungen auf Grundlage einer Schranke gilt deshalb ein Änderungsverbot (§ 62 Abs. 1 S. 1 UrhG). Bei Sprachwerken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch nach § 46 UrhG sind Änderungen dagegen ausnahmsweise zulässig, wenn sie für den religiösen Gebrauch erforderlich sind (§ 62 Abs. 5 S. 1 a.E. UrhG).<sup>214</sup> Sie bedürfen zwar trotzdem einer Einwilligung des Urhebers (§ 62 Abs. 5 S. 2 UrhG).<sup>215</sup> Allerdings gilt die Einwilligung nach § 62 Abs. 5 S. 3 UrhG als erteilt, wenn der Urheber unter bestimmten Voraussetzungen nicht widerspricht. Dazu muss eine Mitteilung der Änderung zuvor dem Urheber oder seinem Rechtsnachfolger gemäß § 130 Abs. 1 BGB zugehen.<sup>216</sup> Wenn der Urheber innerhalb eines Monats keinen Widerspruch erhebt, wird die Erteilung der Einwilligung fingiert.<sup>217</sup> Damit Urheber aus Unkenntnis nicht die Widerspruchsfrist versäumen, müssen sie in der Mitteilung auf diese Rechtsfolge hingewiesen werden.<sup>218</sup>

*(2) Handlungslast*

Die verschränkte<sup>219</sup> Normstruktur des § 62 UrhG modifiziert die urheberrechtliche Lastenverteilung. Wenn die Einwilligung in Änderungen aufgrund der Fik-

<sup>212</sup> So Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 46 UrhG Rn. 19; BeckOK UrhR/Schulz/Hagemeier, § 46 UrhG Rn. 22.

<sup>213</sup> Schricker/Loewenheim/Peukert, § 14 UrhG Rn. 1.

<sup>214</sup> Der Anwendungsfall gilt auch für Änderungen, die für Unterricht und Lehre erforderlich sind, soweit die Änderungen entgegen § 62 Abs. 5 S. 4 UrhG nicht deutlich sichtbar gemacht werden.

<sup>215</sup> Zurückverfolgen lässt sich diese verschränkte Normstruktur bis § 24 S. 3 LUG: Wenn „einzelne Aufsätze, einzelne Gedichte oder kleinere Theile eines Schriftwerkes in eine Sammlung zum Schulgebrauch aufgenommen werden“, waren dafür erforderliche Änderungen gestattet – vorbehaltlich der persönlichen Einwilligung des Urhebers. Es sollte dem Urheber stets vorbehalten bleiben, über Änderungen seines Werkes für Schulbücher zu disponieren, vgl. Müller, Das deutsche Urheber- und Verlagsrecht, S. 95.

<sup>216</sup> Schricker/Loewenheim/Peukert, § 62 UrhG Rn. 22b.

<sup>217</sup> Ursprünglich ging man davon aus, dass in der Mitteilung ein Vertragsangebot liegt, dessen Annahme nach Fristablauf als stillschweigend erteilt fingiert wird, s. Grohmann, Das Recht des Urhebers, Entstellungen und Änderungen seines Werkes zu verhindern, S. 175; von Gamm, § 62 UrhG Rn. 5.

<sup>218</sup> Vgl. BT-Drucks. VI/3264, S. 6.

<sup>219</sup> Deutlicher Schricker/Loewenheim/Peukert, § 62 UrhG Rn. 22b: „[...] überaus kompli-

tion nach § 62 Abs. 5 S. 3 UrhG als erteilt gilt, sind Änderungen ohne Zutun des Rechtsinhabers zulässig – womit vom normativen Normalfall nach § 62 Abs. 1, 5 S. 2 UrhG abgewichen wird. Eine Handlungslast folgt daraus, weil es vom Verhalten des Urhebers abhängt, ob die Fiktion eintritt. Der Urheber ist angehalten, fristgerecht einen Widerspruch zu erklären, um das Verbotsrecht gegenüber Änderungen zu bewahren. Damit besteht eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (Widerspruch), um eine oktroyierte Abweichung von der normalen Ausschließlichkeit (kein Verbotsrecht gegenüber den Änderungen) abzuwenden. Es handelt sich um eine latente Handlungslast: Nutzer müssen in einem ersten Schritt den Urheber über die Änderungen unterrichten, erst dann wird ein Handeln der Urheber erforderlich.

### 3. Einräumung einer Gestattung

#### a) Unbekannte Nutzungsarten

Wenn Rechte an zukünftigen und daher noch unbekannten Nutzungsformen eingeräumt werden sollen, kommt es zu Schwierigkeiten: Das Urheberrecht soll einerseits sicherstellen, dass Urheber an den wirtschaftlichen Früchten der Verwertung ihrer Werke auch dann beteiligt sind, wenn sich die technischen Möglichkeiten weiterentwickeln.<sup>220</sup> Damit lässt sich ein Ausverkauf der Rechte schwer vereinbaren.<sup>221</sup> Andererseits soll es auch dafür sorgen, dass Werke auch unter veränderten technischen Gegebenheiten Teil des Kulturlebens bleiben.<sup>222</sup> Deshalb muss es möglich sein, neue Nutzungsarten jedenfalls in gewissem Maße für die Zukunft einzuräumen. In § 31a UrhG bestimmt der Gesetzgeber den Spielraum für seit dem 1. Januar 2008 zulässige Verträge über unbekannte Nutzungsarten. Zugleich regelt die Übergangsregelung in § 137i UrhG, wie mit Altverträgen umzugehen ist.

#### aa) Inhalt

##### (1) Widerruf nach § 31a Abs. 1 UrhG

Nach § 31a Abs. 1 S. 1 UrhG können Urheber Nutzungsrechtseinträumnungen von unbekannten Nutzungsarten gegenüber dem Vertragspartner oder dem Rechtsinhaber widerrufen.<sup>223</sup> Damit Verwerter Rechtssicherheit haben, können sie die-

---

zierte und im Hinblick auf das generelle Abwägungsgebot gem. § 62 Abs. 1 S. 2 überflüssige Regelung“.

<sup>220</sup> Vgl. BGH GRUR 1974, 786 – Kassettenfilm.

<sup>221</sup> Nach § 31 Abs. 4 UrhG a.F. war die Einräumung von Nutzungsrechten für unbekannte Nutzungsarten deshalb unwirksam.

<sup>222</sup> Vgl. Eichelberger/Wirth/Seifert/Wirth, § 31a UrhG Rn. 1.

<sup>223</sup> Es handelt sich insofern um ein höchstpersönliches Recht, Schrickner/Loewenheim/*Spindler*, § 31a UrhG Rn. 73; Filmurheber sind vom Widerrufsrecht nach § 88 Abs. 1 S. 2 und § 89 Abs. 1 S. 2 UrhG ausgenommen, was zu einer unzulässigen Verfassungsbeschwerde

ses Widerrufsrecht allerdings mit Ablauf einer dreimonatigen Frist zum Erlöschen bringen (§ 31a Abs. 1 S. 4 UrhG). Das setzt voraus, dass sie den Urheber über ihre Nutzungsabsicht informieren und in der Mitteilung die neue Nutzungsart hinreichend konkret bezeichnen.<sup>224</sup> Außerdem wird zum Teil verlangt, dass sie den Urheber in der Mitteilung auch über sein Widerrufsrecht und die Frist belehren.<sup>225</sup> Für den Fristbeginn ist ausreichend, dass Verwerter diese Mitteilung an den Urheber absenden.

## (2) Übergangsregelung nach § 137l Abs. 1 UrhG

§ 137l UrhG bewirkt eine Einräumungsfiktion<sup>226</sup> für Altverträge: Wenn der Urheber im Zeitraum vom 1. Januar 1966 bis zum 31. Dezember 2007 einer anderen Partei alle wesentlichen<sup>227</sup> Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt eingeräumt oder sich dazu verpflichtet hat,<sup>228</sup> gelten auch alle unbekannten Nutzungsrechte der anderen Partei als eingeräumt. Es handelt sich dabei nach überwiegender Ansicht um eine gesetzliche Lizenz, die akzessorisch zum ursprünglichen Vertrag ist.<sup>229</sup> Die Fiktion gilt unabhängig davon, ob der Verwerter das Recht nutzen möchte.<sup>230</sup> Sie hat allerdings eine Voraussetzung: Der Urheber darf der Nutzung nicht widersprochen haben (§ 137l Abs. 1 S. 1 letzter Hs. UrhG). Der Widerspruch ist eine formlose<sup>231</sup> einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gegenüber dem Vertragspartner oder dem Inhaber der Nutzungsrechte (vgl. § 137l Abs. 2 UrhG).<sup>232</sup> Er schützt das Vertrauen der Urheber,

---

geführt hat, s. BVerfG GRUR 2010, 332 – Nutzungsrechte für noch nicht bekannte Nutzungsarten.

<sup>224</sup> Schricker/Loewenheim/Spindler, § 31a UrhG Rn. 91; Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 31a UrhG Rn. 84; Dreier/Schulze/Schulze, § 31a UrhG Rn. 107.

<sup>225</sup> Jedenfalls in vertraglichen Beziehungen Dreier/Schulze/Schulze, § 31a UrhG Rn. 91; Dreier/Schulze/Schulze, § 31a UrhG Rn. 108; a.A. Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 31a UrhG Rn. 73, 84.

<sup>226</sup> Häufig missverständlich als „Übertragungsfiktion“ bezeichnet, vgl. etwa BT-Drucks. 16/1828, S. 33; BeckOK UrhR/Soppe, § 137l UrhG Rn. 37; dagegen Wandtke/Bullinger/Jani, § 137l UrhG Rn. 16.

<sup>227</sup> Zu bestimmen nach dem Zweck der Einräumung, vgl. Wandtke/Bullinger/Jani, § 137l UrhG Rn. 11; Dreier/Schulze/Schulze, § 137l UrhG Rn. 24; Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Spindler, § 137l UrhG Rn. 31; so auch ausdrücklich BT-Drucks. 16/1828, S. 33.

<sup>228</sup> Die Verpflichtung ist ausreichend für Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Spindler, § 137l UrhG Rn. 14; BeckOK UrhR/Soppe, § 137l UrhG Rn. 5; Fromm/Nordemann/J. Nordemann, § 137l UrhG Rn. 5; a.A. Wandtke/Bullinger/Jani, § 137l UrhG Rn. 7: nur mit dinglicher Wirkung.

<sup>229</sup> Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Spindler, § 137l UrhG Rn. 1; Wandtke/Bullinger/Jani, § 137l UrhG Rn. 17 m.w.N.; Berger, GRUR 2005, 907, 910.

<sup>230</sup> Wandtke/Bullinger/Jani, § 137l UrhG Rn. 17.

<sup>231</sup> Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Spindler, § 137l UrhG Rn. 41; BeckOK UrhR/Soppe, § 137l UrhG Rn. 17 f.; Dreier/Schulze/Schulze, § 137l UrhG Rn. 44.

<sup>232</sup> BeckOK UrhR/Soppe, § 137l UrhG Rn. 17; Wandtke/Bullinger/Jani, § 137l UrhG Rn. 46; Dreier/Schulze/Schulze, § 137l UrhG Rn. 44.

dass ihre Werke nicht ohne weiteres auf neue Nutzungsarten verwertet werden.<sup>233</sup> Das Widerspruchsrecht erlischt drei Monate nachdem der Inhaber der Nutzungsrechte dem Urheber mitgeteilt hat, dass eine neue Art der Werknutzung beabsichtigt ist und welches Werk davon betroffen ist (vgl. § 137l Abs. 1 S. 3 UrhG).<sup>234</sup> Diese Mitteilung muss dem Urheber nicht zugehen; die Absendung an die zuletzt bekannte Anschrift des Urhebers genügt, um die Frist auszulösen.<sup>235</sup> Rechtsfolge eines wirksamen und fristgerecht erklärten Widerspruchs ist, dass die Einräumungsfiktion nicht eintritt (vgl. § 137l Abs. 1 S. 1 letzter Hs. UrhG) und die Rechte beim Urheber verbleiben. In der Praxis hat das Widerspruchsrecht nur eine geringe Bedeutung erlangt.<sup>236</sup>

#### *bb) Handlungslasten*

Sowohl § 31a als auch § 137l UrhG wirken sich auf die urheberrechtliche Lastenverteilung aus und führen – teilweise – zu Handlungslasten des Urhebers.

##### *(1) Widerruf*

Zunächst könnte die Widerrufsmöglichkeit nach § 31a Abs. 1 S. 3 UrhG eine Handlungslast erzeugen. Wenn der Urheber Nutzungen auf unbekannte Nutzungsarten verhindern will, muss er erstens für Absichtsmitteilungen des Verwerter erreichbar sein, also etwaige Adressänderungen mitteilen.<sup>237</sup> Passenderweise spricht man insofern in der Literatur von einer „Mitteilungslast“<sup>238</sup> oder auch „Obliegenheit“<sup>239</sup> des Urhebers. Zweitens muss er fristgerecht den Widerruf erklären, da anderenfalls die Rechte an den zuvor unbekannten Nutzungsarten beim Nutzer verbleiben. § 31a Abs. 1 UrhG macht also ein Verhalten des Urhebers erforderlich, um bestimmte Nutzungen untersagen zu können. Allerdings ist diese Abweichung nicht oktroyiert. Voraussetzung für § 31a UrhG ist, dass der Urheber der anderen Partei Rechte an unbekannten Nutzungsarten einräumen wollte – und genau das geschieht auch. Die Norm führt also nicht zu einer unfreiwilligen Belastung. Die einzige Rechtsfolge, die der Urheber nicht selbst unmittelbar herbeigeführt hat, ist das Widerrufsrecht. Darin liegt aber keine negative Abweichung gegenüber dem normativen Normalfall, sondern vielmehr die

<sup>233</sup> BT-Drucks. 16/1828, S. 33; vgl. auch Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Spindler, § 137l UrhG Rn. 1.

<sup>234</sup> Zum Erfordernis, das betroffene Werk zu nennen, s. Wandtke/Bullinger/Jani, § 137l UrhG Rn. 56.

<sup>235</sup> Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Spindler, § 137l UrhG Rn. 44; Dreier/Schulze/Schulze, § 137l UrhG Rn. 62 f.

<sup>236</sup> Vgl. Fromm/Nordemann/J. Nordemann, § 137l UrhG Rn. 1, 26.

<sup>237</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/5939, S. 44: „Damit kommt es dem Urheber zu, im eigenen Interesse dafür zu sorgen, dass seine aktuelle Adresse dem Verwerter bekannt ist und so die Erreichbarkeit gewährleistet ist.“

<sup>238</sup> Dreier/Schulze/Schulze, § 31a UrhG Rn. 109.

<sup>239</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 31a UrhG Rn. 86.

Möglichkeit, zum Normalfall zurückzukehren. Es begründet keine Handlungsbelastung, sondern eine Handlungsmöglichkeit. Bei § 31a UrhG handelt es sich deshalb nicht um eine Handlungslast.

## (2) Übergangsregelung

Auch unter § 137I UrhG müssen sich Urheber für Mitteilungen von Verwertern zu beabsichtigten Nutzungen bereithalten, da sie das Empfangsrisiko tragen (vgl. § 137I Abs. 1 S. 3 a.E. UrhG). Außerdem müssen sie einen Widerspruch erklären, wenn sie verhindern wollen, dass die Einräumungsfiktion eintritt. Anderenfalls droht eine Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall: § 137I UrhG fingiert, dass die Rechte an unbekannten Nutzungsarten der anderen Vertragspartei eingeräumt sind – Urheber verlieren also die exklusive Zuordnung dieser Nutzungen. Damit besteht eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (Widerspruch), um eine Abweichung vom Normalfall der Ausschließlichkeit (Teilverlust des negativen Verbotsrechts) abzuwenden. Diese Abweichung ist auch oktroyiert: Die Belastung aus § 137I UrhG setzt zwar voraus, dass der Urheber der anderen Partei wesentliche Nutzungsrechte eingeräumt hat. Allerdings liegt darin – im Unterschied zu § 31a Abs. 1 UrhG – gerade keine Einräumung von unbekannten Nutzungsrechten. Vielmehr ist dem zu widersprechen, „was ohne vorheriges Zutun abverlangt wird“.<sup>240</sup> Während § 31a UrhG also erlaubt, eine *rechtsgeschäftliche* Vereinbarung nachträglich zu revidieren, beseitigt § 137I UrhG die Folgen einer *gesetzlich angeordneten* Rechtseinräumung.<sup>241</sup> Es handelt sich damit um eine latente Handlungslast, die durch die Mitteilung aktiviert wird.

## b) Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung

Weil es immer vielfältigere Nutzungsmöglichkeiten gibt, wird es für Urheber zunehmend schwieriger, ihre Rechte individuell auszuüben und für Nutzer aufwändiger, von jedem betroffenen Urheber eine Erlaubnis einzuholen. Eine Lösung für diese Probleme bieten Verwertungsgesellschaften, indem sie Vergütungsansprüche und Ausschließlichkeitsrechte kollektiv verwalten und durchsetzen. Wenn Nutzungen eine große Anzahl von Werken und Urhebern betreffen, wird es allerdings immer auch Werke von Urhebern geben, die sich mangels Wahrnehmungsmandat nicht im Repertoire einer Verwertungsgesellschaft befinden. Nutzer müssten also dennoch prüfen, welche betroffenen Werke sich nicht im Katalog der Verwertungsgesellschaft befinden und diese Werke individuell lizenzieren. An diesem Punkt setzen kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung (EKL) an: Sie ermöglichen es den Verwertungsgesellschaften, Rechte auch an Werken von sog. Außenstehenden einzuräumen. Damit sind Rechtsinhaber gemeint, die nicht in einem Wahrnehmungsverhältnis zu einer Verwertungsgesellschaft stehen

<sup>240</sup> Treffend formuliert bei Dreier/Schulze/Schulze, § 137I UrhG Rn. 41.

<sup>241</sup> Mestmäcker/Schulze/Scholz, § 137I UrhG Rn. 24.

(vgl. § 7a VGG), zu deren Rechtewahrnehmung die Verwertungsgesellschaft also eigentlich nicht berechtigt ist.<sup>242</sup> Art. 12 DSM-RL sieht eine solche EKL vor, deren Vorgaben der deutsche Gesetzgeber in §§ 51 ff. VGG umgesetzt hat.

#### aa) Inhalt

Nach § 51 VGG kann eine Verwertungsgesellschaft Nutzungsrechte auch am Werk eines Außenstehenden einräumen, wenn sie einen Vertrag über die Nutzung ihres Repertoires abschließt (§ 51 Abs. 1 VGG).<sup>243</sup> Sie erhält die dazu erforderlichen Rechte im Wege einer Berechtigungsfiktion gemäß § 51 Abs. 1 VGG eingeräumt.<sup>244</sup> Der Vertrag ist allerdings nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig: Zunächst muss die Verwertungsgesellschaft die vertragsgegenständlichen Rechte für eine ausreichend große Zahl von Rechtsinhabern bereits wahrnehmen (§§ 51a Abs. 1 Nr. 1, 51b Abs. 1 VGG). Daneben muss die Verwertungsgesellschaft auf ihrer Internetseite Informationen bereitstellen: über ihre Fähigkeit, EKL zu vergeben und deren Wirkungen für Außenstehende, die Nutzungsarten, Werkarten und Gruppen von Rechtsinhabern, die in die Lizenzen einbezogen werden sollen sowie das Recht des Außenstehenden zum Widerspruch (§ 51a Abs. 1 Nr. 4 lit. a – d VGG). Unerheblich ist aber, ob der Außenstehende diese Informationen auch zur Kenntnis nimmt.<sup>245</sup> Zudem muss die Einholung der Nutzungserlaubnis von allen betroffenen Außenstehenden durch den Nutzer oder die Verwertungsgesellschaft unzumutbar sein (§ 51a Abs. 1 Nr. 2 VGG) und die Rechtseinräumung darf nur inländische Nutzungen gestatten (§ 51a Abs. 1 Nr. 3 VGG).

Schließlich steht die Rechtseinräumung unter der Bedingung, dass Rechtsinhaber keinen Widerspruch erhoben haben.<sup>246</sup> Der Widerspruch kann ohne besondere Voraussetzungen, auch beschränkt auf bestimmte Nutzungen und Werke, erklärt werden und ist an die Verwertungsgesellschaft zu richten (vgl. § 51 Abs. 2 VGG).<sup>247</sup> Die EKL ist einerseits aufschiebend bedingt, weil sie erst wirksam wird, wenn der Außenstehende nicht fristgerecht widersprochen hat (§ 51a Abs. 1 Nr. 5 VGG). Vor der Nutzung muss eine für den Einzelfall angemessene Frist von mindestens 3 Monaten ohne Widerspruch ablaufen.<sup>248</sup> Andererseits ist

<sup>242</sup> *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 87.

<sup>243</sup> Für nicht verfügbare Werke besteht mit den §§ 52 ff. VGG ein eigenes Regime, s. C.III.3.c)aa).

<sup>244</sup> Dennoch handelt es sich nicht um eine Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit nach dem herkömmlichen Verständnis, weil durch das Veto-Recht eine individuelle Wahrnehmung des Verwertungsrechts möglich bleibt, *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 331 f.

<sup>245</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 122.

<sup>246</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 121.

<sup>247</sup> *Staats*, ZUM 2020, 728, 710.

<sup>248</sup> Damit ggf. kürzer als bei nicht verfügbaren Werken mit 6 Monaten in § 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5 VGG; der Regierungsentwurf begründet das mit dem Bedürfnis nach schnelleren Nutzungsmöglichkeiten bei der EKL, vgl. BT-Drucks. 19/27426, S. 122 f.

die EKL auflösend bedingt, weil ein Widerspruch auch nach Fristablauf möglich ist (vgl. § 51 Abs. 2 VGG).<sup>249</sup> Die Befugnis zur Nutzung endet dann ex nunc;<sup>250</sup> die bisherige Nutzung ist zu vergüten und innerhalb einer angemessenen Frist zu beenden.<sup>251</sup>

#### bb) Handlungslast

EKL wirken sich auf die urheberrechtliche Lastenverteilung aus. Auslöser dafür ist eine Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall: Weil eine Berechtigung der Verwertungsgesellschaft fingiert wird, werden außenstehende Urheber in Lizenzverträge einbezogen, denen sie nicht zugestimmt haben. Auf dieser Grundlage können Nutzungen ohne ihre Erlaubnis zulässigerweise vorgenommen werden. Darin liegt eine vom Normalfall abweichende Einschränkung des Verbotsrechts.<sup>252</sup> Wenn außenstehende Urheber die Wirkung der EKL verhindern und den Normalfall bewahren möchten, müssen sie widersprechen.<sup>253</sup> Mit einem fristgerechten Widerspruch vereiteln sie die Abweichung; wenn sie nach Ablauf der Frist widersprechen, beseitigen sie sie. Es besteht also eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (Widerspruch), um oktroyierte Abweichungen von der Ausschließlichkeit (Nutzungsrecht auf Grundlage einer EKL) abzuwenden. Es handelt sich um eine latente Handlungslast, weil die Verwertungsgesellschaft zunächst Informationen über die Teilnahme am Modell der EKL und die Wirkung für Außenstehende publizieren muss. Sie löst dadurch den Beginn der Widerspruchsfrist und damit die Handlungslast des Urhebers aus.

#### c) Nicht verfügbare Werke

Im Gegensatz zu verwaisten Werken sind die Urheber nicht verfügbarer, sog. „vergriffener“ Werke zwar bekannt, das Werk ist allerdings nicht mehr erhältlich. Auch wenn es sich für Urheber solcher Werke nicht lohnen mag, sie kommerziell zu vertreiben, kann an ihrer Nutzung ein Interesse bestehen: Nutzer wie Kulturerbe-Einrichtungen können so ihrem öffentlichen Auftrag nachkommen, die Öffentlichkeit bekommt Zugang zu kulturellen Ressourcen und Rechtsinhaber können Erlöse generieren, die anderenfalls nicht anfielen.<sup>254</sup> Es herrscht deshalb eine im Urheberrecht seltene Einigkeit darüber, den Zugang zu nicht verfügbaren Werken zu ermöglichen.<sup>255</sup> Um für Einrichtungen des Kulturerbes nach der Sou-

<sup>249</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 121.

<sup>250</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 121; *Staats*, ZUM 2020, 728, 732.

<sup>251</sup> Vgl. ErwG 48 Abs. 2, *Staats*, ZUM 2020, 728, 709; anders in den nordischen Ländern, wo die Nutzung unmittelbar zu beenden ist, *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 307 f.

<sup>252</sup> So auch *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 340 ff.

<sup>253</sup> Es kommt also zu einem Opt-out-System, s. *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 305, 526 ff.; *Zhang*, IIC 2016, 640, 669; *de la Durantaye*, GRUR 2020, 7, 13.

<sup>254</sup> *Guibault/Schroff*, IIC 2018, 916, 917.

<sup>255</sup> *So de la Durantaye*, GRUR 2020, 7.

lier und Doke-Entscheidung des EuGH<sup>256</sup> einen klaren Rechtsrahmen zu schaffen,<sup>257</sup> hat sich der europäische Gesetzgeber den nicht verfügbaren Werken in Art. 8 ff. DSM-RL angenommen. Die Vorgaben sind in den §§ 61d ff. UrhG, 52 ff. VGG umgesetzt.

#### aa) Inhalt

Ein Werk ist nach § 52b Abs. 1 VGG „nicht verfügbar“, wenn es auf keinem üblichen Vertriebsweg der Allgemeinheit in einer vollständigen Fassung angeboten wird.<sup>258</sup> Erfasst sind alle Arten von Werken und sonstigen Schutzgegenständen, auch wenn sie nicht veröffentlicht oder für den Handel bestimmt waren (vgl. § 52e VGG, §§ 2, 3 NvWV).<sup>259</sup> Wenn eine Kulturerbe-Einrichtung<sup>260</sup> erfolglos einen vertretbaren Aufwand betrieben hat, um Angebote für einen Erwerb zu ermitteln, wird unwiderleglich vermutet, dass ein Werk nicht verfügbar ist (§ 52b Abs. 2 VGG).

Repräsentative Verwertungsgesellschaften (vgl. §§ 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 51b VGG) müssen Nutzungsrechte über eine EKL auch am Werk eines Außenstehenden einräumen, wenn sie Verträge über Nutzungen von nicht verfügbaren Werken aus ihrem Repertoire mit inländischen Einrichtungen des Kulturerbes abschließen (§ 52 Abs. 1 VGG). Wenn keine repräsentative Verwertungsgesellschaft vorhanden ist, greift dagegen eine Freistellung der Nutzung: Kulturerbe-Einrichtungen dürfen dann nicht verfügbare Werke aus ihrem Bestand zu nicht-kommerziellen Zwecken vervielfältigen (lassen) und der Öffentlichkeit zugänglich machen (§ 61d Abs. 1 UrhG).<sup>261</sup>

Allerdings können Rechtsinhaber der Nutzung jederzeit gegenüber dem Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) widersprechen (§ 52 Abs. 2 VGG, § 61d Abs. 2 UrhG).<sup>262</sup> Auf Information des EUIPO prüft die re-

<sup>256</sup> Der EuGH hielt eine französische Regelung für unzulässig, die es zugelassenen Verwertungsgesellschaften gestattete, Rechte an nicht verfügbaren Büchern ohne Zustimmung auszuüben, wenn die Rechtsinhaber nicht fristgerecht widersprachen. Sie gewährleistete keine implizite Zustimmung, weil Rechtsinhaber nicht stets tatsächlich und individuell über eine geplante Nutzung ihrer Werke informiert sind, vgl. EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 43 ff. – Soulier und Doke. S. dazu noch unten D.V.3.b).

<sup>257</sup> Vgl. ErwG 30 DSM-RL.

<sup>258</sup> Für Werke, die in Schriften veröffentlicht wurden, gilt dies nur, wenn seit der letzten Veröffentlichung mindestens 30 Jahre vergangen sind, § 52b Abs. 3 VGG.

<sup>259</sup> Für nicht veröffentlichte Werke ist eine Einzelfallabwägung zwischen Informationsinteresse und Eingriff in das Urheberpersönlichkeitsrecht anzustellen, § 3 NvWV.

<sup>260</sup> Bibliotheken und Museen, sofern sie öffentlich zugänglich sind, sowie Archive und Einrichtungen im Bereich des Film- oder Tonerbes, § 61d Abs. 3 Nr. 1 UrhG.

<sup>261</sup> Insoweit handelt es sich um eine Schrankenregelung, die zu den unter C.III.2. erläuterten Anwendungsfällen gehört. Aufgrund des Sachzusammenhangs wird sie ebenfalls hier erläutert.

<sup>262</sup> Dieses Modell fand sich schon in § 51 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 VGG-alt, § 13d Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 UrhWG.

präsentative Verwertungsgesellschaft oder anderenfalls die Kulturerbe-Einrichtung den Widerspruch. Ist er berechtigt, sind begonnene Nutzungen innerhalb eines Monats zu beenden und künftige Nutzungen sofort zu unterlassen; dauert die Prüfung der Berechtigung an, sind begonnene Nutzungen spätestens nach zwei Monaten einzustellen (§§ 4, 5 NvWV). Kenntnis von den Nutzungen erhalten Rechtsinhaber über ein Portal des EUIPO im Internet.<sup>263</sup> Verwertungsgesellschaft oder Kulturerbe-Einrichtung müssen dem EUIPO dazu Informationen zu den betroffenen Werken,<sup>264</sup> der Nutzung (im Fall der EKL: den Vertragsparteien, den vereinbarten Nutzungsrechten, dem Geltungsbereich der Lizenz) und zum Widerspruchsrecht der Außenstehenden übermitteln (§ 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VGG, § 61d Abs. 3 UrhG). Erst wenn der Rechtsinhaber der Nutzung nicht innerhalb von sechs Monaten seit Bekanntgabe der Informationen widersprochen hat, ist die Rechtseinräumung wirksam (§ 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VGG) und eine öffentliche Zugänglichmachung auf Grundlage der Schranke zulässig (§ 61d Abs. 3 S. 2 UrhG).<sup>265</sup>

#### *bb) Handlungslasten*

Die Vorschriften für nicht verfügbare Werke bedeuten eine oktroyierte Abweichung vom Normalfall. Urheber können Nutzungen der Kulturerbe-Einrichtungen nämlich nicht mehr untersagen, wenn Einrichtungen Nutzungsrechte über eine EKL erworben haben oder ihre Nutzungen nach § 61d Abs. 1 UrhG zulässig sind. Wenn ein Werk also in den Status als nicht verfügbar gerät, ist das Verbotsrecht insoweit beschränkt. Gleichzeitig kommt es zu Handlungserfordernissen für Urheber, wenn sie Nutzungen untersagen wollen: Nicht verfügbar sind Werke, die auf keinem üblichen Vertriebsweg angeboten werden – für die Rechtsinhaber also gerade kein Angebot schaffen, sondern untätig bleiben. Urheber, die Nutzungen nicht dulden wollen, können ihre Werke also entweder kommerziell verfügbar halten oder sie erklären einen Widerspruch. Dann kann es nicht (mehr) zu legalen Nutzungen durch eine Kulturerbe-Einrichtung kommen, weil die Rechtseinräumung durch die EKL nicht wirksam ist und § 61d UrhG tatbestandlich nicht greift. Es besteht damit eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (kommerzielles Verfügbarhalten und Widerspruch), um Einschränkungen des Verbotsrechts (Nutzungsrecht durch EKL oder Freistellung der Nutzung) abzuwenden.

Die Handlungslast, Werke kommerziell verfügbar zu halten, ist manifest – die Last, den Widerspruch zu erheben, dagegen sekundär, weil Handlungen des Nutzers vorausgehen: In den Genuss der unwiderleglichen Vermutung, dass ein Werk nicht verfügbar ist, gelangt die Kulturerbe-Einrichtung nur, wenn sie erfolglos

<sup>263</sup> Abrufbar unter <https://euiipo.europa.eu/out-of-commerce/>.

<sup>264</sup> Werkart, der Werktitel oder eine Beschreibung, der Urheber und sonstige Rechtsinhaber sowie Jahr und Ort einer etwaigen Veröffentlichung (§ 1 Abs. 1 S. 1 NvWV).

<sup>265</sup> Vervielfältigungen sind bereits mit Bekanntgabe der Information zulässig, § 52a Abs. 1 S. 2 VGG, e. contr. § 61d Abs. 3 S. 3 UrhG.

Angebote zu ermitteln versucht hat (§ 52b Abs. 2 VGG). Außerdem muss sie ggf. eine Transaktion mit einer Verwertungsgesellschaft einleiten oder Informationen an das EUIPO übermitteln. Die Regelungen eliminieren Handlungserfordernisse der Nutzer also nicht völlig, sondern reduzieren sie in ihrem Umfang.

*d) Ausstellung nach Veräußerung des Werkoriginals durch den Eigentümer*

Die Rechtsordnung geht von einer prinzipiellen Trennung von Urheberrecht und Sacheigentum aus.<sup>266</sup> Wenn die Inhaberschaft des Sacheigentums am Werkstück und des Urheberrechts am immateriellen Werk auseinanderfallen, müssen sie daher abgestimmt werden, damit die Befugnisse nicht kollidieren.<sup>267</sup> Das betrifft etwa den Fall, dass der Urheber das Original eines Werkes veräußert: § 44 Abs. 1 UrhG stellt als Auslegungsregel dafür die Vermutung auf, dass der Urheber dem Erwerber „im Zweifel“ durch die Veräußerung keine urheberrechtlichen Befugnisse einräumt.<sup>268</sup> Dieser Regel fügt § 44 Abs. 2 UrhG eine praxisrelevante Ausnahme<sup>269</sup> hinzu.

*aa) Inhalt*

Wenn der Urheber ein noch nicht veröffentlichtes Werkoriginal der bildenden Künste oder ein Lichtbildwerk veräußert, ist der Eigentümer berechtigt, das Werk öffentlich auszustellen. Das gilt nur dann nicht, wenn der Urheber dies bei der Veräußerung ausdrücklich ausgeschlossen hat. Die Vermutung des § 44 Abs. 1 UrhG kehrt sich für das Ausstellungsrecht also um<sup>270</sup> – es geht grundsätzlich auf den Erstwerber und andere spätere Eigentümer über. Der Gesetzgeber begründet die Norm mit der Interessenlage bei einer solchen Veräußerung: Es entspräche der Lebenserfahrung, dass etwa Maler oder Bildhauer mit der Ausstellung auch von nicht veröffentlichten Werken einverstanden sind, weil sie das Werk durch die Veräußerung gerade endgültig aus der persönlichen Sphäre entließen.<sup>271</sup> In der vorbehaltlosen Veräußerung liegt nach überwiegender Ansicht in der Literatur daher zugleich eine stillschweigende Zustimmung zur Ausstellung.<sup>272</sup>

<sup>266</sup> Vgl. BGH GRUR 1974, 675 – Schulerweiterung; BGH GRUR 1995, 673 – Mauerbilder; Erdmann, in: Erdmann/Gloy/Herber (Hrsg.), FS Piper, S. 655, 656 f.

<sup>267</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Vogel, § 44 UrhG Rn. 1; Erdmann, GRUR 2011, 1061.

<sup>268</sup> Schricker/Loewenheim/Vogel, § 44 UrhG Rn. 5; Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 44 UrhG Rn. 1; Fromm/Nordemann/J. Nordemann, § 44 UrhG Rn. 1; Dreier/Schulze/Schulze, § 44 UrhG Rn. 1.

<sup>269</sup> Vgl. zum Ausnahmeharakter Schricker/Loewenheim/Vogel, § 44 UrhG Rn. 7; Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 44 UrhG Rn. 17; Fromm/Nordemann/J. Nordemann, § 44 UrhG Rn. 9; Erdmann, in: Erdmann/Gloy/Herber (Hrsg.), FS Piper, S. 655, 662 ff.

<sup>270</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Vogel, § 44 UrhG Rn. 18.

<sup>271</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 63; mit Verweis auf immer wieder auftretende Konflikte zum Ausstellungsrecht bezweifelnd Erdmann, in: Erdmann/Gloy/Herber (Hrsg.), FS Piper, S. 655, 662 f.

<sup>272</sup> Loewenheim/Schulze, Handbuch des Urheberrechts, § 76 Rn. 27; Schricker/Loewen-

Entschärft wird die Regelung, indem Urheber die Rechtseinräumung ausschließen können. Ein solcher Vorbehalt muss ausweislich des Wortlauts „ausdrücklich“ und „bei der Veräußerung“ erklärt werden – konkludentes Verhalten und eine Erklärung außerhalb des Vertrages zwischen Urheber und Eigentümer genügen deshalb nicht.<sup>273</sup> Der Vorbehalt hat dingliche Wirkung, gilt also auch gegenüber Personen, an die der Eigentümer das Werkstück weiterveräußert hat und die keine Kenntnis vom Vorbehalt haben.<sup>274</sup> In der Praxis ist die Möglichkeit des Vorbehalts allerdings kaum bekannt und seine Erklärung selten.<sup>275</sup>

#### *bb) Handlungslast*

Grundsätzlich gehen Unklarheiten bei der Veräußerung eines Werkoriginals zu Lasten des Erwerbers; er trägt die Spezifizierungslast (vgl. §§ 31 Abs. 5 S. 2, 44 Abs. 1 UrhG). § 44 Abs. 2 UrhG führt zu einer Abweichung von diesem Normalfall: Die vorbehaltlose sachenrechtliche Veräußerung lädt der Gesetzgeber mit Erfahrungssätzen („Lebenserfahrung“<sup>276</sup>) so auf, dass sie zugleich eine stillschweigende Zustimmung zur Ausstellung beinhaltet. Der Veräußerung haftet damit ein Erklärungsgehalt an, den der Urheber nicht erklärt hat. Der Tatbestand stellt Urhebern den rechtlichen Nachteil in Aussicht, bei einer Veräußerung das Ausstellungsrecht (§§ 15 Abs. 1 Nr. 3, 18 UrhG) einzubüßen – Erwerber und jeder spätere Eigentümer entscheiden dann allein darüber, ob das Werk ausgestellt werden soll.<sup>277</sup> Ein Handlungserfordernis entsteht dadurch, dass Urheber die Rechtseinräumung ausdrücklich ausschließen können. Es kommt also zu einer Rechtslage, die ein Handeln des Urhebers erfordert (ausdrücklicher Vorbehalt), um eine oktroyierte Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall (unfreiwilliger Verlust des Ausstellungsrechts) abzuwenden. Zwar bringt sich der Urheber durch die freiwillige Veräußerung selbst in die Lage, für das Verbotshandeln zu müssen. Allerdings wird ihm diese Bürde vom Gesetz auferlegt. Sie ist für Urheber unvermeidbar, die ein Werkoriginal der bildenden Künste

---

heim/Katzenberger/Metzger, § 6 UrhG Rn. 28; Wandtke/Bullinger/Marquardt, § 6 UrhG Rn. 16; BeckOK UrhR/Ahlberg, § 6 UrhG Rn. 25a; Dreier/Schulze/Schulze, § 44 UrhG Rn. 13. Eine Minderansicht ordnet die Norm dagegen mit beachtenswerten Argumenten als Schrankenregelung ein, s. *Stieper*, Schranken des Urheberrechts, S. 107 f.; vgl. auch *Zurth*, Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht, S. 157.

<sup>273</sup> Schricker/Loewenheim/Vogel, § 44 UrhG Rn. 20; BeckOK UrhR/Lindhorst, § 44 UrhG Rn. 10; Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 44 UrhG Rn. 20; Fromm/Nordemann/J. Nordemann, § 44 UrhG Rn. 13.

<sup>274</sup> Vgl. schon BT-Drucks. IV/270, S. 62; Schricker/Loewenheim/Vogel, § 44 UrhG Rn. 19; BeckOK UrhR/Lindhorst, § 44 UrhG Rn. 11; Dreier/Schulze/Schulze, § 44 UrhG Rn. 20; Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 44 UrhG Rn. 20; Fromm/Nordemann/J. Nordemann, § 44 UrhG Rn. 13; Erdmann, GRUR 2011, 1061, 1062.

<sup>275</sup> Erdmann, GRUR 2011, 1061, 1062; BeckOK UrhR/Lindhorst, § 44 UrhG Rn. 10.

<sup>276</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 62.

<sup>277</sup> Vgl. Erdmann, in: Erdmann/Gloy/Herber (Hrsg.), FS Piper, S. 655, 663.

veräußern möchten. Aus § 44 Abs. 2 UrhG folgt damit eine manifeste Handlungslast des Urhebers.

#### *e) Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen*

Schöpferische Tätigkeit spielt sich vor allem in Abhängigkeitsverhältnissen wie dem Arbeitsverhältnis ab.<sup>278</sup> Die Zuordnung von Arbeitsergebnissen erfolgt im Sachenrecht und im Urheberrecht dabei nicht parallel: Das Sacheigentum an beweglichen Sachen, die Arbeitnehmer gemäß § 950 BGB durch Verarbeitung oder Umbildung erzeugen, wächst originär dem Arbeitgeber als Hersteller zu.<sup>279</sup> Als Gegenleistung erhalten Arbeitnehmer den vereinbarten Lohn (sog. Austauschgedanke).<sup>280</sup> Die Zuordnung sämtlicher urheberrechtlicher Befugnisse erfolgt dagegen grundsätzlich nach dem Schöpferprinzip gemäß § 7 UrhG an den Arbeitnehmerurheber, nicht den Arbeitgeber. Daraus ergibt sich ein Spannungsverhältnis: Der Arbeitgeber finanziert die Schöpfung, um sie wirtschaftlich zu verwerten, hat aber keinen Zugriff auf die dazu erforderlichen Befugnisse. Der Gesetzgeber nimmt in §§ 43, 69b UrhG deshalb einen Interessenausgleich vor, der Arbeitgebern zugutekommt und Urhebern eine Handlungslast aufbürdet.

#### *aa) Inhalt*

##### *(1) Alle Werkarten außer Computerprogramme nach § 43 UrhG*

Nach § 43 UrhG wachsen die Nutzungsrechte grundsätzlich dem Arbeitnehmerurheber zu – selbst, wenn die Schöpfung aus dem Arbeitsverhältnis entspringt. Der Arbeitgeber kann deshalb nur derivativ Nutzungsrechte erwerben.<sup>281</sup> Allerdings gehört es zum „Wesen“ (vgl. § 43 letzter Hs. UrhG) des Arbeitsverhältnisses, dass das Arbeitsergebnis dem Arbeitgeber zusteht und der Arbeitnehmer im Gegenzug dafür seinen Lohn erhält.<sup>282</sup> Soweit der Arbeitnehmerurheber die Aufgabe hat, urheberrechtlich geschützte Werke zu schaffen, folgt aus dem Arbeitsvertrag deshalb die Pflicht, dem Arbeitgeber Nutzungsrechte am Arbeitsergebnis einzuräumen.<sup>283</sup> Die Einräumung erfolgt stillschweigend in der Regel bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages, spätestens aber bei Übergabe des Werkes.<sup>284</sup> Es handelt sich im Zweifel um ausschließliche Nutzungsrechte,<sup>285</sup> soweit sie der Ar-

<sup>278</sup> Vgl. Peukert, Urheberrecht, § 38 Rn. 1; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1226.

<sup>279</sup> Allg. Ansicht, vgl. BeckOK BGB/Kindl, § 950 BGB Rn. 11 m.w.N.

<sup>280</sup> Schwab, NZA 1999, 1254, 1255.

<sup>281</sup> Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1227.

<sup>282</sup> Schaub/Koch, Arbeitsrechts-Handbuch, § 113 Rn. 5; vgl. auch Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 43 UrhG Rn. 38; Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 43 UrhG Rn. 47.

<sup>283</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 43 UrhG Rn. 46 f.

<sup>284</sup> BGH GRUR 1974, 480 – Hummelrechte: Eine ausdrückliche Rechtsübertragung ist „überflüssige Förmerei“; Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 43 UrhG Rn. 40 ff. m. w. N.

<sup>285</sup> Vgl. BGH GRUR 2011, 59 Rn. 17, 19 – Lärmschutzwand.

beitgeber für seine betrieblichen oder dienstlichen Zwecke benötigt.<sup>286</sup> Wenn ein Arbeitnehmerurheber diese Einräumung ausschließen und die Nutzungsrechte behalten will, muss er sich die Rechte ausdrücklich vorbehalten.<sup>287</sup>

## (2) Computerprogramme nach § 69b UrhG

Für Computerprogramme besteht in § 69b UrhG eine spezielle, unionsrechtlich determinierte Regelung, die § 43 UrhG verdrängt.<sup>288</sup> Wenn danach ein Arbeitnehmer ein Programm in Wahrnehmung seiner Aufgaben oder nach Anweisungen des Arbeitgebers geschaffen hat, erhält der Arbeitgeber das ausschließliche Recht zur Ausübung aller vermögensrechtlicher Befugnisse daran.<sup>289</sup> Anders als in § 43 UrhG erfolgt die Einräumung der Nutzungsrechte nach § 69b UrhG von Gesetzes wegen und betrifft pauschal alle Befugnisse.<sup>290</sup> Die Vorschrift hat keinen urheberschützenden Charakter, sondern soll dem wirtschaftlich verantwortlichen Programmnutzer ermöglichen, Computerprogramme möglichst ungehindert zu verwerten.<sup>291</sup> Sie ist allerdings nach ihrem Wortlaut dispositiv.<sup>292</sup> Wenn ein Programmierer seine urheberrechtlichen Befugnisse bewahren will, muss er eine abweichende Vereinbarung herbeiführen. Nach überwiegender Ansicht kann eine solche abweichende Vereinbarung nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent getroffen werden.<sup>293</sup> Der Arbeitnehmer ist insofern darlegungs- und beweisbelastet.<sup>294</sup>

<sup>286</sup> Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 43 UrhG Rn. 55.

<sup>287</sup> Vgl. BGH GRUR 1974, 480 – Hummelrechte; Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 43 UrhG Rn. 47.

<sup>288</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Spindler, § 69b UrhG Rn. 1; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69b UrhG Rn. 1.

<sup>289</sup> Schricker/Loewenheim/Spindler, § 69b UrhG Rn. 11 f.; BeckOK UrhR/Spies, § 69b UrhG Rn. 14; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69b UrhG Rn. 18; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 69b UrhG Rn. 13.

<sup>290</sup> Die Rechtsnatur der Norm ist umstritten: Gesetzliche Lizenz nach Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69b UrhG Rn. 1; gesetzliche Auslegungsregel nach Schricker/Loewenheim/Spindler, § 69b UrhG Rn. 11; BeckOK UrhR/Spies, § 69b UrhG Rn. 14; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 69b UrhG Rn. 2; cessio legis nach Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 317; in diese Richtung auch Peukert, Urheberrecht, § 38 Rn. 41.

<sup>291</sup> Dreier/Schulze/Dreier, § 69b UrhG Rn. 2; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 69b UrhG Rn. 1.

<sup>292</sup> Insofern besteht Einigkeit, vgl. Fromm/Nordemann/Czychowski, § 69b UrhG Rn. 2; Schricker/Loewenheim/Spindler, § 69b UrhG Rn. 11, 20; BeckOK UrhR/Spies, § 69b UrhG Rn. 3b; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69b UrhG Rn. 1.

<sup>293</sup> Klass, GRUR 2019, 1103, 1111; Schricker/Loewenheim/Spindler, § 69b UrhG Rn. 20; Dreier/Schulze/Dreier, § 69b UrhG Rn. 11; a.A. KG NJW-RR 1997, 1405.

<sup>294</sup> Schricker/Loewenheim/Spindler, § 69b UrhG Rn. 20; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69b UrhG Rn. 17; Fromm/Nordemann/Czychowski, § 69b UrhG Rn. 19.

*bb) Handlungslasten*

§ 43 UrhG beeinflusst zwar die Lastenverteilung, erhält aber den normativen Normalfall aufrecht, indem die allgemeinen Vorschriften für Nutzungsrechte auch im Arbeitsverhältnis Anwendung finden.<sup>295</sup> Der Arbeitnehmerurheber geht freiwillig einen Vertrag ein, der ihn dazu verpflichtet, persönliche geistige Schöpfungen für den Arbeitgeber zu kreieren. Der vorhersehbare Vertragszweck liegt darin, dass der Arbeitgeber die Schöpfung für seine betrieblichen oder dienstlichen Zwecke verwenden kann. Nur in diesem Ausmaß erhält er gemäß § 43 UrhG Nutzungsrechte. Die Norm bewirkt also eine normale Anwendung des Übertragungszweckgedankens – der Nachteil für den Urheber ergibt sich vollständig aus freiwilligem und vermeidbarem Handeln. Darin liegt keine oktroyierte Abweichung vom Normalfall der Ausschließlichkeit.

Für Computerprogramme dreht sich das urheberfreundliche Regel-Ausnahme-Verhältnis des Übertragungszweckgedankens dagegen um:<sup>296</sup> Unter § 69b Abs. 1 UrhG erhält der Arbeitgeber sämtliche vermögensrechtliche Befugnisse, es sei denn, der Urheber erwirkt eine anderslautende Vereinbarung. Wie ein „Automatismus“<sup>297</sup> droht also der Verlust von Nutzungsrechten, wenn der Urheber nicht tätig wird.<sup>298</sup> Darin liegt eine Abweichung vom normativen Normalfall, weil der Umfang des Rechtsgeschäfts zwischen Arbeitgeber und Programmierer durch § 69b UrhG zum Nachteil des Urhebers verändert wird. Diese Abweichung ist auch oktroyiert: Sie ergibt sich gerade nicht nur aus dem Handeln des Arbeitnehmerurhebers wie unter § 43 UrhG, sondern wird ihm durch § 69b UrhG auferlegt. Diesen Nachteil können Arbeitnehmerurheber aber durch eine abweichende Vereinbarung mit dem Arbeitgeber abbedingen. Obwohl darin kein unilaterales Handeln liegt, handelt es sich um eine Handlungslast. Denn dass Urheber die Rechtsfolge des § 69b UrhG durch eine Vereinbarung verhindern können, erklärt sich nicht bereits durch die Vertragsfreiheit, sondern ergibt sich erst durch die ausdrückliche Anordnung in § 69b Abs. 1 a.E. UrhG – muss sich mit anderen Worten also urheberrechtlich legitimieren lassen. Im Übrigen steht es Urhebern frei, das Arbeitsverhältnis nicht einzugehen; sie können die Abweichung also jedenfalls unilateral verhindern. Deshalb besteht eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (abweichende Vereinbarung), um eine oktroyierte Abweichung vom Normalfall der Ausschließlichkeit (Verlust aller vermögensrechtlicher Befugnisse) abzuwenden.

<sup>295</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Rojahn/Frank, § 43 UrhG Rn. 1: Die Regel ist die Zuordnung der Nutzungsrechte zum Arbeitnehmer, ausnahmsweise kann aber eine andere Zuordnung eintreten.

<sup>296</sup> Vgl. Bräutigam/Huppertz, IT-Outsourcing und Cloud-Computing, B.I.2.b) Rn. 14.

<sup>297</sup> So Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69b UrhG Rn. 17.

<sup>298</sup> Eine urhebervertragsrechtliche „Anomalie“, so Fromm/Nordemann/Czychowski, § 69b UrhG Rn. 1.

f) *Besondere Bestimmungen für Filme*

Filmwerke zeichnen sich dadurch aus, dass ihre Herstellung oft aufwändig ist und eine Vielzahl von Personen zur Entstehung beiträgt.<sup>299</sup> Gleichzeitig konzentriert sich das unternehmerische Risiko auf wenige Kapitalgeber, die den Film unternehmerisch, rechtlich und wirtschaftlich verantworten; sie werden vom Gesetz als Filmhersteller bezeichnet (vgl. § 89 Abs. 1 UrhG).<sup>300</sup> Die Filmhersteller sind auf eine ungehinderte Auswertung des Filmwerks angewiesen, um ihre Investitionen zu amortisieren. Deshalb muss sichergestellt sein, dass sie von jedem, der Rechte an einem verfilmten Werk besaß oder am neuen Filmwerk erhalten hat, die erforderlichen Rechte eingeräumt erhalten.<sup>301</sup>

aa) *Inhalt*

§ 88 Abs. 1 UrhG legt als Auslegungsregel fest, dass der Filmhersteller vom Urheber eines zu verfilmenden Werks im Zweifel ausschließliche Rechte erwirbt, das Werk zur Herstellung des Filmes und das Filmwerk zu nutzen.<sup>302</sup> Voraussetzung für diesen Total Buy-out ist, dass der Urheber ihm gestattet, sein Werk zu verfilmen. Des Weiteren erwirbt der Filmhersteller nach § 89 Abs. 1 UrhG von schöpferisch Beteiligten im Zweifel das Recht, das Filmwerk sowie Übersetzungen und andere filmische Bearbeitungen oder Umgestaltungen des Filmwerkes auf alle Nutzungsarten zu nutzen.<sup>303</sup> Dafür ist eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Mitwirkung an einem Film vorausgesetzt – urhebervertragsrechtliche Abreden müssen, anders als bei § 88 Abs. 1 UrhG, gerade nicht getroffen sein.<sup>304</sup> Beide Normen vermuten eine ausschließliche sowie zeitlich und räumlich unbeschränkte Rechtseinräumung aller bekannten und unbekannten Nutzungsarten an den Filmhersteller.<sup>305</sup> Die Vermutungen fungieren also als *lex specialis* zum Übertragungszweckgedanken aus § 31 Abs. 5 UrhG.<sup>306</sup>

Dem Wortlaut von §§ 88 Abs. 1, 89 Abs. 1 UrhG nach gelten die Auslegungsregeln aber nur „im Zweifel“ – sie lassen den Vertragsparteien daher Spielraum

<sup>299</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 89.

<sup>300</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Manegold/Czernik, Vor §§ 88 ff. UrhG Rn. 79.

<sup>301</sup> Anderenfalls droht eine Blockade der Auswertung, vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 98.

<sup>302</sup> BGH GRUR 2014, 556 Rn. 13 – Synchronsprecher; BT-Drucks. IV/270, S. 98; Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Reber, § 88 UrhG Rn. 2; Dreier/Schulze/Schulze, § 88 UrhG Rn. 1.

<sup>303</sup> Zur Rechtsnatur als Auslegungsregel BGH GRUR 2014, 556 Rn. 13 – Synchronsprecher; Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Reber, § 89 UrhG Rn. 1, 6; Dreier/Schulze/Schulze, § 89 UrhG Rn. 1.

<sup>304</sup> Auch wenn sie in der Regel im Mitwirkungsvertrag ausdrücklich oder konkludent getroffen werden, vgl. Dreier/Schulze/Schulze, § 89 UrhG Rn. 24.

<sup>305</sup> Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Reber, § 88 UrhG Rn. 36; Dreier/Schulze/Schulze, § 89 UrhG Rn. 27.

<sup>306</sup> BGH GRUR 2014, 556 Rn. 13 – Synchronsprecher; zu § 89 Abs. 1 UrhG Wandtke/Bullinger/Manegold/Czernik, § 89 UrhG Rn. 18.

für abweichende Gestaltungen.<sup>307</sup> Es ist umstritten, ob solche Vereinbarungen nur ausdrücklich oder auch konkludent erfolgen können.<sup>308</sup> Die wohl strengste Ansicht fordert, dass der Urheber zweifelsfrei, also „eindeutig und unbestreitbar durch schriftliche Vereinbarung“ darlegen kann, dass eine umstrittene Nutzungsart nicht übertragen wurde.<sup>309</sup>

#### *bb) Handlungslast*

Die Auslegungsregeln konkretisieren die Bestimmungen des Übertragungszweckgedankens zugunsten des Filmherstellers, nicht des jeweiligen Urhebers.<sup>310</sup> Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Urheber eines vorbestehenden Werks und die zur Mitwirkung am Filmwerk Verpflichteten dem Filmhersteller alle bekannten und unbekannten Nutzungsrechte zur Auswertung einräumen.<sup>311</sup> Das Urheberrecht hat in diesen Fällen folglich nicht mehr die Tendenz, weitestmöglich beim Urheber zu verbleiben;<sup>312</sup> darin liegt eine Abweichung vom Normalfall. Zwar führen Urheber die Zweifelsregelungen selbst herbei, indem sie jemanden die Verfilmung gestatten oder indem sie sich schuldrechtlich zur Mitwirkung an der Herstellung eines Filmwerks verpflichten. Allerdings folgt die Rechtsfolge aus dem Gesetz – Urheber sind ihr bei der normalen Verwertung eines Films grundsätzlich unvermeidbar unterworfen. Die Abweichung ist deshalb auch oktroiert.

Weil die Vermutungsregelungen nur im Zweifel greifen, entsteht für Urheber ein Handlungserfordernis. Wenn sie die Nutzungsrechte behalten möchten, müssen sie die Reichweite der Einräumung einschränken – nach strengster Ansicht im Wege schriftlicher Vereinbarung.<sup>313</sup> Zwar liegt darin kein unilaterales Handeln, das für eine Handlungslast typisch ist. Allerdings ergibt sich die Möglichkeit, von der gesetzlichen Auslegungsregel abzuweichen hier erst durch die besondere Anordnung in §§ 88, 89 UrhG – erklärt sich also nicht durch die Privatautonomie. Außerdem können Urheber unilateral von dem zugrundeliegenden Rechtsgeschäft Abstand nehmen und so die Abweichung verhindern. Es besteht also eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (abweichende Vereinbarung treffen), um eine Abweichung vom Normalfall der Ausschließlichkeit (umfassende Nutzungsrechte sind im Zweifel eingeräumt) abzuwenden. Darin liegt eine manifeste Handlungslast.

<sup>307</sup> So BGH GRUR 2014, 556 Rn. 16 – Synchronsprecher.

<sup>308</sup> Nur ausdrücklich: Wandtke/Bullinger/*Manegold/Czernik*, § 89 UrhG Rn. 21; auch konkludent: BeckOK UrhR/*Vohwinkel*, § 89 UrhG Rn. 20; Fromm/Nordemann/*J. Nordemann*, § 89 UrhG Rn. 9.

<sup>309</sup> Wandtke/Bullinger/*Manegold/Czernik*, § 88 UrhG Rn. 61.

<sup>310</sup> Fromm/Nordemann/*J. Nordemann*, § 89 UrhG Rn. 1.

<sup>311</sup> Für die unbekannten Nutzungsrechte erfolgt dies sogar im Wege einer *cessio legis*, vgl. Wandtke/Bullinger/*Manegold/Czernik*, § 88 UrhG Rn. 60.

<sup>312</sup> So auch Wandtke/Bullinger/*Manegold/Czernik*, § 88 UrhG Rn. 60.

<sup>313</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/*Manegold/Czernik*, § 88 UrhG Rn. 61.

g) *Beiträge zu Sammlungen*

Bei Veröffentlichungen in Sammlungen besteht eine Interessenlage, die sich von der Verwertung eines einzelnen Werks unterscheidet: Urheber haben ein Zweitverwertungsinteresse – sie wollen, dass ihr Beitrag auch außerhalb der Sammlung erneut genutzt werden kann.<sup>314</sup> Verleger und Herausgeber der Sammlung dagegen tätigen Investitionen, für deren Amortisation sie umfassende Nutzungsrechte benötigen.<sup>315</sup> § 38 UrhG sieht deshalb Zweifelsregelungen vor, die zwischen diesen Interessen moderieren.

aa) *Inhalt*

Nach § 38 Abs. 1 S. 1 UrhG erwirbt der Vertragspartner im Zweifel ein ausschließliches Nutzungsrecht zur Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Zugänglichmachung an Werken, die in eine periodische Sammlung aufgenommen werden sollen, wenn der Urheber die Aufnahme gestattet.<sup>316</sup> Gemeint sind damit Zusammenstellungen mehrerer Werke,<sup>317</sup> deren einzelne Bände in einem engen äußeren Zusammenhang stehen.<sup>318</sup> Nach einem Jahr wird das Recht zu einem einfachen Nutzungsrecht (vgl. § 38 Abs. 1 S. 2 UrhG). Der Gesetzgeber bezweckt damit eine Entlastung von Herausgebern und Verlegern. Die Praxis habe gezeigt, dass sie normalerweise ausschließliche Rechte an den Beiträgen erwerben wollten und „dies auch gerechtfertigt erscheint“.<sup>319</sup>

Die Auslegungsregel ist aber dispositiv („im Zweifel“).<sup>320</sup> Zweifel bestehen, wenn es an einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung fehlt oder Unklarheiten über den Umfang einer Rechtseinräumung bestehen.<sup>321</sup> Durch eine klare Regelung können Urheber und Verleger oder Herausgeber § 38 Abs. 1 UrhG deshalb abbedingen.

<sup>314</sup> Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 1.

<sup>315</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 1.

<sup>316</sup> Das richtet sich wiederum nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach dem Übertragungszweckgedanken Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 10, 29; Dreier/Schulze/Schulze, § 38 UrhG Rn. 12.

<sup>317</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 59; nach Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 25 müssen es mind. 3 Werke sein.

<sup>318</sup> Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 26 f.; Dreier/Schulze/Schulze, § 38 UrhG Rn. 9; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, § 38 UrhG Rn. 10.

<sup>319</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 59.

<sup>320</sup> Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, § 38 UrhG Rn. 4; Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 8; Dreier/Schulze/Schulze, § 38 UrhG Rn. 2; Wandtke/Bullinger/Wandtke/König, § 38 UrhG Rn. 1.

<sup>321</sup> Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 8; eine Regelung kann auch tarifvertraglich erfolgen, s. Dreier/Schulze/Schulze, § 38 UrhG Rn. 2; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, § 38 UrhG Rn. 24.

*bb) Handlungslast*

§ 38 Abs. 1 S. 1 UrhG vermutet – anders als noch die Vorgängernorm – eine Einräumung *ausschließlicher* Rechte.<sup>322</sup> Die Regelung wirkt nachteilig,<sup>323</sup> weil eine unklare Rechtseinräumung im Zweifel einen größeren Umfang hat, als sie nach dem Übertragungszweckgedanken hätte: „Die allgemeine Auslegungsregel, dass im Zweifel gegen die Einräumung eines gegenständlichen Rechts zu entscheiden ist, wird insofern ausgeschaltet“<sup>324</sup>. Für den Urheber liegt darin eine negative Abweichung von § 31 Abs. 5 UrhG als normativem Normalfall. Zwar führen Urheber den Nachteil selbst herbei, indem sie die Aufnahme in eine Sammlung gestatten. Allerdings folgt die Rechtsfolge aus dem Gesetz und ist bei einer Verwertung in Sammlungen grundsätzlich unvermeidbar, also oktroyiert. Es kommt zu einem Handlungserfordernis für Urheber, die diese Rechte nicht einräumen möchten. Nur wenn sie sich Rechte eindeutig vorbehalten, findet die Vermutung keine Anwendung. Erforderlich ist deshalb eine Vereinbarung mit abweichendem Inhalt, und damit konsensuales und nicht unilaterales Handeln. Trotzdem handelt es sich um eine Handlungslast: Den Nachteil können Urheber hier nur vermeiden, weil das Urheberrecht es in § 38 Abs. 1 S. 1 UrhG ausdrücklich vorsieht – nicht schon nach dem Grundsatz der Privatautonomie. Das unilaterale Element ist außerdem gewahrt, weil Urheber ohne Zustimmung des Vertragspartners die Vereinbarung auch einfach nicht eingehen können. Daher besteht eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (abweichende Vereinbarung), um eine Abweichung vom normativen Normalfall (ausschließliche Nutzungsrechte sind im Zweifel eingeräumt) abzuwenden.

*h) Übertragung von Nutzungsrechten bei Veräußerung eines Unternehmens*

Anders als das urheberrechtliche Stammrecht sind einmal entstandene Nutzungsrechte translativ übertragbar. Urheber haben ein Interesse, über solche Übertragungen und damit die Inhaberschaft der Rechte mitzuentcheiden – sie sollen nämlich einen Einfluss auf eine interessengerechte Verwertung ihrer Werke haben.<sup>325</sup> Aus diesem Grund ist nach § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG erforderlich, dass der Urheber einer Übertragung zustimmt. Je größer allerdings die Anzahl involvierter Rechtsinhaber, desto umständlicher wird es, die Zustimmung jedes Einzelnen einzuholen.

---

<sup>322</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 59.

<sup>323</sup> Vgl. zur Wirkung Dreier/Schulze/Schulze, § 38 UrhG Rn. 1.

<sup>324</sup> Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 10.

<sup>325</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 57; von Frentz/Masch, ZUM 2009, 354, 357.

aa) *Inhalt*

Bei umfangreichen Geschäften wie Unternehmens(teil)veräußerungen hält der Gesetzgeber eine vorherige Zustimmung aller involvierten Urheber deshalb für zu aufwändig.<sup>326</sup> Daher können Nutzungsrechte bei der Gesamtveräußerung eines Unternehmens oder seiner Teile ohne Zustimmung des Urhebers übertragen werden (§ 34 Abs. 3 S. 1 UrhG).<sup>327</sup> Allerdings haben Urheber ein Rückrufsrecht, wenn ihnen die Ausübung des Nutzungsrechts durch den Erwerber unter Abwägung der Interessen der Beteiligten nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist (§ 34 Abs. 3 S. 2 UrhG).<sup>328</sup> Erforderlich sind dafür schwerwiegende (wirtschaftliche) Umstände, etwa wenn sich die Nutzungssituation durch die Veräußerung wesentlich verschlechtert.<sup>329</sup> Der Urheber muss diese Umstände beweisen.<sup>330</sup> Der Rückruf muss dem Veräußerer, dem Erwerber oder – im Falle des S. 3 – dem Inhaber des Nutzungsrechts zugehen.<sup>331</sup> Rechtsfolge ist, dass ein dingliches Nutzungsrecht an den Urheber zurückfällt und ein schuldrechtliches Nutzungsrecht erlischt.<sup>332</sup> Obwohl der Wortlaut keine zeitliche Grenze vorsieht, ist der Rückruf nach einhelliger Literaturansicht nur befristet möglich:<sup>333</sup> Beginn der Frist ist der Zeitpunkt, in dem Veräußerer oder Erwerber den Urheber über die Veräußerung hinreichend informiert haben.<sup>334</sup> Ohne Kenntnis des Urhebers kann es deshalb nicht zu einer Verfristung des Rückrufsrechts kommen. Nach der strengsten Ansicht ist der Rückruf dann unverzüglich zu erklären,<sup>335</sup> zum Teil wird analog § 613a BGB ein Monat Zeit gelassen,<sup>336</sup> oder eine „angemessene Frist“ im Sinne von § 314 Abs. 3 BGB gewährt.<sup>337</sup>

<sup>326</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 57.

<sup>327</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 34 UrhG Rn. 39. Gemeint ist der sog. Asset-Deal; beim sog. Share-Deal, einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse, kommt es gar nicht erst zu einer Übertragung von Nutzungsrechten.

<sup>328</sup> Statt aller Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 34 UrhG Rn. 41.

<sup>329</sup> Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 34 UrhG Rn. 42.

<sup>330</sup> Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 34 UrhG Rn. 41.

<sup>331</sup> Dreier/Schulze/*Schulze*, § 34 UrhG Rn. 39; Fromm/Nordemann/*J. Nordemann*, § 34 UrhG Rn. 32; a.A. BeckOK UrhR/*Soppe*, § 34 UrhG Rn. 26: nur Veräußerer.

<sup>332</sup> Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 34 UrhG Rn. 45.

<sup>333</sup> Vgl. statt vieler Dreier/Schulze/*Schulze*, § 34 UrhG Rn. 39; *Wernicke/Kockentiedt*, ZUM 2004, 348, 353 unter Verweis auf das Interesse an Rechtssicherheit und den Schutzzweck, vor Unzumutbarkeiten bei der Veräußerung zu schützen.

<sup>334</sup> Vgl. Dreier/Schulze/*Schulze*, § 34 UrhG Rn. 39.

<sup>335</sup> Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/*Kotthoff*, § 34 UrhG Rn. 15.

<sup>336</sup> Etwa Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 34 UrhG Rn. 44; Fromm/Nordemann/*J. Nordemann*, § 34 UrhG Rn. 33.

<sup>337</sup> Dreier/Schulze/*Schulze*, § 34 UrhG Rn. 39; ähnlich Wandtke/Bullinger/*Wandtke*, § 34 UrhG Rn. 25.

*bb) Handlungslast*

Nach § 34 Abs. 1 UrhG ist für eine Übertragung stets die Zustimmung des Urhebers erforderlich. Weil sich das für Unternehmensveräußerungen als zu umständlich herausstellt, wird der Zustimmungsvorbehalt durch § 34 Abs. 3 S. 1 UrhG aufgehoben. Der Urheber verliert also das Recht, über das „Ob“ der Gewährung gegenüber dieser Person zu entscheiden. Darin liegt eine Abweichung vom Normalfall der Ausschließlichkeit. Außerdem kommt es zu einer Handlungslast:<sup>338</sup> Wer eine Übertragung verhindern oder rückgängig machen will, muss einen Rückruf erklären. Es besteht also eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (Rückruf), um eine Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall (Übertragung des Nutzungsrechts ohne Zustimmung des Urhebers) abzuwenden. Zwar ist für Urheber absehbar, dass an Unternehmen eingeräumte Nutzungsrechte ihren faktischen Inhaber durch Transaktionen wechseln können – dass dafür aber keine Zustimmung erforderlich ist, ist eine vom Gesetz oktroyierte Rechtsfolge. Diese Handlungslast ist auch manifest, da Urheber auch schon vor einer Unterrichtung über die Veräußerung<sup>339</sup> belastet sind.

*i) Bildersuchmaschinen*

Die Menge an Inhalten im Internet ist ohne Suchmaschinen nicht zu überblicken.<sup>340</sup> Es besteht deshalb ein großes Allgemeininteresse, dass text- und bildbasierte Suchmaschinen rechtskonform betrieben werden können.<sup>341</sup> Zum Konflikt mit dem Urheberrecht kommt es, weil Suchmaschinen automatisiert aufgefundene Bilder in einem Index speichern und Suchenden in einer Übersicht darstellen (sog. Vorschaubilder oder *thumbnails*). Wenn Suchmaschinenbetreiber die Schutzgegenstände selbst vorhalten,<sup>342</sup> greifen sie in das Recht der öffentlichen

<sup>338</sup> So auch Freyer, Urheberrechte als Kreditsicherheit, S. 94.

<sup>339</sup> Darin liegt eine echte Rechtspflicht, vgl. Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 34 UrhG Rn. 44; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 34 UrhG Rn. 39; Wandtke/Bullinger/*Wandtke*, § 34 UrhG Rn. 25.

<sup>340</sup> Im Jahr 2010 waren nach eigenen Angaben bei *Google* etwa schon 10 Milliarden Abbildungen indiziert, s. *Official Google Blog*, Google Images presents a nicer way to surf the visual web, <https://googleblog.blogspot.com/2010/07/ooh-ahh-google-images-presents-nicer.html>, archiviert unter [perma.cc/FGJ2-MV39](https://perma.cc/FGJ2-MV39).

<sup>341</sup> Vgl. BGH GRUR 2003, 958 – Paperboy; *Klass*, ZUM 2013, 1, 3.

<sup>342</sup> Inzwischen hat sich die Bildersuche des Branchenführers *Google* in entscheidenden Punkten verändert: Wenn Nutzer auf ein Vorschaubild klicken, erscheint seit Februar 2017 das ausgewählte Bild in Originalgröße in einer Seitenleiste der Trefferliste. Internetnutzern wird also direkt auf der Webseite von *Google* das angeklickte Vorschaubild in Originalgröße als Inline-Link angezeigt, vgl. Höppner/*Schaper*, MMR 2017, 512, 513. Zur Zulässigkeit solcher Framing-Nutzungen und damit verbundene Handlungslasten s. bereits C.III.1.a).

Zugänglichmachung<sup>343</sup> ein (§§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 19a UrhG).<sup>344</sup> Die Schranke des § 44a UrhG deckt die öffentliche Zugänglichmachung nicht;<sup>345</sup> eine Freistellung durch das Zitatrecht nach § 51 UrhG scheidet aus, weil die Präsentation als Vorschaubild nicht der geistigen Auseinandersetzung mit dem übernommenen Werk dient.<sup>346</sup> Auch eine konkludente Einräumung von Nutzungsrechten scheidet mangels eindeutigen Willens der Urheber aus.<sup>347</sup>

Da die Gesetzgeber bewusst untätig blieben,<sup>348</sup> stand der BGH in den *Vorschaubilder*-Verfahren<sup>349</sup> vor der wenig beneidenswerten Aufgabe, eine Praktik von außerordentlich hohem Allgemeininteresse in die Strukturen des Urheberrechts einzupassen, ohne rechtsschöpfend tätig werden zu können.

#### aa) Inhalt

In der *Vorschaubilder I*-Entscheidung sah der BGH die Eingriffe durch Bildersuchmaschinen aufgrund einer schlichten Einwilligung der Rechtsinhaber gerechtfertigt.<sup>350</sup> Danach willige aus objektiver Sicht in übliche Nutzungen ein, wer Bilder im Internet verfügbar mache, ohne sie von Suchmaschinen auszunehmen.<sup>351</sup> Zum einen würden Rechtsinhaber den Einsatz von Suchmaschinen im Internet nämlich kennen und deshalb wissen, dass ihre Inhalte in ein Umfeld gelangen, wo sie üblicherweise Nutzungshandlungen von Suchmaschinen ausgesetzt sind.<sup>352</sup> Zum anderen sei Rechtsinhabern auch bekannt, wie sie diese Nutzungen verhindern können.<sup>353</sup> Es sei Urhebern zuzumuten, Werke von Nutzungen durch Suchmaschinen auszunehmen und Sicherheitsmaßnahmen zu ergreifen – den Betreibern von Bildersuchmaschinen könne es dagegen nicht aufge-

<sup>343</sup> Eine Vervielfältigung durch die Komprimierung und Speicherung der Vorschaubilder erfolgte auf Servern in den USA und spielt deshalb für die Betrachtung nach deutschem Urheberrecht keine Rolle, vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 14, 17 – Vorschaubilder I.

<sup>344</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 19 – Vorschaubilder I; *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 502.

<sup>345</sup> Vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 24 – Vorschaubilder I.

<sup>346</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 27 – Vorschaubilder I.

<sup>347</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 30 – Vorschaubilder I.

<sup>348</sup> Vgl. BT-Drucks. 14/6098, S. 37; *Spindler*, GRUR 2010, 785, 787.

<sup>349</sup> Bei der Entscheidung *Vorschaubilder III* aus 2017 geht es aus technischer Sicht um Verlinkungen auf Schutzgegenstände, vgl. BGH GRUR 2018, 178 Rn. 19 – Vorschaubilder III. Dazu oben unter C.III.1.a).

<sup>350</sup> Anders als bei einem Nutzungsrecht und einer schuldrechtlichen Gestattung erhalten Suchmaschinen dadurch keine beständige, durchsetzbare Rechtsposition, sondern handeln lediglich nicht rechtswidrig, solange die Einwilligung nicht widerrufen ist, vgl. *Ohly*, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 144, 176 f.; *Tinnefeld*, Die Einwilligung in urheberrechtliche Nutzungen im Internet, S. 8.

<sup>351</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 36 – Vorschaubilder I; kritisch gegenüber dem Merkmal „üblich“ *Höppner/Rieger*, GRUR Int 2016, 633, 637.

<sup>352</sup> Vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 31, 36 – Vorschaubilder I.

<sup>353</sup> Vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 36 – Vorschaubilder I; das gilt auch dann, wenn Rechtsinhaber *keine* Suchmaschinenoptimierung vorgenommen haben, s. OLG Hamburg BeckRS 2012, 521 (II.1.b.ee.aaa).

bürdet werden, die unüberschaubare Menge an Schutzgegenständen im Einzelfall händisch auf Widersprüche zu überprüfen.<sup>354</sup>

Diese Einwilligung kann auch von berechtigten Dritten erteilt werden.<sup>355</sup> Denn wenn der Urheber Dritten das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung im Internet einräumt, erteile er damit auch die Erlaubnis, dass Dritte in die Nutzung durch Suchmaschinen einwilligen.<sup>356</sup> Außerdem erstreckt sich die Einwilligung auch auf Indexierungen von Bildern, die *nicht* von einem Berechtigten ins Internet gestellt worden sind.<sup>357</sup> Aus Sicht des Suchmaschinenbetreibers könne sich die Einwilligung widerspruchsfrei nämlich nur auf beide Arten von Bildern beziehen, da allgemein bekannt sei, dass Bildersuchmaschinen nicht automatisiert zwischen berechtigterweise und unberechtigterweise abrufbaren Bildern unterscheiden können.<sup>358</sup>

Rechtsinhaber können Nutzungen allerdings widersprechen, indem sie die Einwilligung widerrufen oder in der Entstehung hindern. Dafür ist nach Ansicht des BGH aber nicht die bloße Erklärung ausreichend, mit Nutzungen nicht einverstanden zu sein.<sup>359</sup> Für die Auslegung der Einwilligung seien nur allgemein erkennbare Umstände berücksichtigungsfähig.<sup>360</sup> Wenn ein Rechtsinhaber einerseits Nutzungen widerspricht, andererseits Webseiten-Inhalte aber ohne Zugriffsbeschränkungen zugänglich seien, sei seinem Verhalten weiterhin eine Einwilligung zu entnehmen.<sup>361</sup> Um die Einwilligung zu hindern oder zu widerrufen, ist deshalb erforderlich, dass Rechtsinhaber den Zugriff der Suchmaschinen *technisch* beschränken.<sup>362</sup>

#### *bb) Handlungslast*

Die Vorschaubilder-Rechtsprechung bewirkt zunächst eine Abweichung vom normativen Normalfall des Urheberrechts. Dem grundsätzlich neutralen Verhalten, einen Schutzgegenstand ohne Einschränkungen öffentlich zugänglich zu machen, misst der BGH im Internet einen Erklärungswert zu. Es darf angenommen werden, dass Urheber mit Nutzungen durch Suchmaschinen einverstanden sind, solange kein Vorbehalt erkennbar ist. Die Rechtsprechung verschleift also eine einschränkungslöse Bereitstellung von Inhalten im Internet mit einer urheberrechtlichen Gestattung. Darin liegt eine Abweichung vom Normalfall der Ausschließlichkeit, denn ein Unterlassen des Urhebers führt nun dazu, dass Nutzungen zulässig sind. Zwar knüpft die Einwilligung an freiwilliges Handeln von

<sup>354</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 37 – Vorschaubilder I.

<sup>355</sup> BGH GRUR 2012, 602 – Vorschaubilder II.

<sup>356</sup> BGH GRUR 2012, 602 Rn. 27 – Vorschaubilder II.

<sup>357</sup> BGH GRUR 2012, 602 Rn. 28 – Vorschaubilder II.

<sup>358</sup> BGH GRUR 2012, 602 Rn. 28 – Vorschaubilder II.

<sup>359</sup> Vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 37 – Vorschaubilder I.

<sup>360</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 37 – Vorschaubilder I.

<sup>361</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 37 – Vorschaubilder I.

<sup>362</sup> Vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 37 – Vorschaubilder I.

Urhebern an, nämlich Bilder ohne technischen Schutz ins Internet zu stellen. Es handelt sich dennoch um eine oktroyierte Abweichung, da Urheber es bei der Verwertung im Internet nicht ohne weiteres vermeiden können, sich der Gestattungswirkung auszusetzen. Denn entweder müssten ihre Bilder vollständig offline bleiben oder sie würden von Suchmaschinen nicht mehr indexiert, wären also nur eingeschränkt auffindbar.

Ein Handlungserfordernis folgt daraus, dass Urheber die Einwilligung durch den Widerruf in ihrer Entstehung hindern oder widerrufen können. Wenn ein Urheber Bilder selbst zugänglich macht, ist er gehalten, sie bei der ersten Veröffentlichung mit Einschränkungen gegen das Auffinden durch Suchmaschinen zu versehen. Wenn Dritte mit seiner Erlaubnis handeln, muss der Urheber vertraglich sicherstellen, dass sie die Inhalte nur mit Einschränkungen gegen das Auffinden durch Suchmaschinen veröffentlichen.<sup>363</sup> Sind Inhalte dagegen bereits veröffentlicht, muss der Urheber die Einwilligung widerrufen, indem er nachträglich solche Einschränkungen einrichtet. Nur wenn diese Einschränkungen bestehen, kommt es gar nicht erst zu einer Einwilligung oder sie erlischt für die Zukunft und Nutzungen sind untersagbar. Um ein Verbotsrecht gegenüber Suchmaschinen zu erhalten, müssen Urheber deshalb tätig werden.<sup>364</sup> Es besteht damit eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert (Bilder selbst technisch von Suchmaschinen ausnehmen oder Dritte vertraglich dazu verpflichten), um eine oktroyierte Abweichung von der Ausschließlichkeit (rechtfertigende Wirkung der schlichten Einwilligung) abzuwenden.

---

<sup>363</sup> So BGH GRUR 2012, 602 Rn. 27 – Vorschaubilder II.

<sup>364</sup> Höppner/Rieger, GRUR Int 2016, 633, 638: „They [the image providers; D.R.] have to [...] opt-out of their [the search engines'; D.R.] exploiting conduct while under copyright law it is actually the search engine's task to acquire usage permissions“.

## D. Analyse der Anwendungsfälle

Auch wenn die Anwendungsfälle sich hinsichtlich Kontext, Voraussetzungen und der dogmatischen Ebene unterscheiden, ist ihnen doch ein abstraktes normatives Phänomen gemeinsam. Im bisherigen Verlauf der Untersuchung wurde dieses Phänomen beobachtet und unter dem Rechtsbegriff der Handlungslast versammelt. Im nächsten Schritt gilt es nun, diese Beobachterperspektive zu verlassen und Handlungslasten des Urhebers als eine Rechtsfigur zu konturieren. Rechtsfiguren erfassen normative Phänomene, die sich auf eine gemeinsame Grundstruktur zurückführen lassen und treffen dogmatische Aussagen zum Umgang mit ihnen.<sup>1</sup> Die vorhandene Rechtspraxis der Handlungslasten des Urhebers soll also nicht nur beobachtet, sondern im Folgenden über eine Analyse systematisch erschlossen und operationalisiert werden.<sup>2</sup> Damit verbinden sich zwei Ziele:

Ziel ist einerseits, die gemeinsame Grundstruktur der Anwendungsfälle offenzulegen. Insofern verfolgt die Untersuchung einen deskriptiven Ansatz von Rechtsdogmatik: Sie abstrahiert die Hintergrundannahmen aus dem jeweiligen Kontext, um die Anwendungsfälle und ihre Entscheidungsregeln in der juristischen Figur der Handlungslasten zu bündeln.<sup>3</sup> Dafür sind zunächst die Entstehungsumstände und Voraussetzungen der Anwendungsfälle zu betrachten. In der Zusammenschau geben sie eine Antwort auf die Frage, unter welchen Umständen Handlungslasten des Urhebers zum Einsatz kommen. Anschließend ist der Blick auf die Rechtsfolgen und Funktionen von Handlungslasten in den Anwendungsfällen zu richten. Sie beschreiben die Leistungen, die die Belastung des Urhebers für den urheberrechtlichen Interessenausgleich erbringt.

Andererseits hat die Untersuchung das Ziel, nicht nur zu beobachten, wie sich die Anwendungsfälle verhalten, sondern auch festzulegen, wie sie sich verhalten sollen.<sup>4</sup> Den bestehenden Anwendungsfällen kann keine Systematik unterstellt werden, die lediglich aufgedeckt zu werden braucht und eine widerspruchsfreie,

---

<sup>1</sup> Bumke, Rechtsdogmatik, S. 139; ders., JZ 2014, 641, 645 Fn. 43; vgl. auch Münkler, Der Nichtakt, S. 188: „Rechtsbegriff, der verwendet wird, um bestimmte juristische Fragen miteinander aus Ordnungsgründen zu verbinden, die nicht eindeutig normativ verortet werden können“.

<sup>2</sup> Vgl. Bumke, in: Augsberg/Schuppert (Hrsg.), Wissen und Recht, S. 443, 460, 465.

<sup>3</sup> Vgl. Bumke, Rechtsdogmatik, S. 130.

<sup>4</sup> Vgl. Bumke, in: Augsberg/Schuppert (Hrsg.), Wissen und Recht, S. 443, 465: „Sie [eine Rechtsfigur; D.R.] legt den Umgang fest [...]“; vgl. auch ders., Rechtsdogmatik, S. 127 f.

leistungsfähige Dogmatik von Handlungslasten zu erkennen gibt – aus dem Sein folgt kein Sollen. Deshalb folgt die Untersuchung stellenweise auch einem präskriptiven Vorgehen und evaluiert die gewonnenen Beobachtungen mit Blick auf die Problemlösungsfähigkeit einzelner Merkmale, zieht am Ende der Abschnitte Schlussfolgerungen und bildet Generalisierungen.<sup>5</sup> Sie rekurriert außerdem auf den normativen Maßstab der ökonomischen Analyse des Rechts,<sup>6</sup> untersucht Handlungslasten des Urhebers mit Methoden der soziologischen Jurisprudenz<sup>7</sup> und hegt die Rechtsfigur schließlich in die Vorgaben des internationalen Urheberrechts ein. Auf dieser Grundlage lässt sich festlegen, welche Elemente Merkmale und Folgen der Handlungslasten des Urhebers sein *können* und *sollen*.<sup>8</sup>

Im Wege der Abstraktion wird so eine kontextneutrale Dogmatik von Handlungslasten des Urhebers erkennbar, die strukturiert, welche Probleme den Anwendungsfällen zugrunde liegen und mit welchem Ansatz ihnen begegnet wird und werden sollte.<sup>9</sup>

## I. Entstehungsumstände

Zunächst ist auf die Anwendungsfälle als rein faktische Gegebenheiten zu blicken, in denen noch keine Handlungslasten des Urhebers bestehen: Was macht die Anwendungsfälle gegenüber Konstellationen ohne Belastung des Urhebers besonders? Diese Umstände lassen die Hintergrundannahmen erkennen, die die Anwendungsfälle verbinden. Sie geben den tatsächlichen Anwendungsbereich vor, in dem Handlungslasten zum Einsatz kommen.

### 1. Interessenlage

Charakteristisch für die Anwendungsfälle von Handlungslasten des Urhebers ist eine spezielle Interessenlage: Das Gros der Anwendungsfälle verbindet, dass nach einer objektiven, typisierten Betrachtung einerseits Nutzer ein qualifiziertes Nutzungsinteresse, andererseits Urheber ein mangelndes Verbotsinteresse haben.

<sup>5</sup> Zur präskriptiven Qualität eines solchen Vorgehens vgl. *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 127 ff., insb. 129 f.

<sup>6</sup> S. unter D.I.2., D.IV.1, D.IV.2. Zur Berücksichtigungsfähigkeit der ökonomischen Analyse für das Urheberrecht vgl. *Peukert*, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11, 20 ff.; *Sucker*, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, S. 21 ff.

<sup>7</sup> S. dazu D.IV.3.

<sup>8</sup> Auch eine solche Festlegung ist ein Merkmal einer leistungsfähigen Rechtsfigur, vgl. *Bumke*, in: Augsberg/Schuppert (Hrsg.), Wissen und Recht, S. 443, 465.

<sup>9</sup> So allgemein zur Strukturierungsleistung dogmatischer Figuren *Münkler*, Der Nichtakt, S. 189.

a) *Qualifiziertes Nutzungsinteresse*aa) *Allgemeininteressen*

Bildersuchmaschinen und Verlinkungen haben eine große Bedeutung dafür, Informationen im Internet aufzufinden: Bildersuchmaschinen werden etwa als „unverzichtbarer Bestandteil“<sup>10</sup> oder „Funktionselement“<sup>11</sup> des Internets, Verlinkungen als „sozialadäquate Kulturtechnik“<sup>12</sup> oder „das Instrument der Wissensteilung im Netz“<sup>13</sup> verstanden. Daraus resultiert ein hohes Allgemeininteresse, sie urheberrechtskonform betreiben und vornehmen zu können.<sup>14</sup>

TDM spielt als „vorherrschende[ ] Technik der Digitalwirtschaft“<sup>15</sup> in nahezu jedem Lebensbereich eine Rolle.<sup>16</sup> Seine Ergebnisse versprechen durch Produktivitätsgewinne und die Steigerung des Bruttoinlandsprodukts einen hohen sozialen Nutzen,<sup>17</sup> der ohne es nicht stattfände.<sup>18</sup> An seinem Einsatz besteht damit ebenfalls ein starkes öffentliches Interesse.

Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten schaffen „einen breiteren Zugang zu kulturellen und kreativen Werken“<sup>19</sup> und ermöglichen eine „Massenkreativität“, die über die Interessen einzelner Nutzer hinaus einen gesamtgesellschaftlichen Mehrwert bringt.<sup>20</sup> Deshalb besteht ebenfalls ein hohes Allgemeininteresse an der Bereitstellung von Inhalten durch sie.<sup>21</sup>

<sup>10</sup> Für Verlinkungen *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 259.

<sup>11</sup> von *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369, 372.

<sup>12</sup> *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 522.

<sup>13</sup> *Grünberger*, ZUM 2016, 905.

<sup>14</sup> Vgl. zu Bildersuchmaschinen BGH GRUR 2010, 628 Rn. 39 – Vorschaubilder I; *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77, 84: Legalisierung der Allgemeininteressen an der Bewahrung der Zugangskultur; *Wielsch*, GRUR 2011, 665, 671 f.: Verschaffung der notwendigen Flexibilität für die positive Ausgestaltung von medienspezifischen Nutzungsfreiheiten; *Spindler*, GRUR 2010, 785, 787: sozialadäquate Ermöglichung im Allgemeininteresse, Inhalte aufzufinden; *Klass*, in: Leible (Hrsg.), Der Schutz des geistigen Eigentums im Internet, S. 165, 178: Informationsinteressen der Allgemeinheit; vgl. zu Verlinkungen EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 45 – GS-Media: Sie tragen „zu seinem guten Funktionieren und zum Meinungs- und Informationsaustausch“ bei; *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 260: „Allgemeininteresse an der Effektivität des technologischen Netzwerks“.

<sup>15</sup> Vgl. ErWG 8 S. 3 DSM-RL.

<sup>16</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of Text and Data Mining – Report from the Expert Group, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/71122>, archiviert unter [perma.cc/S733-YXHM](https://perma.cc/S733-YXHM), S. 9.

<sup>17</sup> *Europäische Kommission*, Standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of Text and Data Mining – Report from the Expert Group, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/71122>, archiviert unter [perma.cc/S733-YXHM](https://perma.cc/S733-YXHM), S. 37.

<sup>18</sup> *Carroll*, U.C. Davis L. Rev. 53 (2019), 893, 901 ff.; vgl. auch *Raue*, IIC 2018, 379, 381: „strong public interest to encourage the generation of new knowledge which would otherwise not exist“.

<sup>19</sup> ErWG 61 S. 2 DSM-RL.

<sup>20</sup> Eingehend *Kaesling/Knapp*, MMR 2020, 816.

<sup>21</sup> Vgl. *Kaesling/Knapp*, MMR 2020, 816, 817.

Die Schranke des § 49 Abs. 1 UrhG begründet der Gesetzgeber mit ihrer erheblichen Bedeutung für die Meinungsbildung der Öffentlichkeit in Tagesfragen.<sup>22</sup> Es besteht ein besonderes öffentliches Interesse daran, dass Medien bereits erschienene Artikel aufgreifen können, um sich zur darin vertretenen Stellungnahme zu positionieren.

Die Anwendungsfälle der unbekannten Nutzungsarten, verwaisten und nicht verfügbaren Werke verfolgen jeweils das Ziel, (Massen-)Digitalisierungen durch Einrichtungen des Kulturerbes oder Rechtsinhaber zu ermöglichen.<sup>23</sup> Werke als Gegenstände des kulturellen Erbes sollen so im öffentlichen Interesse auch Teil des gegenwärtigen und zukünftigen Kulturlebens werden können.<sup>24</sup>

Der Einsatz von EKL liegt schon abstrakt im öffentlichen Interesse, indem sie zur Koordination der kollektiven Rechtswahrnehmung beitragen, Wettbewerb auf der Stufe der Verwertung fördern und das öffentliche Interesse an einer massenhaften Nutzung immaterieller Güter befriedigen.<sup>25</sup> Auch konkret zielen EKL häufig darauf ab, Nutzungen im Allgemeininteresse zu ermöglichen.<sup>26</sup> Beispielsweise wurden unter der dänischen EKL-Generalklausel in der Vergangenheit Nutzungen für die Digitalisierung einer Bibliothek und für eine Online-Enzyklopädie lizenziert.<sup>27</sup>

Die §§ 46, 62 Abs. 5 UrhG werden schließlich mit der „besonderen Stellung der Kirchen im öffentlichen Leben“ gerechtfertigt.<sup>28</sup> Ein qualifiziertes Nutzungsinteresse besteht hier in einem Allgemeininteresse an der Religionspflege.<sup>29</sup>

#### *bb) Partikularinteressen*

§ 44 Abs. 2 UrhG privilegiert nicht bloß Ausstellungen eines beliebigen Werkexemplars durch einen beliebigen nutzungswilligen Dritten, sondern nur des Werkoriginals durch den Eigentümer. Solche Werkoriginals werden häufig gerade mit dem Ziel erworben, sie auszustellen.<sup>30</sup> Aus der besonderen Nähebeziehung

<sup>22</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 66.

<sup>23</sup> Für verwaiste Werke s. etwa ErwG 1 Verwaiste-Werke-RL; für nicht verfügbare Werke s. ErwG 30 S. 2 DSM-RL, BT-Drucks. 19/27426, S. 126; für neue Nutzungsarten vgl. BT-Drucks. 16/1828, S. 22, wonach neue Technologien anderenfalls zu Lasten der Allgemeinheit nicht zum Einsatz gelängen.

<sup>24</sup> BT-Drucks. 16/1828: „Die in zahlreichen Archiven ruhenden Schätze sollen endlich neuen Nutzungsarten problemlos zugänglich gemacht werden“.

<sup>25</sup> Vgl. *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 543 ff.; *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 368.

<sup>26</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/27426, S. 2, 126; zum potentiellen Anwendungsbereich gehören die Tätigkeit von Gedächtniseinrichtungen, Mediendiensten wie Kabelnetzbetreiber und Sendunternehmen und Rundfunkunternehmen im Hinblick auf ihre Archive, s. *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 557 ff.

<sup>27</sup> *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 144 ff.

<sup>28</sup> BVerfG GRUR 1972, 481 – Kirchen- und Schulgebrauch.

<sup>29</sup> Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 46 UrhG Rn. 2; BeckOK UrhR/Schulz/Hagemeyer, § 46 UrhG Rn. 1.

<sup>30</sup> Diese Interessenlage soll die Norm gerade realisieren, vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 62.

von Eigentümer und Sache und des absehbaren Verwendungszwecks bei der Veräußerung ergibt sich damit ein gesteigertes, partikuläres Nutzungsinteresse.

Im Rahmen von § 69b UrhG und den Rechten am Filmwerk begegnen sich Urheber und Vertragspartner nicht als Fremde, sondern stehen in einem privat-autonom begründeten Vertragsverhältnis. Es gehört gerade zum Wesen dieser Verhältnisse, dass das Arbeitsergebnis der anderen Vertragspartei zusteht, da sie das wirtschaftliche Risiko der Verwendbarkeit trägt.<sup>31</sup> Die Vorschriften verwirklichen also qualifizierte Nutzungsinteressen, indem sie den Erwerb der Rechte erleichtern.<sup>32</sup>

Auch die Verwerter einer Sammlung nach § 38 UrhG tätigen Investitionen, für deren Amortisation sie auf umfassende Nutzungsrechte angewiesen sind. Bei Beiträgen zu Sammlungen besteht deshalb eine „besondere Interessenlage“<sup>33</sup> hinsichtlich der Kostendeckung und Erwirtschaftung von Gewinnen. Die Praxis hat aus Sicht des Gesetzgebers gezeigt, dass dieses Interesse „auch gerechtfertigt erscheint“.<sup>34</sup>

Im Rahmen einer Veräußerung von Unternehmen (steilen) gemäß § 34 Abs. 3 S. 1 UrhG schließlich besteht ein gesteigertes wirtschaftliches Interesse<sup>35</sup> an der grundsätzlichen freien Übertragbarkeit von Nutzungsrechten: Aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutsamkeit von Nutzungsrechten wird befürchtet, dass Transaktionen anderenfalls durch die Beteiligung des Urhebers finanziell entwertet würden.<sup>36</sup> Es könne Verwertern nicht zugemutet werden, „vor der Veräußerung sämtliche Urheber fragen zu müssen“, mit denen sie Nutzungsverträge abgeschlossen haben.<sup>37</sup>

#### b) Verringertes Verbotsinteresse

Gepaart ist das qualifizierte Nutzungsinteresse häufig mit einem objektiv verringerten Verbotsinteresse des Urhebers, in manchen Fällen sogar mit einem *positiven* Interesse an Nutzungen von Dritten ohne individuelle und explizite Transaktion. Aufschluss darüber gibt das Vorverhalten der Urheber. Die Anwendungsfälle lassen sich dazu in vier verschiedene Lager einordnen: Fälle, in denen Urheber Werke bewusst in einem offenen Medium bereithalten; Fälle, in denen

<sup>31</sup> Für Arbeitsverhältnisse Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, § 101 Rn. 9; für Rechte am Filmwerk BT-Drucks. IV/270, S. 98: »Die Interessen des Filmherstellers „erfordern [...] gerade eine möglichst ungehinderte Verwertbarkeit, da Filmwerke in der Regel unter großem Kostenaufwand zum Zweck der gewerblichen Verwertung hergestellt werden“. S. auch bereits oben C.III.3.e)aa)(1).

<sup>32</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 98.

<sup>33</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Peukert, § 38 UrhG Rn. 1.

<sup>34</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 59.

<sup>35</sup> Vgl. auch Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 34 UrhG Rn. 18: „praktisches Bedürfnis“; BeckOK UrhR/Soppe, § 34 UrhG Rn. 17: „pragmatische Gründe“.

<sup>36</sup> Vgl. Fromm/Nordemann/J. Nordemann, § 34 UrhG Rn. 23.

<sup>37</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 57.

Urheber rechtsgeschäftlich bestimmte Nutzungsmöglichkeiten eröffnen; Fälle, in denen Urheber ihr Werk lediglich veröffentlicht haben; sowie Fälle, in denen kein aktives Vorverhalten besteht.

*aa) Bereithalten(lassen) in offenem Medium*

*(1) Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare*

§ 49 Abs. 1 UrhG erlaubt nur die Nutzung von Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren, die Urheber in Zeitungen oder anderen lediglich Tagesinteressen dienenden Informationsblättern bereitgestellt haben (vgl. § 49 Abs. 1 S. 1 UrhG). Solche Artikel sollen die Ansichten eines Autors oder Kommentators in die Öffentlichkeit tragen und eine Auseinandersetzung anregen. Auf dem Nachrichten- und dem Werbemarkt<sup>38</sup> besonders erfolgreich sind Beiträge, die eine hohe Aufmerksamkeit und damit gesellschaftliche Relevanz erfahren. Sie sollen also normalerweise Gegenstand von Anschlusskommunikationen werden. Deshalb haben Zeitungen aus objektiver Sicht kein Interesse, solche Nutzungen ihrer Artikel zu untersagen: „Eine solche Weiterverbreitung liegt auch regelmäßig im Interesse der Zeitung selbst“.<sup>39</sup> Zudem wollen Zeitungen unter Umständen auch selbst auf Artikel anderer Erzeugnisse über das Zitat hinaus zugreifen. Kleinere Zeitungen waren in der Vergangenheit etwa aufgrund begrenzter Ressourcen darauf angewiesen, Beiträge größerer Zeitungen nachzudrucken.<sup>40</sup> Außerdem entsprach es bisher den „Gebräuchlichkeiten der Presse“<sup>41</sup>, im Interesse der Meinungsbildung Artikel zu Tagesfragen zum Gegenstand eigener Berichterstattung zu machen.<sup>42</sup>

Es besteht in diesem Anwendungsfall also eine auf Reziprozität basierende Norm des Zugangs für Nutzungshandlungen anhand der „Gebräuchlichkeiten“, also im für den Meinungsbildungsprozess erforderlichen und üblichen Rahmen. Wenn Urheber ihr Werk in Zeitungen in diesem Wissen veröffentlichen, lässt sich deshalb darauf schließen, dass sie Anschlussnutzungen grundsätzlich nicht unterbinden möchten. Das wird auch dadurch unterstützt, dass der Abdrucksvorbehalt in der Praxis nur selten erklärt wird.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Zeitungen versprochen sich von der Weiterbreitung auch einen Werbeeffect, s. *Guibault*, Copyright Limitations and Contracts, S. 58.

<sup>39</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 66.

<sup>40</sup> *Guibault*, Copyright Limitations and Contracts, S. 58.

<sup>41</sup> Vgl. in Bezug auf die Vorbehaltsmöglichkeit *Bandilla*, Urheberrecht im Kaiserreich, S. 118.

<sup>42</sup> Vgl. aber *WIPO*, Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm, <http://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=3204&plang=FR>, archiviert unter [perma.cc/2MGR-YUEB](http://perma.cc/2MGR-YUEB), S. 114: „In our day, however, it can hardly be compatible with the moral principles recognized by the press to reproduce an article published in another newspaper without having first obtained the author's permission.“, dagegen aber wiederum die Einlassungen Ungarns, Polens und Japans, die den freien Fluss von Informationen betonen, s. S. 859.

<sup>43</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/*Melichar/Stieper*, § 49 UrhG Rn. 24; Eichelberger/Wirth/

(2) *Bildersuchmaschinen, Verlinkungen und TDM*

Ähnliches gilt für die Anwendungsfälle der Bildersuchmaschinen, Verlinkungen und des TDM, die auf ein Bereitstellen von Werken im Internet abstellen.<sup>44</sup> Schon der Charakter der Nutzungen indiziert ein verringertes Verbotsinteresse: Die Anzeige in Form von Vorschaubildern in der Bildersuche und Verlinkungen können Urheber selbst nicht wirtschaftlich verwerten, da sie sich mangels eigenen Marktes nicht individuell lizenzieren lassen.<sup>45</sup> Die Bildersuche hat außerdem keinen substituierenden Charakter,<sup>46</sup> weshalb Schutzinteressen allenfalls am Rande berührt sind.<sup>47</sup> Darüber hinaus machen Rechtsinhaber Inhalte im Internet typischerweise dann ungeschützt zugänglich, wenn die Inhalte Aufmerksamkeit finden und frequentiert werden sollen – wofür Bildersuchmaschinen und Verlinkungen sorgen.<sup>48</sup> Häufig werden Urheber Nutzungen also sogar befürworten, die für bessere Auffindbarkeit sorgen. Das gilt erst recht in Fällen, wo Inhalte für den Zugriff durch Suchmaschinen optimiert sind.<sup>49</sup> Das TDM schließlich richtet sich auf die in Schutzgegenständen verkörperten Fakten, nicht auf die urheberrechtlich geschützte Hülle einer Information. Nutzungen berühren deshalb nicht die schutzbegründenden individuellen Charakteristika von Werken und bewirken keine Substitution.<sup>50</sup>

Des Weiteren folgt das Internet aufgrund seines Entstehungskontextes und der technischen Grundstruktur grundsätzlich der Logik einer Zugangskultur:<sup>51</sup> Es besteht ein Informationsfluss, „an dem jeder, der an das Netz angeschlossen ist, nach gleichen Bedingungen und ohne zentrale Kontrolle als Sender und Empfänger teilnehmen kann“<sup>52</sup>. Das bedeutet nicht, dass jeder Zugriff bedingungslos und entgeltfrei möglich sein muss – nicht umsonst koexistiert die Zugangskultur

---

Seiferth/Wirth, § 49 UrhG Rn. 3; Dreier/Schulze/Dreier, § 49 UrhG Rn. 10; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, § 49 UrhG Rn. 7; Bisges/Grages, Handbuch Urheberrecht Rn. 326.

<sup>44</sup> Das TDM ist nach § 44b Abs. 2 UrhG ausschließlich von „rechtmäßig zugänglichen Werken“ zulässig. Ein rechtmäßiger Zugang besteht insbesondere für Werke, die frei im Internet abrufbar sind, BT-Drucks. 19/27426, S. 88. Daneben kann auch über eine Lizenz ein rechtmäßiger Zugang bestehen, dann gelten die Grundsätze zu urheberrechtlichen Rechtsgeschäften, s. sogleich D.I.1.b)bb)(2).

<sup>45</sup> Zur Bildersuche *Klass*, ZUM 2013, 1, 3; *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 500; *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369, 373; vgl. zu Verlinkungen *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 259.

<sup>46</sup> Das gilt zumindest für die Funktionsweise der Suche, die der Vorschaubilder I-Entscheidung zugrunde lag. Zur Interessenlage unter der neuen Suche s. *Höppner/Schaper*, MMR 2017, 512, 516.

<sup>47</sup> *Klass*, ZUM 2013, 1, 3, 6; *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 506.

<sup>48</sup> Zur Bildersuche *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 506; vgl. auch *Klass*, in: Leible (Hrsg.), Der Schutz des geistigen Eigentums im Internet, S. 165, 177.

<sup>49</sup> *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 505.

<sup>50</sup> Vgl. *Carroll*, U.C. Davis L. Rev. 53 (2019), 893, 941, 949; *Raue*, GRUR 2017, 11, 14.

<sup>51</sup> *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77, 78; *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 243.

<sup>52</sup> *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77, 78.

mit einer Exklusivitätskultur.<sup>53</sup> Es kultiviert aber dominante Kommunikationspraktiken der Offenheit, Partizipation, Dezentralität und Heterarchie.<sup>54</sup> Das Internet würde seine Funktionalität einbüßen, wenn jeder Zugriff auf ein abgeschlossenes System von der vorherigen Zustimmung des Inhabers abhängig wäre und Zuwiderhandlungen eine Haftung begründeten.<sup>55</sup> Dieser Grundnorm des freien Zugriffs unterstellen daran teilnehmende Urheber ihre Werke.

### *(3) Zugang als Regel, Ausschließlichkeit als Ausnahme*

In den genannten Anwendungsfällen stellen Urheber ihre Schutzgegenstände in einem Medium bereit, in dessen Nutzungskontext Nutzungsfreiheit die Regel und Exklusivität die Ausnahme ist. Wer Zeitungsartikel veröffentlicht, beteiligt sich am offenen Meinungsbildungsprozess – wer Daten im Internet freischaltet, beteiligt sich an der Zugangskultur.<sup>56</sup> Beide Verkehrskreise gehen grundsätzlich davon aus, dass das urheberrechtlich geschützte Kommunikationsartefakt für bestimmte Anschlussnutzungen („Gebräuchlichkeiten der Presse“<sup>57</sup>; „nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen“<sup>58</sup>) zur Verfügung steht. Urheber setzen durch ihre freiwillige, vorbehaltlose Teilnahme das Zeichen, diese Norm zu akzeptieren. Den Anwendungsfällen liegt damit typischerweise eine Interessenlage zugrunde, nach der Urheber aus objektiver Sicht Nutzungen nicht untersagen möchten.

### *bb) Rechtsgeschäftlich Nutzungsmöglichkeiten eröffnen*

In anderen Anwendungsfällen besteht das Vorverhalten darin, dass Urheber rechtsgeschäftlich Möglichkeiten zur Nutzung des Werks eröffnen. Sie handeln dabei so, dass man aus objektiver Sicht grundsätzlich davon ausgehen kann, dass sie mit Nutzungen ihrer Werke in gewissem Maße einverstanden sind – obwohl dieses Einverständnis überhaupt keinen oder keinen so weit reichenden Ausdruck im Rechtsgeschäft gefunden hat. Zu unterscheiden ist zwischen nicht-urheberrechtlichen und urheberrechtlichen Rechtsgeschäften.

### *(1) Nicht-urheberrechtliche Rechtsgeschäfte*

Nicht-urheberrechtlich sind Rechtsgeschäfte, in denen der Urheber rechtserheblich handelt, aber prima facie kein urheberrechtliches Rechtsgeschäft eingeht.<sup>59</sup>

<sup>53</sup> Peukert, GRUR-Beil. 2014, 77.

<sup>54</sup> S.a. Peukert, GRUR-Beil. 2014, 77, 79.

<sup>55</sup> Bracha, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1814: „[...] the overwhelming majority of courts and commentators agree that a default rule of exclusion would be ruinous“.

<sup>56</sup> Für das Internet Peukert, GRUR-Beil. 2014, 77, 79.

<sup>57</sup> Bandilla, Urheberrecht im Kaiserreich, S. 118.

<sup>58</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 36 – Vorschäubilder I.

<sup>59</sup> Gerade diese urheberrechtliche Neutralität ist Anwendungsvoraussetzung der Anwendungsfälle: Die Tatbestände greifen nicht, wenn etwas anderes vereinbart ist (vgl. § 69b Abs. 1

Dazu gehören die Anwendungsfälle des § 44 Abs. 2 UrhG, § 69b UrhG und § 89 Abs. 1 UrhG.

§ 44 Abs. 2 UrhG setzt voraus, dass der Urheber ein Original Exemplar eines Werks der bildenden Künste oder eines Lichtbildwerks veräußert, das noch nicht veröffentlicht ist. Dadurch „entlässt er es damit endgültig aus seiner persönlichen Sphäre“, <sup>60</sup> weshalb man nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon ausgehen kann, dass der Urheber mit der Ausstellung des Werkes grundsätzlich einverstanden ist. <sup>61</sup> Das ist in der Regel auch der Zweck, weshalb Personen unveröffentlichte Werke der bildenden Künste oder Lichtbildwerke erwerben. Einerseits besteht deshalb kein Verbotsinteresse, andererseits kann man im Normalfall sogar auf ein positives Interesse des Urhebers an der Privilegierung schließen.

§ 69b UrhG und § 89 Abs. 1 UrhG greifen ein, wenn Urheber einen Arbeits- oder Dienstvertrag abschließen oder sich zur Mitwirkung bei der Herstellung eines Filmes verpflichten. Den Parteien ist dabei aus objektiver Sicht klar, dass künftige Arbeitsergebnisse <sup>62</sup> dem Arbeitgeber und Filmhersteller als Gegenleistung für die Vergütung zustehen. Anders als freie Urheber haben Arbeitnehmer-urheber aufgrund des Lohnes aus dem Arbeitsverhältnis einen gesicherten Lebensunterhalt, ohne ein wirtschaftliches Risiko zu tragen und sind deshalb weniger schutzbedürftig. Wenn Personen sich verpflichten, für andere in persönlicher Abhängigkeit kreativ tätig zu werden, besteht deshalb objektiv der Erklärungswert, dass sie grundsätzlich kein Interesse am Vorbehalt der Nutzungsrechte haben. Zudem kann man Arbeitnehmer- und Filmurhebern unterstellen, ihre Beiträge zu erbringen, damit sie auch Verwendung finden. Sie haben also auch ein positives Interesse daran, dem Arbeitgeber oder Filmhersteller die üblichen Nutzungsrechte einzuräumen.

In diesen Anwendungsfällen tätigen Urheber Rechtsgeschäfte, die urheberrechtlich eigentlich neutral sind, aus objektiver Sicht aber mit einer Einräumung urheberrechtlicher Befugnisse einhergehen. Das Vorverhalten legt nahe, dass Urheber kein Interesse an der Untersagung bestimmter Nutzungen haben, denn anderenfalls würden sie den Erfolg des nicht-urheberrechtlichen Rechtsgeschäfts konterkarieren. Das Recht stabilisiert diese Interessenlage, indem es den Vertrag nach objektiven Grundsätzen vervollständigt – allerdings nur, solange kein subjektiv abweichendes Interesse erkennbar ist.

## *(2) Urheberrechtliche Rechtsgeschäfte*

Wenn Urheber zwischen dem 1.1.1966 und dem 1.1.2008 anderen alle wesentlichen Nutzungsrechte ausschließlich sowie räumlich und zeitlich unbegrenzt ein-

---

a.E. UrhG), kein Zweifel besteht (§ 89 Abs. 1 S. 1 a.E. UrhG) oder ein ausdrücklicher Abschluss existiert (vgl. § 44 Abs. 2 a.E. UrhG).

<sup>60</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 62.

<sup>61</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 62.

<sup>62</sup> Sei es Software (§ 69b UrhG) oder Beiträge zu einem Filmwerk (§ 89 UrhG).

geräumt haben, fingiert § 137 I UrhG eine Rechtseinräumung. Urheber wollen mit einem solchen Rechtsgeschäft Befugnisse im weitestmöglichen Umfang gewähren – dass nicht auch unbekannte Nutzungsarten erfasst sind, wird in der Regel daran liegen, dass es bei Vertragsschluss noch nicht zulässig war (§ 31 Abs. 4 UrhG a.F.). Aus objektiver Sicht haben sie deshalb ein verringertes Interesse, sich Nutzungen auf unbekannte Nutzungsarten vorzubehalten. Zudem verbessern die Nutzungen die Verwertungsmöglichkeiten des Werkes,<sup>63</sup> weshalb auch ein positives Interesse an einer Privilegierung besteht.<sup>64</sup>

Ähnliches gilt für das Recht zur Verfilmung nach § 88 Abs. 1 S. 1 UrhG: Wenn ein Filmhersteller ein Werk verfilmen möchte, muss er zwingend über das Recht zur Herstellung eines Filmwerkes verfügen. Weil zudem regelmäßig ein hoher Kapitaleinsatz fällig wird, muss daneben die Verwertung gesichert sein, das Recht also ausschließlicher Natur sein. Auch in Bezug auf Beiträge in Sammlungen ist üblich, dass Herausgeber und Verleger ausschließliche Rechte zur Amortisation ihrer Kosten erwerben.<sup>65</sup> Urheber, die sich bewusst für eine Sammlung öffnen und dafür eine Vergütung aushandeln können, sind mit dieser Praxis für gewöhnlich einverstanden. Wenn Urheber eine Verfilmung oder die Aufnahme in eine Sammlung in diesem Wissen gestatten, indiziert das deshalb aus objektiver Sicht, dass sie sich die von §§ 38 Abs. 1, 88 Abs. 1 S. 1 UrhG ermöglichten Nutzungen nicht vorbehalten möchten.

Im Fall von § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG schließlich ist das Vorverhalten, dass Urheber Nutzungsrechte *einem Unternehmen* einräumen. Es ist dabei absehbar, dass sich der wirtschaftliche Inhaber des Nutzungsrechts durch Transaktionen ändern kann. Urheber, die damit prinzipiell nicht einverstanden sind, würden Nutzungsrechte nicht vorbehaltlos einräumen. Wer in diesem Wissen dennoch Nutzungsrechte an ein Unternehmen veräußert, billigt aus objektiver Sicht deshalb auch die Übertragung dieser Rechte und ist weniger schutzbedürftig.<sup>66</sup>

### cc) Veröffentlichung

Weniger aktives Vorverhalten verlangen die Anwendungsfälle der verwaisten Werke (vgl. § 61 Abs. 2 UrhG) und die Nutzung und Änderung von Werken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch (vgl. § 46 Abs. 1 S. 1 UrhG, ggf. i.V.m. § 62 Abs. 5 S. 1 UrhG), in denen es lediglich zur vorbehaltlosen *Veröffentlichung* eines Werkes gekommen sein muss. In Frage steht, ob allein dadurch auf ein mangelndes Verbotsinteresse geschlossen werden kann.

<sup>63</sup> Vgl. in Bezug auf Digitalisierungen Lang, N.Y. L. Sch. L. Rev. 55 (2010), 111, 113.

<sup>64</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/1828, S. 22. Motiv der Regelungen zu unbekannten Nutzungsarten ist danach gerade, dass Urhebern nicht geholfen ist, wenn sie keinen Vertrag über künftige Nutzungsarten schließen könnten, selbst wenn sie dies möchten.

<sup>65</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 59.

<sup>66</sup> Vgl. zur Schutzbedürftigkeit Fromm/Nordemann/J. Nordemann, § 34 UrhG Rn. 23.

Die Veröffentlichung (vgl. § 6 Abs. 1 UrhG) markiert grundsätzlich eine entscheidende Zäsur: Der Urheber verzichtet dadurch auf die alleinige Herrschaft über das Werk;<sup>67</sup> es „tritt [...] bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum und kann zu einem eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden“<sup>68</sup>. Außerdem greifen mit der Veröffentlichung zahlreiche Schranken tatbestandlich ein.<sup>69</sup> Das Werk wird also „in gewissem Maße“<sup>70</sup> zum Gemeingut. In selbem Maß kann man Urhebern auch unterstellen, Nutzungen ermöglichen zu wollen,<sup>71</sup> denn anderenfalls wäre die Veröffentlichung ein widersprüchlicher Akt.<sup>72</sup> Allerdings bekennen sich Urheber dadurch noch nicht zu einer speziellen Art der Verwertung – vielmehr handelt es sich um einen Schritt, der für die normale Verwertung im Exklusivmodus gewöhnlich und notwendig ist. Immaterialgüterrechte wie das Urheberrecht sind aus diesem Grund veröffentlichungsresistent konzipiert.<sup>73</sup> Die vorbehaltlose Veröffentlichung allein indiziert folglich kein mangelndes Verbotsinteresse.

Das verringerte Interesse folgt in den genannten Anwendungsfällen allerdings aus anderen Umständen: In Bezug auf verwaiste Werke bezeugt schon der Waisenstatus ein Desinteresse am Verbotsrecht. Wenn der Urheber an der exklusiven Vermarktung ein Interesse hätte, würde er das Werk nicht vernachlässigen. Darüber hinaus handelt es sich häufig um ältere Werke, für die eine individuelle Lizenzierung aus objektiver Sicht wenig aussichtsreich ist. Zudem sind es typischerweise öffentliche Einrichtungen, die verwaiste Werke nicht-kommerziell wieder zugänglich machen möchten. Schließlich können verwaiste Werke wieder eine Bedeutung erlangen, wenn sie rezipiert werden können.<sup>74</sup> Für nicht-kommerzielle Nutzungen besteht deshalb sogar ein überwiegendes Interesse der Urheber an der Zugänglichkeit des Werks.<sup>75</sup> Das dürfte in der Regel auch für die Nutzung und Änderung von Werken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch gelten. „Für den Gebrauch während religiöser Feierlichkeiten“ (§ 46 Abs. 1 S. 1, ggf. i.V.m. § 62 Abs. 5 S. 1 UrhG) kommen von vornherein nur religionsfreundliche Werke in Betracht. Es liegt im objektiven Interesse der regelmäßig auch religionsfreundlichen Urheber, dass ihre Werke möglichst einfach für

<sup>67</sup> Jacob, Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern, S. 116.

<sup>68</sup> BVerfG GRUR 2001, 149 151 – Germania 3.

<sup>69</sup> S. die Aufzählung bei Schricker/Loewenheim/Peukert, § 12 UrhG Rn. 1.

<sup>70</sup> von Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 767.

<sup>71</sup> Das entspricht der Natur des Urheberrechts. Werke sind Mitteilungsgüter, deren Sinn es nicht ist, andere von ihrer Benutzung dauerhaft auszuschließen, vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 63. Das Urheberrecht soll zu ihrer Verbreitung beitragen, wofür die Veröffentlichung ein wesentlicher Zwischenschritt ist.

<sup>72</sup> Jacob, Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern, S. 119.

<sup>73</sup> Vgl. Jacob, Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern, S. 118, 124 zum intelligiblen, veröffentlichungs-transzendenten Besitz.

<sup>74</sup> Albrecht, Verwaiste Werke, S. 62.

<sup>75</sup> Vgl. zum persönlichkeitsrechtlichen Interesse Grünberger, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 379 mit Hinweis auf unterstützende Empirie.

kultische Handlungen verwendet werden können – zumal dafür eine Vergütung anfällt (§ 46 Abs. 4 UrhG). Dafür spricht auch die gelebte Praxis, unaufgefordert Belegexemplare an die Urheber zu versenden.<sup>76</sup>

#### *dd) Kein Vorverhalten*

In den übrigen Anwendungsfällen ist schließlich kein aktives Vorverhalten des Urhebers erforderlich. Dort ließe sich nur an die Schöpfung des Schutzgegenstands anknüpfen, die aber Verbotsmöglichkeiten überhaupt erst entstehen lässt und deshalb kein tauglicher Anknüpfungspunkt ist. Allerdings können in den Anwendungsfällen auch die sonstigen Umstände der Nutzung ein vermindertes Verbotsinteresse nahelegen: der Zustand des Werks, der Charakter der Nutzung und die Person des Nutzers.

#### *(1) Nicht verfügbare Werke*

Wie schon für verwaiste Werke sind auch für nicht verfügbare Werke Indikatoren eines mangelnden Verbotsinteresses die Nutzungsumstände, wie der geringe kommerzielle Wert der Schutzgegenstände,<sup>77</sup> der häufig nicht-kommerzielle Nutzungscharakter und der Nutzerkreis aus typischerweise öffentlichen Einrichtungen. Außerdem kamen auf 37.374 Werke, die im Zeitraum von Juni 2015 bis April 2021 von der VG Wort als nicht verfügbare Werke lizenziert wurden, 16 Widersprüche von Rechtsinhabern.<sup>78</sup> Das unterstreicht das objektiv geminderte Interesse der Rechtsinhaber daran, Nutzungen vergriffener Werke zu untersagen.

#### *(2) EKL*

Urheber, die Außenstehende sind, deuten ein mangelndes Verwertungsinteresse an, denn sie verzichten auf die effiziente Wahrnehmung über die Verwertungsgesellschaft. Allerdings ist genauso gut denkbar, dass solche Urheber ihre Ausschließlichkeitsrechte einfach individuell verwerten möchten.<sup>79</sup> Die Tatsache allein, dass ein Urheber Außenstehender ist, erlaubt also keinen Schluss auf ein mangelndes Verbotsinteresse. Wenn allerdings hinzutritt, dass eine effektive Verwertung nur über eine Verwertungsgesellschaft möglich ist, kann das aber für ein verringertes Verbotsinteresse sprechen.

<sup>76</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Melichar/Stieper, § 46 UrhG Rn. 19; von Gamm, § 46 UrhG Rn. 15.

<sup>77</sup> Zur kommerziellen Relevanz *de la Durantaye*, GRUR 2020, 7.

<sup>78</sup> Persönliche Auskunft auf Anfrage beim Lizenzierungsservice Nicht verfügbare Werke der Deutschen Nationalbibliothek im Mai 2021.

<sup>79</sup> Der Kontrollverlust läge dann nicht in ihrem Interesse, s. Trimpke, Exklusivität und Kollektivierung, S. 471.

(3) *Verlinkungen auf Schutzgegenstände, die ohne Zustimmung zugänglich sind*

Verlinkungen auf Schutzgegenstände, die ohne Zustimmung des Urhebers im Internet zugänglich sind,<sup>80</sup> lenken zwar zusätzliche Aufmerksamkeit auf Werke, doch kommt das nicht dem Urheber zugute, weil er sie gerade nicht selbst vorhält oder vorhalten lässt. Auf der anderen Seite sorgen Verlinkungen in der Regel nicht für eine wirtschaftliche Beeinträchtigung;<sup>81</sup> sie haben vielmehr den Charakter einer Anschlussnutzung und lassen sich in der Regel nicht eigenständig bewerten. Das Verbotsinteresse richtet sich deshalb für gewöhnlich gegen die Person, die die Schutzgegenstände zugänglich gemacht hat und nicht gegen den Linksetzer.

(4) *Dienstanbieter für das Teilen von Online-Inhalten*

Bei der Kontroverse um die Regelungen für Dienstanbieter für das Teilen von Online-Inhalten ging es im Kern um die Aufteilung der von Plattformen erwirtschafteten Erlöse (sog. „value gap“<sup>82</sup>) – und nicht darum, ob die Plattformen die Inhalte wiedergeben dürfen sollen.<sup>83</sup> Die Plattformen eröffnen für Urheber nämlich Möglichkeiten für neue Geschäftsmodelle und bringen Entdeckungs- und Werbeeffekte mit sich.<sup>84</sup> Urheber machen von bereits bestehenden Untersagungsmöglichkeiten auch nur selten Gebrauch: Auf der Videoplattform *YouTube* kommen seit Januar 2014 auf einen regulären Antrag auf Blockierung wegen einer Urheberrechtsverletzung (Copyright-Takedown) 50 Content-ID-Claims.<sup>85</sup> Von diesen Content-ID-Claims sind seit 2017 90 % auf die Monetarisierung, nicht die Blockade des Inhalts gerichtet.<sup>86</sup> Es besteht also objektiv ein Interesse daran, dass Nutzungen zustande kommen können, wenn auch nicht stets vergütungsfrei. Allerdings folgt daraus nicht zwingend, dass Urheber ein verringertes Verbotsinteresse haben. Vielmehr liegt es objektiv in ihrem Interesse, den Unterlassungs-

---

<sup>80</sup> Nicht hierher gehören Bildersuchmaschinen, die Schutzgegenstände indexieren, die ohne Zustimmung des Rechtsinhabers im Internet zugänglich sind. Die Vorschaubilder-Rechtsprechung deckt nämlich nur Nutzungen von Schutzgegenständen ab, für die Rechtsinhaber (beliebigen) Dritten zuvor eine Lizenz zur öffentlichen Zugänglichmachung im Internet erteilt haben, vgl. BGH GRUR 2012, 602 Rn. 26 ff. – Vorschaubilder II. Rechtsinhaber zeigen also ein Vorverhalten, die Lizenzierung (dazu D.I.1.b)aa)(2)).

<sup>81</sup> Vgl. *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 259.

<sup>82</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 62; vgl. auch *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327.

<sup>83</sup> Anderes gilt etwa für Werke der Filmindustrie, die in der Regel nicht monetarisiert, sondern blockiert werden sollen.

<sup>84</sup> Vgl. ErWG 61 DSM-RL; *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327, 334.

<sup>85</sup> *YouTube Help*, The difference between copyright takedowns and Content ID claims, <https://support.google.com/youtube/answer/7002106?hl=en-GB>, archiviert unter [perma.cc/9PKH-JY76](https://perma.cc/9PKH-JY76).

<sup>86</sup> *Google*, How Google fights Piracy, [https://services.google.com/fh/files/newsletters/how\\_google\\_fights\\_piracy.pdf](https://services.google.com/fh/files/newsletters/how_google_fights_piracy.pdf), archiviert unter [perma.cc/HP4H-QD9D](https://perma.cc/HP4H-QD9D); vgl. auch zu den dahinterstehenden Anreizen *Grosse Ruse-Khan*, PIJIP Research Paper Series 51 / 2020, 5 ff.

anspruch gerade dort einzusetzen, wo er dazu beitragen kann, die Wertschöpfungslücke zu schließen. Zwar kann auch eine Vergütungsregelung das Interesse der Urheber befriedigen, ein Verbotsrecht stärkt aber die Verhandlungsposition der Urheber.<sup>87</sup>

*c) Zwischenergebnis*

Die Betrachtung der objektiven Interessenlage zeigt einerseits, dass in allen Anwendungsfällen das Interesse an einer Nutzung auf Nutzerseite gesteigert ist. Beim Großteil der Anwendungsfälle liegen die Nutzungen im öffentlichen Interesse, weil sie konkret sozial wertvoll sind oder abstrakt sozialen Nutzen versprechen. Das Nutzungsinteresse zielt dabei nicht auf den bloßen Werkgenuss, sondern dient werkgenussinduzierenden Handlungen. Im Übrigen handelt es sich um qualifizierte Partikularinteressen aufgrund parallel angelegter schuldrechtlicher Näheverhältnisse, die objektiv auf eine Nutzungsmöglichkeit vertrauen lassen. Auf der anderen Seite ist das Verbotsinteresse der Urheber im Großteil der Anwendungsfälle verringert oder schlägt sogar in ein positives Privilegierungsinteresse um. Die Urheber haben also entweder kein Interesse daran, das Verbotsrecht einzusetzen, damit es zu individuellen Transaktionen kommt. Oder – falls solche Transaktionen anstehen – haben sie kein Interesse daran, sich bestimmte Rechte vorzubehalten. Das zeigt zum einen das Vorverhalten, wenn Urheber Werke in einem offenen, auf der Nutzungsfreiheit basierenden Medium bereitstellen oder sich rechtsgeschäftlich so betätigen, dass damit bestimmte Nutzungsmöglichkeiten einhergehen müssen. In diesen Fällen sind sie nicht in ihren Verwertungsmöglichkeiten berührt oder es existiert von vornherein kein eigener Markt für die Nutzungsform; außerdem berühren einige Anwendungsfälle nicht die schöpferischen Charakteristika der Schutzgegenstände, eröffnen Verwertungschancen, die zuvor nicht bestanden, oder betreffen für den Urheber uninteressante Nutzungsformen. Wo kein belastbares Vorverhalten besteht, indizieren zum anderen die Nutzungsumstände wie der Charakter des Werks und der Nutzung sowie die Person des Nutzenden ein mangelndes Verbotsinteresse.

Ein mangelndes Verbotsinteresse bedeutet dabei nicht, dass Urheber unter keinen Umständen ihr Verbotsrecht geltend machen wollen. Vielmehr lassen die Anwendungsfälle ein Regel-Ausnahme-Verhältnis erkennen: Sie erfassen Szenarien, in denen das Verbotsinteresse *normalerweise* verringert ist und Urheber, die Nutzungen untersagen wollen, aus objektiver Sicht die Ausnahme sind. Die Anwendungsfälle kollidieren deshalb mit dem normativen Normalfall, der die individuelle Verwertung im Exklusivmodus als Standard setzt – im Konflikt zur Interessenlage der Anwendungsfälle.

---

<sup>87</sup> Vgl. Hofmann, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 319 ff.

## 2. Transaktionskosten

Um das Entstehen der Anwendungsfälle zu verstehen, sind auch die Transaktionskosten in den Blick zu nehmen. Die Leitfrage dazu lautet: Welche Kosten würden *ohne die Handlungslast* unter dem urheberrechtlichen Normalfall der Ausschließlichkeit eintreten? Grundsätzlich muss für jede Nutzung eine individuelle Transaktion erfolgen. Die These ist, dass es dadurch in den Anwendungsfällen zu prohibitiven oder verschwenderischen Transaktionskosten kommen würde. Wie zu zeigen sein wird, besteht dort nämlich entweder eine hohe Anzahl betroffener Werke, involvierter Rechtsinhaber oder beabsichtigter Nutzungen, eine fehlende Kenntnis vom Schutzstatus oder Erreichbarkeit der Rechtsinhaber oder es ist von vornherein klar, dass und welche Befugnisse eingeräumt werden sollen.

## a) Arten von Kosten

Markttransaktionskosten bezeichnen allgemein die Kosten für die Benutzung des Marktes.<sup>88</sup> Abstrakt geht es dabei um Kosten der Information, der Koordination bei der Übertragung von Rechten und der Durchsetzung von Rechten.<sup>89</sup> Bei der Anbahnung einer urheberrechtlichen Nutzung durch den Nutzer lässt sich mit *Bracha* zwischen Suchkosten, Präferenzermittlungskosten und Verhandlungskosten unterscheiden.<sup>90</sup>

*Suchkosten* sind zunächst die Kosten dafür, Status und Inhaberschaft des Schutzgegenstands zu ermitteln. Sie fallen für Immaterialgüterrechte tendenziell höher aus als für das Sacheigentum,<sup>91</sup> da ein unkörperlich-abstraktes Objekt als Schutzgegenstand schwieriger zu bestimmen ist.<sup>92</sup> Erschwert wird die Statusklärung dadurch, dass das Urheberrecht ein formlos entstehendes Recht ist und Schutzgegenstände zeitbedingt gemeinfrei werden können (vgl. § 64 UrhG). Wenn es sich um ein schutzfähiges Werk handelt, müssen Nutzer zudem die Identität des Rechtsinhabers ermitteln, von dem sie die Befugnisse erwerben können, ohne dass ihnen Formerfordernisse die Nachvollziehbarkeit der Rechtsinhaberschaft erleichtern.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> Grundlegend *Coase*, J.L. & *Econ.* 3 (1960), 1, 15; s.a. *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 57 ff.

<sup>89</sup> So *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 80.

<sup>90</sup> Im Folgenden nach *Bracha*, *Tex. L. Rev.* 85 (2006), 1799, 1828; in der Sache ähnlich *Sutterer*, *ZGE/IPJ* 13 (2021), 281, 282; vgl. auch *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 58 ff., die ähnlich einteilen. Die Präferenzermittlungskosten sind dort Teil der Such- und Informationskosten.

<sup>91</sup> *Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, S. 16.

<sup>92</sup> Vgl. zum Paradigma des Immaterialguts *Peukert*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, S. 1 ff.

<sup>93</sup> Vgl. zum US-amerikanischen Recht *Bracha*, *Tex. L. Rev.* 85 (2006), 1799, 1830.

Wenn klar ist, dass es sich um einen Schutzgegenstand handelt und wer Rechtsinhaber ist, muss anschließend dessen Einstellung gegenüber einer Nutzung abgefragt werden.<sup>94</sup> Dazu kontaktiert nahezu immer der Nutzer den Rechtsinhaber,<sup>95</sup> wodurch *Präferenzermittlungskosten* entstehen. Wenn der Rechtsinhaber signalisiert, dass er von vornherein einer (entgeltfreien) Nutzung zustimmt, ist kein Eintritt in eine Verhandlung erforderlich. Fehlt ein solches Signal, kommt es zu einer Verhandlung.

Nutzer und Rechtsinhaber verhandeln dann darüber, zu welchen Konditionen der Rechtsinhaber dem Nutzer Befugnisse einräumt. Es fallen Kosten dafür an, die Vertragsbedingungen festzulegen und Entscheidungen zu treffen, die *Verhandlungskosten*.<sup>96</sup>

#### b) Anzahl betroffener Schutzgegenstände und beabsichtigter Nutzungen

Anhand der kostenerhöhenden Faktoren lassen sich die Anwendungsfälle gruppieren. Die erste Gruppe umfasst Anwendungsfälle, in denen ein Nutzer viele Schutzgegenstände von vielen Rechtsinhabern nutzen möchte, was mit der Allokation der Transaktionskosten nach dem urheberrechtlichen Normalfall nicht harmoniert. Die Suchkosten wirken prohibitiv, denn schon zu ermitteln, ob es sich bei den Inhalten um urheberrechtliche Schutzgegenstände handelt, ist bei der jeweils betroffenen Anzahl praktisch ausgeschlossen und erlaubt keinen wirtschaftlichen Betrieb der jeweiligen Geschäftsmodelle:

Bildersuchmaschinen indexieren Bilder im zweistelligen Milliardenbereich.<sup>97</sup> Daher ist sowohl ein umfangreicher Werkbestand als auch eine unüberschaubare Masse an Nutzungshandlungen betroffen. Da jede Indexierungshandlung potentiell urheberrechtlich relevant ist, wird eine nicht zu vollziehende Anzahl von Transaktionen im Milliardenbereich erforderlich.<sup>98</sup>

Je größer die beim TDM zu untersuchende Menge an Objekten, desto aussagekräftiger können die Analyseergebnisse sein – desto größer ist allerdings auch die Zahl möglicher Schutzgegenstände, zugehöriger Rechtsinhaber und

<sup>94</sup> *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1831.

<sup>95</sup> Vgl. in Bezug auf die Kostenverteilung *Sutterer*, ZGE/IPJ 13 (2021), 281, 283.

<sup>96</sup> Vgl. *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, S. 60.

<sup>97</sup> Der Branchenführer *Google Images* hatte nach eigenen Angaben zu Beginn etwa 250 Millionen Bilder indexiert, innerhalb von 4 Jahren ist die Anzahl auf 1 Milliarde im Jahr 2005 und auf 10 Milliarden im Jahr 2010 gestiegen, vgl. *Official Google Blog*, Google Images presents a nicer way to surf the visual web, <https://googleblog.blogspot.com/2010/07/ooh-ahh-google-images-presents-nicer.html>, archiviert unter [perma.cc/FGJ2-MV39](https://perma.cc/FGJ2-MV39).

<sup>98</sup> Von prohibitiv hohen Transaktionskosten gehen daher aus: *Leistner/Stang*, CR 2008, 499, 506; *Conrad*, ZUM 2010, 585, 586; *Klass*, in: Leible (Hrsg.), Der Schutz des geistigen Eigentums im Internet, S. 165, 178, 181.

Nutzungsvorgänge.<sup>99</sup> TDM-Anwender beschränken bereits ihre Nutzungen, weil sie die Transaktionskosten als zu hoch einschätzen.<sup>100</sup>

Beim Teilen von Online-Inhalten über Diensteanbieter im Internet geht es um Massennutzungen aus einem äußerst weit gestreuten Werkbestand. Die zentralen Diensteanbieter werden von mehreren Milliarden Nutzern besucht,<sup>101</sup> von denen jeder Inhalte über die Plattformen verbreiten kann.<sup>102</sup> Betroffen ist also eine für den Diensteanbieter nicht zu überblickende Anzahl von Schutzgegenständen, Rechtsinhabern und Nutzungshandlungen.

Die Nutzung verwaister und nicht verfügbarer Werke erfolgt häufig im Rahmen von Retrodigitalisierungsprojekten, bei denen eine große Anzahl von Titeln vervielfältigt und zugänglich gemacht werden soll.<sup>103</sup> Folglich betreffen die Anwendungsfälle typischerweise<sup>104</sup> auch große Werkbestände und involvieren eine hohe Zahl von Rechtsinhabern und Nutzungsvorgängen, was eine individuelle Lizenzierung ausscheiden lässt.<sup>105</sup>

EKL sollen ein Problem lösen, das sich regelmäßig bei Nutzungen großer Werkbestände oder Massennutzungen stellt,<sup>106</sup> indem sie Befugnisse bei Verwertungsgesellschaften konzentrieren.<sup>107</sup> Nicht umsonst ist mit ihnen die Erwartung

<sup>99</sup> Daher von zu hohen Transaktionskosten ausgehend *Europäische Kommission*, Standardisation in the area of innovation and technological development, notably in the field of Text and Data Mining – Report from the Expert Group, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/71122>, archiviert unter [perma.cc/S733-YXHM](https://perma.cc/S733-YXHM), S. 5.

<sup>100</sup> *JISC*, Value and benefits of text mining, <https://www.jisc.ac.uk/reports/value-and-benefits-of-text-mining>, archiviert unter [perma.cc/C8DJ-52ZD](https://perma.cc/C8DJ-52ZD); vgl. auch *Raue*, IIC 2018, 379, 381; *ders.*, CR 2017, 656, 661.

<sup>101</sup> *Facebook* etwa wurde im 4. Quartal 2021 von 2,936 Milliarden Nutzern monatlich besucht, vgl. *Meta Investor Relations*, Q1 2022 Earnings, [https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc\\_financials/2022/q1/Q1-2022\\_Earnings-Presentation\\_Final.pdf](https://s21.q4cdn.com/399680738/files/doc_financials/2022/q1/Q1-2022_Earnings-Presentation_Final.pdf), archiviert unter [perma.cc/767H-FSRC](https://perma.cc/767H-FSRC), S. 14. *YouTube* wurde im gleichen Zeitraum von schätzungsweise 2,24 Milliarden Nutzern besucht, vgl. *Statista*, Forecast of the number of Youtube users in the World from 2017 to 2025, <https://www.statista.com/forecasts/1144088/youtube-users-in-the-world>, archiviert unter [perma.cc/T699-SUBP](https://perma.cc/T699-SUBP).

<sup>102</sup> Pro Minute werden allein bei *YouTube* Inhalte im Umfang von 500 Stunden auf der Plattform hochgeladen, die urheberrechtlich relevantes Material enthalten können, vgl. *Statista*, Hours of video uploaded to YouTube every minute as of February 2020, <https://www.statista.com/statistics/259477/hours-of-video-uploaded-to-youtube-every-minute/>, archiviert unter [perma.cc/5FW6-648X](https://perma.cc/5FW6-648X).

<sup>103</sup> Vgl. ErwG I Verwaiste-Werke-RL: „groß angelegte Digitalisierung“ und „Massendigitalisierung“ von Sammlungen oder Archivbeständen; ErwG 30 S. 2 DSM-RL: Schwierigkeiten aufgrund der „Anzahl der in Massendigitalisierungsprojekte einbezogenen Werke“.

<sup>104</sup> Freilich gibt es auch Fälle, in denen es um die Nutzung einer geringen Anzahl von Werken geht, vgl. in Bezug auf verwaiste Werke *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 553 f.; sie sind der folgenden Gruppe zuzuordnen.

<sup>105</sup> Vgl. für nicht verfügbare Werke *Guibault/Schroff*, IIC 2018, 916, 917; *de la Durantaye*, GRUR 2020, 7, 7: Lizenzierung wegen damit verbundener Transaktionskosten „faktisch unmöglich“.

<sup>106</sup> Vgl. *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 539, 557.

<sup>107</sup> Vgl. zu den Wirkungen *Europäische Kommission*, Study on emerging issues on collective

verbunden, „dass so auch Massennutzungen, zum Beispiel auf Plattformen, leichter lizenziert werden können“.<sup>108</sup> Sie sind deshalb von vornherein nur dort möglich, wo es aufgrund der Transaktionskosten unzumutbar ist, eine Erlaubnis einzuholen (§ 51a Abs. 1 Nr. 2 VGG).<sup>109</sup>

Auch der Anwendungsfall der Übertragung von Nutzungsrechten im Rahmen einer Unternehmensveräußerung bezieht sich auf große Werkbestände:<sup>110</sup> Für professionelle Verwerter, die Nutzungsrechte von einer unüberschaubaren Zahl an Urhebern innehaben,<sup>111</sup> sei es unzumutbar, vor der Veräußerung die Zustimmung jedes Rechtsinhabers zu erfragen.<sup>112</sup> Die Präferenzermittlungs- und Verhandlungskosten wegen des großen bürokratischen Aufwands sind in diesen Fällen also übermäßig bis prohibitiv hoch.<sup>113</sup>

### c) Kenntnis des Schutzstatus und Erreichbarkeit der Rechtsinhaber

Die Anwendungsfälle der zweiten Gruppe verbindet dagegen ein Missverhältnis zwischen dem erwarteten Nutzen und dem Aufwand, eine Nutzung im Wege individueller Transaktionen zu realisieren.<sup>114</sup> Nicht nur entstehen erhebliche Suchkosten pro Nutzung, sondern die Nutzungen sind teilweise auch leicht verzichtbar oder Nutzer können positive externe Wohlfahrtsgewinne nicht internalisieren. Anders als in der ersten Gruppe gilt das schon für einen *einzelnen* Nutzungsvorgang:

Verlinkungen betreffen einzelne Schutzgegenstände, deren urheberrechtlicher Status im Regelfall auch mit verhältnismäßigem Aufwand zu ermitteln ist.<sup>115</sup> Allerdings bereit es häufig Schwierigkeiten, den zugehörigen Rechtsinhaber zu finden, denn Linksetzer haben als Anschlussnutzer nicht zwingend Kenntnis von dessen Identität. Solche Verlinkungen sind im nicht-kommerziellen Bereich nur

---

licensing practices in the digital environment, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/611658>, archiviert unter [perma.cc/2NFZ-4RZZ](https://perma.cc/2NFZ-4RZZ), S. 238 ff.

<sup>108</sup> BT-Drucks. 19/27426, S. 49.

<sup>109</sup> Ebenfalls auf prohibitiv hohe Kosten abstellend Zhang, IIC 2016, 640, 641, 644; eine Korrelation sieht auch Trumpke, Exklusivität und Kollektivierung, S. 452.

<sup>110</sup> Der Anwendungsfall changiert allerdings zwischen dieser und der folgenden Gruppe. Soweit nur ein kleiner Kreis an Urhebern betroffen ist, ist ein Transaktionskostenproblem nur insofern denkbar, dass die Suchkosten im Einzelfall eine nutzungshemmende Wirkung entfalten. Dann ist der Anwendungsfall in die folgende Gruppe einordnen.

<sup>111</sup> Vgl. Dreier/Schulze/Schulze, § 34 UrhG Rn. 28: „[...] die Zahl der um Zustimmung zu befragenden Urheber [könnte] geradezu uferlos werden; [...]“.

<sup>112</sup> BT-Drucks. IV/270, S. 57; Schon nach alter Rechtslage war eine Zustimmung der Urheber deshalb nur erforderlich, wenn ihr Kreis klein und überschaubar war, s. Dreier/Schulze/Schulze, § 34 UrhG Rn. 37.

<sup>113</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Ohly, § 34 UrhG Rn. 2; Loewenheim/Loewenheim/Nordemann/Ohly, Handbuch des Urheberrechts, § 28 Rn. 7.

<sup>114</sup> Vgl. in Bezug auf Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch Stieper, Schranken des Urheberrechts, S. 85 f.

<sup>115</sup> Vgl. Conrad, CR 2013, 305, 313.

opportun, wenn sie auch kostengünstig erfolgen können. Linksetzer werden es häufig aber nicht auf sich nehmen, den Rechtsinhaber zu ermitteln und eine Erlaubnis einzuholen;<sup>116</sup> die Transaktionskosten wirken also prohibitiv.<sup>117</sup>

Bei unbekannten Nutzungsarten muss für die individuelle<sup>118</sup> Nachlizenzierung der Urheber oder Rechtsinhaber ausfindig gemacht und kontaktiert werden. Der einzelvertragliche Nacherwerb der Rechte an unbekannten Nutzungsarten ist „in vielen Fällen faktisch nicht mehr möglich oder mit erheblichen Transaktionskosten verbunden“<sup>119</sup>, denn die Verträge betreffen ältere Werke und liegen meist viele Jahre zurück.

Wenn schließlich Änderungen von Sprachwerken und die Nutzung von Werken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch von der Einwilligung des Urhebers abhängen, sind für jeden Einzelfall die Identität und Erreichbarkeit der Rechtsinhaber zu klären, ihre Präferenz zu ermitteln und Einverständnisse einzuholen. Das hielt der Gesetzgeber bereits bei Nutzungen für Unterricht und Lehre für zu aufwändig.<sup>120</sup> Für religiöse Nutzungen, die im privaten Bereich stattfinden, gilt das erst recht.

#### *d) Absehbarkeit der Einräumung von Befugnissen*

In den Anwendungsfällen der dritten Gruppe schließlich wirken die Transaktionskosten nicht prohibitiv. Abreden über die jeweiligen Nutzungen wären zu angemessenen Kosten möglich, denn entweder der Rechtsinhaber ist leicht erreichbar oder es besteht sowieso ein schriftlicher Vertrag, den man nur um die Nutzungsrechte ergänzen müsste. Die Gruppe verbindet aber, dass aufgrund objektiver Umstände jeweils klar ist, ob und wie die Befugnisse zugeordnet werden sollen. Es entstehen deshalb verschwenderische Transaktionskosten, indem ausdrückliche Transaktionen verlangt sind.

§ 49 UrhG etwa betrifft singuläre Nutzungen, die im Interesse der Zeitungen von vornherein grundsätzlich zulässig sein sollen. Es würde für gewöhnlich keine Schwierigkeiten bereiten, die Rechtsinhaber der übernommenen Werke ausfindig zu machen und Rechte einzuholen, weil die Quelle für die Anschlussnutzung bekannt ist. Individuelle Transaktionen wären aber verschwenderisch, weil sie ein Ergebnis herbeiführten, das im Vorhinein absehbar war und auf anderem Wege weniger kostspielig erreicht werden könnte.<sup>121</sup> Problematisch ist deshalb bereits

<sup>116</sup> *Conrad*, CR 2013, 305, 313. Das gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass Urheber eine Zustimmung dann auch verweigern können – die Kosten also frustriert werden können.

<sup>117</sup> Vgl. *Spindler*, GRUR 2016, 157, 159; *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 279; *Conrad*, CR 2013, 305, 313; *Hofmann*, in: Specht/Lauber-Rönsberg/Becker (Hrsg.), *Medienrecht im Medienumbruch*, S. 137, 141.

<sup>118</sup> Soweit ausnahmsweise eine Nutzung unbekannter Nutzungsarten im großen Stil betroffen ist, gehört der Anwendungsfall der unbekannten Nutzungen in die vorgenannte Gruppe.

<sup>119</sup> BT-Drucks. 16/1828, S. 22.

<sup>120</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/12329, S. 48.

<sup>121</sup> Vgl. allgemein im Schrankenkontext *Stieper*, Schranken des Urheberrechts, S. 86.

das negative Verbotsrecht an sich. Zudem kann der Urheber allein dadurch zur Durchsetzung ermutigt werden, obwohl er ex ante mit der Nutzung einverstanden gewesen wäre.<sup>122</sup>

Auch in den Konstellationen der anderen Anwendungsfälle sind individuelle Abreden mit geringen Transaktionskosten möglich: Bei der Veräußerung eines Werkoriginals handelt sich typischerweise um Transaktionen einzelner Objekte und kein Massengeschäft; bei Schöpfungen in Arbeits- oder Dienstverhältnissen, Rechten am Filmwerk und Beiträgen in Sammlungen bietet der zugrundeliegende Vertrag, der in der Regel sowieso schriftlich niedergelegt wird und häufig vorformuliert ist, dafür die entsprechende Grundlage. Das Problem ist in diesen Fällen allerdings nicht, dass individuelle Transaktionen erforderlich sind. Denn das Verbotsrecht erfüllt dort seine Funktion, die zu gewährenden Rechte über die Verhandlungslösung marktgerecht zu bepreisen.<sup>123</sup>

Problematisch ist vielmehr, dass die Parteien Kosten dafür aufwenden müssen, die Einräumung der Befugnis an sich und ihren Umfang rechtssicher zu machen. Wenn sie beides nicht klar festlegen, fallen Unklarheiten unter dem Normalfall zulasten des Erwerbers aus (vgl. § 31 Abs. 5 UrhG). Bei Rechten am Filmwerk etwa könnten dann Einzelne die Verwertung blockieren. Deshalb entstehen Kosten dafür, klarstellende Transaktionen vorzunehmen – obwohl Inhalt und Umfang der Einräumung sich schon aus den objektiven Umständen ergeben: Bei der Veräußerung eines Werkoriginals sind Urheber regelmäßig mit der Ausstellung einverstanden und in Arbeits- oder Dienstverhältnissen, bei Rechten am Filmwerk und Beiträgen in Sammlungen ist aufgrund des Handelns des Urhebers absehbar, dass die jeweiligen Nutzungsrechte eingeräumt werden sollen.<sup>124</sup> In dieser Gruppe bestehen also keine prohibitiv hohen Transaktionskosten, vielmehr sind sie verschwenderisch, weil sie anfallen, um ein ex ante absehbares Ergebnis rechtlich „nachzubauen“.

#### *e) Zwischenergebnis*

Unter dem normativen Normalfall würden in den Anwendungsfällen der ersten und zweiten Gruppe damit prohibitiv hohe Transaktionskosten anfallen: In der ersten Gruppe, die jeweils eine hohe Anzahl von Werken oder Nutzungsvorgängen betrifft, summieren sich bereits die Suchkosten regelmäßig auf ein nicht mehr zu stemmendes Maß. In der zweiten Gruppe geraten die Kosten, die Identität der Rechtsinhaber zu ermitteln und eine Einwilligung einzuholen, außer Verhältnis zum Nutzungsvorteil, weil die Nutzungen einen meist nur geringen subjektiven Nutzen versprechen. In den Anwendungsfällen der dritten Gruppe sind die Transaktionskosten dagegen nicht prohibitiv hoch, aber verschwenderisch. Das

<sup>122</sup> Vgl. *Stieper*, Schranken des Urheberrechts, S. 86.

<sup>123</sup> Vgl. zum Unterlassungsanspruch als Mittel zur Stärkung der Verhandlungsposition *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 319 ff.

<sup>124</sup> S. dazu bereits D.I.1.b)bb).

Verbotsrecht zwingt die Parteien, die Einräumungen durch explizite Transaktionen nachzuzeichnen, obwohl die Verteilung der Befugnisse im Vorhinein absehbar ist. Die Anwendungsfälle stehen deshalb nicht im Einklang mit dem urheberrechtlichen Normalfall – sie wären ineffizient organisiert oder drohten zu scheitern.

## II. Voraussetzungen

Nachdem die Interessenlage und Transaktionskostenproblematik als Entstehumstände von Handlungslasten geklärt sind, soll der Blick nun auf den Inhalt der Rechtsfigur gerichtet werden. Im Folgenden sind die gemeinsamen Merkmale von Handlungslasten in Bezug auf die Voraussetzungen herauszuarbeiten. Sieht man über die Eigenheiten der Anwendungsfälle hinweg, lassen sich dabei vor allem drei Elemente ausmachen, die wiederholt auftauchen: eine Passivität des Belasteten, die Information des Belasteten und der Ablauf einer Frist. Im Folgenden ist zu ermitteln, inwiefern sie sich zu allgemeinen Voraussetzungen von Handlungslasten generalisieren lassen.

### 1. *Passivität*

In den Anwendungsfällen spielt nicht nur aktives, sondern auch *passives* Vorverhalten des Urhebers eine Rolle. Es muss tatbestandlich stets ein Unterlassen geben, damit die Rechtsfolge greift. Nach der allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik ist Unterlassen aber nur ausnahmsweise rechtlich erheblich. Das wirft die Frage auf, welches Verhalten vom Urheber jeweils erwartet wird, worin die Abweichung vom normativen Normalfall des Urheberrechts liegt und warum ein passives Element in den Anwendungsfällen überhaupt rechtliche Bedeutung erlangt.

#### *a) Erscheinungsformen*

Die Anknüpfung an ein Unterlassen des Urhebers ist das Schlüsselement der Anwendungsfälle. Sie ergibt für Urheber ein verkapptes Handlungserfordernis: Wer eine ungewollte Rechtsfolge vermeiden will, muss agieren. Im Unterlassen liegt also – positiv gewendet – die jeweilige Handlungslast, die anhand von vier Gruppen konkretisiert werden kann.

#### *aa) Kein Rechtevorbehalt in einer Transaktion*

Die im (Urheber-)Vertragsrecht spielenden Anwendungsfälle regeln eine Transaktionssituation: Urheber verpflichten sich jeweils schuldrechtlich oder räumen urheberrechtlich Nutzungsrechte ein. Die Anwendungsfälle stellen nun darauf ab, ob Urheber sich dabei bestimmte Rechte vorbehalten haben. Bei der Veräu-

ßerung des Originals eines Werks geht das Ausstellungsrecht über, „es sei denn, daß der Urheber dies bei der Veräußerung des Originals ausdrücklich ausgeschlossen hat“ (§ 44 Abs. 2 UrhG a.E.). Wenn ein Arbeitnehmer ein Computerprogramm in Wahrnehmung seiner Aufgaben schafft, erhält der Arbeitgeber alle vermögensrechtlichen Befugnisse eingeräumt, „sofern nichts anderes vereinbart ist“ (§ 69b Abs. 1 UrhG a.E.). Die Auslegungsregeln in den besonderen Bestimmungen für Filme und für Beiträge zu Sammlungen gelten „im Zweifel“ (§§ 88 Abs. 1 S. 1, 89 Abs. 1 S. 1 UrhG, § 38 Abs. 1 S. 1 UrhG). Voraussetzung der Anwendungsfälle ist damit stets, dass Urheber nicht zum Ausdruck gebracht haben, dass sie die Rechtseinräumung in Bezug auf die speziellen Befugnisse ablehnen.

Darin liegt eine Abweichung vom normativen Normalfall, denn für diese Transaktionen gilt grundsätzlich der Übertragungszweckgedanke (§ 31 Abs. 5 UrhG). Danach räumt der Urheber Nutzungsrechte „im Zweifel nur in dem Umfang ein, den der Vertragszweck unbedingt erfordert“.<sup>125</sup> Rechte, die nicht unerlässlich sind, werden nur eingeräumt, wenn es der Parteiwille unzweideutig zum Ausdruck bringt.<sup>126</sup> Der Rechtserwerber trägt also die Spezifizierungslast, die zu erwerbenden Befugnisse ausdrücklich einzeln zu bezeichnen.<sup>127</sup> Wenn Urheber es bloß unterlassen, einen Vorbehalt bezüglich bestimmter Rechte zu erklären, führt das nach § 31 Abs. 5 S. 2 UrhG deshalb normalerweise nicht zu einer Rechtseinräumung. Die Anwendungsfälle gehen dagegen „im Zweifel“ von einer Rechtseinräumung aus, die über das unbedingt erforderliche, unerlässliche Maß hinausgeht, und setzen so die urheberschützende Tendenz des Urheberrechts, so weit wie möglich beim Urheber zu verbleiben,<sup>128</sup> außer Kraft.

#### *bb) Kein medienspezifischer Vorbehalt*

Die zweite Gruppe der Anwendungsfälle stellt ebenfalls darauf ab, dass Urheber keinen Vorbehalt eingesetzt haben, allerdings außerhalb einer Transaktion entweder schriftlich oder durch bestimmte technische Maßnahmen: Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare dürfen nur genutzt werden, „wenn sie [...] nicht mit einem Vorbehalt der Rechte versehen sind“ (§ 49 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. UrhG). Die Nutzung durch Bildersuchmaschinen ist nur gerechtfertigt, wenn Urheber einen Schutzgegenstand nicht technisch vom Zugriff durch die Suchmaschinen ausgenommen haben.<sup>129</sup> Verlinkungen auf Schutzgegenstände sind nur zulässig, wenn Urheber das Publikum der Erstwiedergabe nicht technisch beschränkt haben.<sup>130</sup> TDM-Nutzungshandlungen sind nur erlaubt, „wenn der Rechtsinhaber sich diese nicht vorbehalten hat“ (§ 44b Abs. 3 S. 1 UrhG).

<sup>125</sup> BGH GRUR 2013, 1213 Rn. 32 – SUMO.

<sup>126</sup> Vgl. BGH GRUR 2013, 1213 Rn. 32 – SUMO.

<sup>127</sup> Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 31 UrhG Rn. 56.

<sup>128</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 31 UrhG Rn. 53.

<sup>129</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 36 – Vorschäbiller I.

<sup>130</sup> EuGH ECLI:EU:C:2014:76, Rn. 31 – Svensson; EuGH ECLI:EU:C:2021:181, Rn. 43 – Deutsche Digitale Bibliothek.

In den Anwendungsfällen findet Berücksichtigung, dass Urheber die Schutzgegenstände über Medien mit speziellen Eigenheiten der Nutzung verfügbar machen. Ihre Besonderheit liegt darin, dass jeweils ein *den Umständen des jeweiligen Mediums gerechtes Verhalten* erforderlich ist. Wenn Urheber Nutzungen unterbinden wollen, müssen sie Vorbehalte in einer Form erklären, die mit den Nutzungspraktiken von Presse und Internet kompatibel ist:

Nach einhelliger Ansicht ist für § 49 Abs. 1 UrhG etwa ein allgemeiner Vorbehalt auf der Titelseite oder im Impressum einer Zeitung nicht wirksam.<sup>131</sup> Aus dem Wortlaut des § 49 Abs. 1 S. 1 UrhG lässt sich schließen, dass der Vorbehalt für jeden einzelnen Artikel erklärt werden muss („[...]“, wenn *sie* [...] nicht mit einem Vorbehalt der Rechte versehen sind“, Herv. v. Verf.), damit die Gebräuchlichkeiten der Presse, denen § 49 Abs. 1 UrhG dient, nicht ausgehebelt werden. Die Vorbehaltsmöglichkeit ist also so eingeschränkt, dass sie die Nutzungslogik des Mediums Zeitung nicht unterläuft.

Ähnlich sind die im Internet spielenden Anwendungsfälle strukturiert. Um die Einwilligung gegenüber Bildersuchmaschinen zu beseitigen, müssen Urheber die Suchmaschinen vom Zugang zum Inhalt ausnehmen. Die Entscheidung gibt nicht vor, wie das konkret zu erfolgen hat,<sup>132</sup> der BGH verlangt aber ein allgemein erkennbares Verhalten, dem keine Einwilligung mehr beigemessen werden kann.<sup>133</sup> Erforderlich ist deshalb ein *maschinenlesbarer* Vorbehalt, denn anderenfalls bleibt der Erklärungsgehalt der Einwilligung aus der maßgeblichen objektiven Sicht der maschinell arbeitenden Suchmaschine unverändert.<sup>134</sup> Das gilt auch für Verlinkungen: Der EuGH verlangt in seiner Rechtsprechung „beschränkende Maßnahmen“, um das Publikum der Erstwiedergabe zu begrenzen.<sup>135</sup> Auch dabei muss es sich um maschinenlesbare Mittel handeln.<sup>136</sup> Im Fall des

<sup>131</sup> Schricker/Loewenheim/*Melichar/Stieper*, § 49 UrhG Rn. 23; BeckOK UrhR/*Engels*, § 49 UrhG Rn. 14; Eichelberger/Wirth/Seiferth/*Wirth*, § 49 UrhG Rn. 3; Wandtke/Bullinger/*Lüft*, § 49 UrhG Rn. 11; Dreier/Schulze/*Dreier*, § 49 UrhG Rn. 10; Dreyer/Kotthoff/*Meckel/Hentsch/Dreyer*, § 49 UrhG Rn. 19; Bisges/*Grages*, Handbuch Urheberrecht Kap. D. Rn. 326; so auch schon zum UG *Dambach*, Fünfzig Gutachten über Nachdruck und Nachbildung, S. 289.

<sup>132</sup> Die Rede ist etwa von „Schutzmaßnahmen“, „Einschränkungen“, „Sicherungen“ oder gar „Blockierung“, BGH GRUR 2010, 628 Rn. 11, 36 f. – Vorschaubilder I.

<sup>133</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 37 – Vorschaubilder I.

<sup>134</sup> Vgl. unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten BGH GRUR 2010, 628 Rn. 37 – Vorschaubilder I; s.a. *Specht-Riemenschneider*, Diktat der Technik, S. 52 ff., die von einem „technisierter Empfängerhorizont“ spricht.

<sup>135</sup> Vgl. nur EuGH ECLI:EU:C:2014:76, Rn. 26 – Svensson.

<sup>136</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 36 – Soulier und Doke; EuGH ECLI:EU:C:2021:181, Rn. 46 – Deutsche Digitale Bibliothek; vgl. zuvor bereits in der Literatur *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 910; *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 525; *Spindler*, GRUR 2016, 157, 160; *Ohly*, GRUR 2018, 996, 1002 f.; *Leistner*, ZUM 2018, 286, 291; a.A. *Schulze*, ZUM 2015, 106, 109 f.; so zunächst auch BGH GRUR 2016, 171 Rn. 35 – Die Realität II; mittlerweile im Anschluss an den EuGH aufgegeben in BGH GRUR 2021, 1511 Rn. 38 – Deutsche Digitale Bibliothek II; kritisch Generalanwalt beim EuGH ECLI:EU:C:2020:696, Rn. 124 ff. – VG Bild-Kunst.

TDM schließlich ist festgelegt, dass der Vorbehalt ausdrücklich und in angemessener Weise erfolgen muss. Für Inhalte, die Urheber im Internet veröffentlicht haben, ist der Vorbehalt deshalb nur wirksam, „wenn er in maschinenlesbarer Form erfolgt“ (§ 44b Abs. 3 S. 2 UrhG). Das gilt auch für Erklärungen in Metadaten und Geschäftsbedingungen einer Website oder eines Dienstes (vgl. ErwG 18 UAbs. 2 S. 2 DSM-RL). In diesen Anwendungsfällen kommt es damit zu *Erfordernissen technikverständlichen Verhaltens* für Urheber – nur maschinell lesbares Verhalten ist rechtserheblich.<sup>137</sup> Über das Robots Exclusion Protocol (REP)<sup>138</sup>, einer standardisierten<sup>139</sup> Kunstsprache, können Webseitenbetreiber automatisiert und maschinell einzelnen oder allen Webcrawlern ihre Präferenzen kommunizieren.<sup>140</sup> Wenn eine automatisierte Software die Seite durchsucht, kann sie anhand der in der robots.txt-Datei hinterlegten Vorbehalte erkennen, welche Inhalte der Seite verarbeitet werden dürfen – sie wird allerdings nicht technisch daran gehindert, auch andere Inhalte zu verarbeiten.

Dass Urheber sich Nutzungen medienspezifisch vorbehalten müssen, bedeutet eine Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall. Grundsätzlich ist eine urheberrechtlich relevante Nutzung verboten, außer sie ist erlaubt (vgl. § 15 UrhG). Es ist deshalb nicht erforderlich, Schutzgegenstände mit einem Vorbehalt zu versehen – das Urheberrecht geht vielmehr von einem grundsätzlichen Vorbehalt des Urhebers aus. Die Anwendungsfälle kehren das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Normalfalls nun um, indem sie Nutzungen privilegieren, wenn der Urheber einen Vorbehalt unterlässt.

#### *cc) Kein Hinweis auf die Rechtswidrigkeit einer Nutzung*

In der dritten Gruppe der Anwendungsfälle sind Nutzungen nur zulässig, wenn Urheber es unterlassen haben, Nutzer auf die Rechtswidrigkeit ihrer Nutzung hinzuweisen: Bei Verlinkungen auf ohne Zustimmung des Urhebers zugängliche Werke handelt es sich nur dann um eine öffentliche Wiedergabe, wenn Linksetzer Kenntnis oder vorwerfbare Unkenntnis davon haben, dass keine Erlaubnis vorliegt. Gutgläubige Nutzer begehen also keine Rechtsverletzung, wenn Urheber sie nicht aktiv auf die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Wiedergabe hinweisen.<sup>141</sup> Der Anwendungsfall stellt Nutzungen damit abhängig davon frei, dass Urheber einen Hinweis unterlassen.

<sup>137</sup> Dazu schon grundlegend *Rostam*, in: Kuschel/Golla/Asmussen (Hrsg.), *Intelligente Systeme – Intelligentes Recht*, S. 107 ff.; dem vorausgehend *Specht-Riemenschnieder*, *Diktat der Technik*, S. 53: „Zwang zu technikverständlichem Verhalten“.

<sup>138</sup> Auch als Robots Exclusion Standard bezeichnet.

<sup>139</sup> S. *Internet Engineering Task Force*, Robots Exclusion Protocol, <https://datatracker.ietf.org/doc/rfc9309/>, archiviert unter [perma.cc/7EUF-F3WM](https://perma.cc/7EUF-F3WM).

<sup>140</sup> Vgl. *Conrad/Schubert*, GRUR 2018, 350, 350.

<sup>141</sup> Darauf verweist der EuGH auch, vgl. EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 49 – GS-Media.

Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten sind nur dann zur Blockierung eines Inhalts verpflichtet, wenn der Rechtsinhaber es verlangt und „die hierfür erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt“ (qualifizierte Blockierung, § 7 Abs. 1 UrhDaG) oder „einen hinreichend begründeten Hinweis auf die unerlaubte öffentliche Wiedergabe des Werkes gibt“ (einfache Blockierung, § 8 Abs. 1 UrhG). Wenn Urheber keine Informationen zur Verfügung stellen und keinen Hinweis erteilen, können Diensteanbieter – unter den Voraussetzungen des § 4 UrhDaG – Inhalte wiedergeben, ohne dafür urheberrechtlich verantwortlich zu sein (vgl. §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 2 UrhG).

Auch darin liegt eine Abweichung vom normativen Normalfall: Nach dem „klassische[n] deutsche[n] Haftungsmodell“<sup>142</sup> ist für den Anspruch auf Unterlassen irrelevant, ob der Nutzer Kenntnis der Rechtswidrigkeit hat (vgl. § 97 Abs. 1 UrhG). Die Erfüllung des objektiven Tatbestands reicht aus, auf ein Verschulden kommt es nicht an.<sup>143</sup> Daher gibt es normalerweise auch kein Erfordernis für Urheber, Nutzer auf die Rechtswidrigkeit hinzuweisen, um diese Kenntnis zu erzeugen. In den Anwendungsfällen müssen Urheber dagegen sicherstellen, dass die Kenntnis gegeben ist, wenn sie ihr Werk exklusiv verwerten wollen.

#### *dd) Kein Widerspruch gegenüber einer Änderung der Rechtslage*

In den Anwendungsfällen der vierten Gruppe tritt die Abweichung vom normativen Normalfall ein, wenn Urheber sich einer Änderung der Rechtslage nicht widersetzen. Relevant ist das Unterlassen, einen Widerspruch zu erheben, einen Rückruf zu erklären, Nutzungen auszuschließen oder seine eigene Marktpresenz zu signalisieren:

Die Übergangsregelung für unbekannte Nutzungsarten etwa greift nur, „sofern der Urheber nicht dem anderen gegenüber der Nutzung widerspricht“ (§ 137 I Abs. 1 S. 1 a.E. UrhG). Nutzungen nicht verfügbarer Werke sowie auf Grundlage von EKL sind ebenfalls nur zulässig, wenn Urheber nicht widersprochen haben (§ 61 d Abs. 2 UrhG, §§ 51 Abs. 2, 51a Abs. 1 Nr. 5, 52 Abs. 2, 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 VGG); gleiches gilt für § 62 Abs. 5 S. 3 UrhG. Auch die Nutzung verwaister Werke hängt materiell von einem unterlassenen Widerspruch des Urhebers ab: Urheber müssen es unterlassen haben, ihre Marktpresenz zu signalisieren (vgl. § 61 Abs. 2 a.E. UrhG) und so dem Status als verwaistes Werk entgegenzutreten.<sup>144</sup> Im Rahmen von § 46 und § 34 Abs. 3 UrhG ist die Nutzung schließlich nur zulässig, wenn der Urheber ein Nutzungsrecht nicht zurückgerufen hat.

<sup>142</sup> Raue, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 516.

<sup>143</sup> Vgl. allgemein zu § 1004 BGB BeckOK BGB/Fritzsche, § 1004 BGB Rn. 60; zu § 97 UrhG Schricker/Loewenheim/Wimmers, § 97 UrhG Rn. 215a.

<sup>144</sup> Vgl. Grünberger, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 354; so auch für die US-amerikanische Debatte *Tratos*, Intell. Prop. Brief 3 (2012), 17: „Creators and rightsholders must purposefully place themselves and their works in the public, assuring themselves that anyone who would wish to license their work would find them, [...]“.

Eine Abweichung vom normativen Normalfall liegt hier darin, dass grundsätzlich bloßes Unterlassen keinen Erklärungswert hat und weder zum Entstehen einer Rechtspflicht noch zu einem Rechtsverlust führt.<sup>145</sup> Änderungen der Rechtsposition von Urhebern treten deshalb normalerweise nicht ohne ihr Zutun ein (eilvernehmliche Transaktionen) oder sind ihrer Disposition von vornherein entzogen (Schranken) – Urheber müssen oder können ihnen nicht widersprechen. In den Anwendungsfällen setzt dagegen eine Veränderung der Rechtsposition des Urhebers ein, wenn Urheber untätig bleiben.

*ee) Kein Signal einer Dispräferenz*

Auch wenn das Unterlassenselement in den Anwendungsfällen unterschiedliche Phänotypen hat, verfolgt es stets denselben „Unterlassensvorwurf“: Die passiven Elemente bilden ab, dass Urheber es nicht anzeigen, dass sie bestimmte Nutzungen dispräferieren. Die Dispräferenz bezieht sich dabei nicht auf jegliche Nutzung – Urheber müssen umgekehrt also nicht anzeigen, dass sie *keinerlei* Nutzung dulden wollen, damit sie ein Verbotsrecht erhalten. Vielmehr ist relevant, ob Urheber zeigen, dass sie Nutzungen nicht wollen, *die auf Grundlage einer gesetzlichen Privilegierung statt auf einer vom Urheber individuell erworbenen Befugnis* erfolgen. Urheber unterlassen es in den Anwendungsfällen also, zu signalisieren, dass sie mithilfe des Verbotsrechts mit dem Nutzer über die Befugnis individuell verhandeln möchten. Daran knüpft sich die Abweichung vom normativen Normalfall.

Dieser Zusammenhang leuchtet unmittelbar ein für Anwendungsfälle, die auf Tatbestands- oder auf Schrankenebene spielen: Zu einer individuellen Verhandlung kommt es nur über das Verbotsrecht, das in den Anwendungsfällen wiederum vom Verhalten des Urhebers abhängig ist. Wenn Urheber das erforderliche Verhalten nicht zeigen, fehlt es deshalb an einem Signal, individuell verhandeln zu wollen. Die Logik gilt aber auch in den (urheber-)vertragsrechtlichen Anwendungsfällen: Zwar kommt es dort zu individuellen Transaktionen – Urheber verpassen es also nicht, das Verbotsrecht einzusetzen und individuell zu verhandeln. Allerdings räumen die Anwendungsfälle bestimmte Rechte „mit ein“, auch wenn diese gerade nicht eindeutig Teil der Transaktion sind. Urheber versäumen also, zu signalisieren, dass sie über diese im Zweifel gewährten Rechte auch verhandeln wollen. Sie nehmen in Kauf, dass diese Rechte aufgrund einer Privilegierung eingeräumt und nicht im Wege einer individuellen Transaktion ausgehandelt werden.

<sup>145</sup> Vgl. zum Schweigen als Willenserklärung BGH NJW 2002, 3629 (III.1.b)bb)); *Canaris*, in: FS Wilburg, S. 77. Ausnahmen sind z.B. die Verjährung oder Verwirkung von Rechten; sie gelten auch im Urheberrecht.

## b) Bezugsperson

Unbeantwortet ist, welche Person mit dem Signal der Dispräferenz belastet ist – auf wessen Unterlassen es also ankommt. Im vorherigen Abschnitt wurde zum Teil vorausgesetzt, dass die *Urheber* belastet sind, einige Anwendungsfälle nehmen aber auch auf *Rechtsinhaber* Bezug.

Auf ein Unterlassen des Urhebers kommt es zunächst bei der Nutzung auf unbekannte Nutzungsarten (vgl. § 137I Abs. 1 S. 1 a.E. UrhG). Auch im Fall von Nutzungen und von Änderungen von Sprachwerken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch hat nur der Urheber<sup>146</sup> eine Verbotsmöglichkeit (vgl. § 46 Abs. 5 S. 1, § 62 Abs. 5 S. 3 UrhG), weil das Rückrufsrecht nach § 42 UrhG und das Änderungsverbot einen urheberpersönlichkeitsrechtlichen Bezug aufweisen.<sup>147</sup> Die rechtsgeschäftlichen Anwendungsfälle schließlich regeln Situationen, in denen ein Recht vom Urheber erworben wird, also noch keine Rechtseinträumung stattgefunden hat.<sup>148</sup>

Die §§ 44b Abs. 3 S. 1, 61d Abs. 2 UrhG, sowie §§ 51 Abs. 2, 52 Abs. 2 i.V.m. 7a VGG und §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 1 UrhDaG stellen dagegen tatbestandlich auf ein Unterlassen eines Rechtsinhabers ab. Auch im Fall von Bildersuchmaschinen und Verlinkungen geht es stets um eine Einwilligung eines „Berechtigten“<sup>149</sup> bzw. bloßen „Inhabern des Urheberrechts“ oder „Urheberrechtsinhabern“.<sup>150</sup> Faktisch signalisieren schließlich auch im Rahmen von § 49 Abs. 1 UrhG (Zeitungen) und § 61b S. 1 UrhG (derivative Rechtsinhaber, die ein Werk verwerten möchten) jeweils Rechtsinhaber die Dispräferenz.

Dass diese Anwendungsfälle auf Rechtsinhaber abstellen, bedeutet nicht, dass sie das Verhalten von Urhebern für unerheblich erklären. Vielmehr erfassen sie mit dem Oberbegriff des Rechtsinhabers auch Konstellationen, in denen Urheber Rechte bereits an andere eingeräumt haben. Ist das der Fall, hat es keinen Erklärungswert, dass der jeweilige Urheber keine Dispräferenz signalisiert, weil er mit den Nutzungsvorgängen typischerweise nichts mehr zu tun hat. Da die Untersuchung aber zugrunde legt, dass es noch nicht zu einer Rechtseinträumung gekommen ist,<sup>151</sup> handelt es sich auch in diesen Anwendungsfällen um Hand-

<sup>146</sup> Im Fall von § 62 Abs. 5 UrhG gilt das auch für Rechtsnachfolger (§ 30 UrhG), die Angehörige sind (§ 60 Abs. 2 UrhG) oder das Urheberrecht durch letztwillige Verfügung erworben haben.

<sup>147</sup> Für das Änderungsverbot Schricker/Loewenheim/*Peukert*, § 62 UrhG Rn. 1.

<sup>148</sup> S. dazu bereits C.II.3

<sup>149</sup> S. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 36 – Vorschäubilder I. Das ist auch der Fall, wenn berechnete Dritte ein Bild zugänglich machen, da sie unter Zustimmung des Berechtigten gegenüber Suchmaschinen einwilligen, vgl. BGH GRUR 2012, 602 Rn. 27 – Vorschäubilder II.

<sup>150</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2014:76, Rn. 28, 30 ff. – Svensson; EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 49 – GS-Media; EuGH ECLI:EU:C:2021:181, Rn. 42 ff. – Deutsche Digitale Bibliothek.

<sup>151</sup> S. dazu C.II.3.

lungslasten des Urhebers. Im Grundsatz kommt es deshalb immer auf das Verhalten des Urhebers an.

### c) Rechtliche Erheblichkeit

Durch das passive Element wird ein Unterlassen des Urhebers in den Anwendungsfällen rechtlich relevant. Die Anwendungsfälle geraten dadurch nicht nur in Widerspruch zum normativen Normalfall des Urheberrechts, sondern auch zum zivilrechtlichen Grundsatz, dass bloßes Schweigen im Rechtsverkehr normalerweise keinen Erklärungswert hat; es bedeutet weder Zustimmung noch Ablehnung.<sup>152</sup> Das wirft die Frage auf, warum die Anwendungsfälle von dieser Regel abweichen. Da nicht in allen Fällen ausdrückliche Vertrauens- oder Fiktionstatbestände bestehen, die die rechtliche Wirkung des Unterlassens begründen,<sup>153</sup> ist nach einem die einzelnen Anwendungsfälle übergreifenden Grundsatz zu suchen. Aufgrund des Abstraktionsgrades ist dabei keine Doktrin zu erwarten, die das Unterlassen in den Anwendungsfällen in allen Einzelheiten erklären kann, denn sie muss gerade niedrig genug „aufgelöst“ sein, um das ganze Bild einzufangen. Im Gegenzug kann eine gemeinsame Grundlage den Handlungslasten dafür Struktur und eine Grundorientierung bieten.

Einen *Ansatz* dafür bietet der Gedanke des Rechtsmissbrauchs nach § 242 BGB. Die Grundsätze des Rechtsmissbrauchs bewirken eine Beschränkung subjektiver Rechte, wie wir sie vergleichbar auch mit dem Urheberrecht in den Anwendungsfällen finden. Die Anwendungsfälle schließen das negative Verbotsrecht zwar nicht wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben aus.<sup>154</sup> Aber sie sorgen dafür, dass das Verbotsrecht *im Einklang mit dem Gedanken widersprüchlichen Verhaltens* grundsätzlich nicht greift. Beispielsweise bezieht sich der BGH für Bildersuchmaschinen ausdrücklich auf ein von der Beklagten gewecktes schutzwürdiges Vertrauen, das für die Erklärung der schlichten Einwilligung eine Rolle spielt.<sup>155</sup> Die Vorinstanz hat ihre Entscheidung sogar vollständig auf widersprüchliches Verhalten nach § 242 BGB gestützt.<sup>156</sup> Für Verlinkungen wird daneben mit der Inkonsistenz von Linksetzern argumentiert: Es verhalte sich widersprüchlich, wer einerseits die Vorzüge des Internets in Anspruch nehme, andererseits aber nicht die Gegebenheiten des Systems akzeptiere.<sup>157</sup> Dieses Argumentationsschema der Inanspruchnahme von Vorteilen ohne die korrespondierenden Nachteile zu akzeptieren, entstammt der Rechtsfigur des widersprüch-

<sup>152</sup> S. etwa *Canaris*, in: FS Wilburg, S. 77; *Neuner*, BGB AT, § 31 Rn. 10 ff.

<sup>153</sup> Vgl. dazu *Neuner*, BGB AT, § 32 Rn. 16 ff., 20 ff.

<sup>154</sup> Anders für Bildersuchmaschinen OLG Jena MMR 2008, 408 (II.4.).

<sup>155</sup> Vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 32 – Vorschaubilder I; einordnend *Wiebe*, GRUR 2011, 888, 892 f.

<sup>156</sup> OLG Jena MMR 2008, 408 (II.4.); vgl. auch von *Ungern-Sternberg*, GRUR 2009, 369, 373 ff.

<sup>157</sup> *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 526.

lichen Verhaltens.<sup>158</sup> Möglicherweise besteht deshalb eine grundlegende Parallele von Handlungslasten des Urhebers zum Gedanken des Rechtsmissbrauchs.

*aa) Ausübung des Verbotsrechts als Widerspruch zu früherem Verhalten*

In der Fallgruppe des Widerspruchs zu früherem Verhalten (*venire contra factum proprium*) macht ein Vorverhalten eine spätere Rechtsausübung unzulässig, wenn beides im Widerspruch zueinander steht.<sup>159</sup> Die Widersprüchlichkeit kann sich daraus ergeben, dass der Gegner wegen des Vorverhaltens einer Partei darauf vertrauen durfte, dass es nicht zur Rechtsausübung kommt.<sup>160</sup> Es braucht also ein vertrauenserweckendes Verhalten. In den Anwendungsfällen liegt die Rechtsausübung darin, dass Urheber ihr negatives Verbotsrecht gebrauchen, um individuelle Transaktionen zu erzwingen. Das ist widersprüchlich, wenn Urheber zuvor das Vertrauen geweckt haben, dass sie das Verbotsrecht nicht einsetzen möchten. An dieser Stelle kommt das passive Element als Besonderheit der Anwendungsfälle ins Spiel: Die Tatbestände knüpfen daran an, dass Urheber eine Dispräferenz gegenüber bestimmten Nutzungen nicht signalisieren. Das vertrauenserweckende Verhalten der Urheber ist also ein Unterlassen.

Es ist anerkannt, dass auch ein Unterlassen ein schutzwürdiges Vertrauen erwecken kann, etwa wenn jemand einen Widerspruch nicht erklärt.<sup>161</sup> Dafür müssen allerdings zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein – und hier ist die Begründung zu verorten, warum das Unterlassen rechtserheblich sein kann: Ein Unterlassen ist nur dann rechtlich relevant und potentiell vertrauenserweckend, wenn es auch ein Gebot gab, zu handeln.<sup>162</sup> Dieses Gebot kann sich daraus ergeben, dass der Rechtsverkehr erwarten durfte, dass der Untätige seine Ablehnung kundgibt.<sup>163</sup> Für die Anwendungsfälle bedeutet das noch einen weiteren, vorgelagerten Vertrauenstatbestand: Nutzer müssen nach der Verkehrsanschauung darauf vertrauen dürfen, dass Urheber es kundgeben, wenn sie das Verbotsrecht einsetzen möchten.<sup>164</sup> Denn nur dann wirkt es nachgelagert vertrauenserweckend, wenn Urheber ihre Dispräferenz nicht signalisieren. Zunächst ist deshalb zu ergründen, worin dieser erste Vertrauenstatbestand liegt.

<sup>158</sup> Vgl. etwa BGH BeckRS 2013, 21140 Rn. 11; BeckOGK/Kähler, § 242 BGB Rn. 1268 ff.; MüKoBGB/Schubert, § 242 BGB Rn. 426.

<sup>159</sup> Vgl. MüKoBGB/Schubert, § 242 BGB Rn. 364; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 BGB Rn. 284.

<sup>160</sup> MüKoBGB/Schubert, § 242 BGB Rn. 364.

<sup>161</sup> Vgl. Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 BGB Rn. 290; zur Vertrauenshaftung aus unterlassenem Widerspruch MüKoBGB/Schubert, § 242 BGB Rn. 400 ff.

<sup>162</sup> Vgl. allgemein MüKoBGB/Schubert, § 242 BGB Rn. 401; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 BGB Rn. 290; BeckOGK/Kähler, § 242 BGB Rn. 392.

<sup>163</sup> MüKoBGB/Schubert, § 242 BGB Rn. 401.

<sup>164</sup> Die Kette der Ereignisse ist also wie folgt: Urheber setzen einen Vertrauenstatbestand – Nutzer vertrauen deshalb darauf, dass Urheber es signalisieren, wenn sie Nutzungen nicht wünschen – Urheber unterlassen ein solches Signal – Nutzer dürfen deshalb auf die Zulässigkeit der Nutzung vertrauen – ein Verbotsrecht ist widersprüchlich und Nutzungen sind zulässig.

*bb) Mangelndes Verbotsinteresse als Vertrauenstatbestand*

Gemeinsame Hintergrundannahme vieler Anwendungsfälle ist, dass Urheber aus objektiver Sicht ein *verringertes Verbotsinteresse* haben. Wenn Urheber zeigen, dass sie bestimmte Nutzungen nicht verbieten möchten, kann daraus bei Nutzern ein Vertrauen erwachsen, dass sie diese Nutzungen vornehmen dürfen. Der Verkehr erwartet dann, dass Urheber ausnahmsweise ungewollten Nutzungen aktiv entgegentreten. Wenn ein Widerspruch in der Folge ausbleibt, bedeutet das, dass Urheber ihr Verbotrecht nicht ausüben möchten.

*(1) Vorverhalten als Preisgabe von Rechten*

Erster Indikator für das verringerte Verbotsinteresse ist das aktive Vorverhalten. Es untergliedert sich in Fälle, in denen Urheber Schutzgegenstände in einem offenen Medium bereithalten (lassen) und Fälle, in denen Urheber sich rechtsgeschäftlich betätigen und dadurch weitere Nutzungsmöglichkeiten implizieren.<sup>165</sup>

In der erstgenannten Gruppe besteht eine Verkehrssitte, nach der Schutzgegenstände für bestimmte Anschlussnutzungen normalerweise zur Verfügung stehen – die Verkehrskreise sind nämlich grundsätzlich auf einen freien Zugang und nur ausnahmsweise auf Exklusivität angelegt.<sup>166</sup> Urheber müssen deshalb mit „nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen“<sup>167</sup> rechnen und wissen, dass z.B. durch die Zugangskultur des Internets ihre formelle Rechtsposition beeinträchtigt werden kann. Wenn sie sich dennoch freiwillig in diesen Verkehrskreis bewegen, bezeugt das ihre Zustimmung zu dieser Norm, was ähnlich wie in der Fallgruppe der „Preisgabe von Rechten“ vertrauensbegründend wirkt.<sup>168</sup> Offene Medien versprechen Urhebern außerdem häufig Vorteile, wie eine bessere Auffindbarkeit und Verbreitung ihrer Werke sowie gesteigerte Aufmerksamkeit.<sup>169</sup> Dann kann ihnen auch unterstellt werden, dass sie die damit verbundenen Nutzungen nicht verbieten möchten. Denn anderenfalls nähmen sie die Vorteile des offenen Systems in Anspruch, ohne dessen Nachteile zu akzeptieren – verhielten sich also widersprüchlich.<sup>170</sup> Nutzer können deshalb erwarten, dass Urheber sich aktiv absondern, wenn sie sich Nutzungen in diesen Medien vorbehalten möchten.<sup>171</sup>

In den vertragsrechtlichen Anwendungsfällen der zweitgenannten Gruppe bestehen dagegen Näheverhältnisse, die aus objektiver Sicht bestimmte Nut-

<sup>165</sup> S. oben D.I.1.b)aa) und D.I.1.b)bb).

<sup>166</sup> S. schon D.I.1.b)aa).

<sup>167</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 2010, 628 Rn. 36 – Vorschaubilder I.

<sup>168</sup> Vgl. zur Fallgruppe MüKoBGB/Schubert, § 242 BGB Rn. 377 ff.

<sup>169</sup> Vgl. für das Internet Raue, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 526.

<sup>170</sup> Für Verlinkungen Raue, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 526; Peukert, GRUR-Beil. 2014, 77, 83; allgemein zu inkonsistentem Verhalten MüKoBGB/Schubert, § 242 BGB Rn. 426.

<sup>171</sup> Vgl. Peukert, GRUR-Beil. 2014, 77, 83 f.

zungsmöglichkeiten bedingen: Wer ein Werkoriginal erwirbt, will es ausstellen; wer einen Arbeitnehmer Software schreiben lässt, will sie verwerten; wer ein Werk verfilmen möchte, will es zur Herstellung eines Filmwerkes benutzen können; wer sich weitestmöglich Nutzungsrechte einräumen lässt, will auch unbekannte Nutzungsarten verwerten können usw. Es besteht also jeweils eine Verkehrserwartung, dass eine Rechtseinräumung stattfindet und sie bestimmte Nutzungsrechte umfasst – was den Anknüpfungspunkt für ein Vertrauen der Nutzer bildet. Nach der Verkehrsanschauung darf deshalb erwartet werden, dass Urheber es signalisieren, wenn sie sich diese Nutzungen der Verkehrssitte zuwider vorbehalten möchten.<sup>172</sup>

## (2) Kenntnis als Zurechnungsgrund

In den übrigen Anwendungsfällen gibt es zwar teilweise ein objektiv mangelndes Verbotsinteresse, aber kein (ausreichend belastbares) Vorverhalten, das ein Vertrauen begründen kann.<sup>173</sup> Es ist zweifelhaft, ob dort die Nutzungsumstände allein ein schutzwürdiges Vertrauen hervorrufen können, da das vertrauensbegründende Moment dem Urheber zurechenbar sein muss.<sup>174</sup> Das lenkt den Blick auf ein zweites Kriterium, was ein Vertrauen der Nutzer wecken könnte: die Kenntnis von Nutzungen.

Möglicherweise dürfen Nutzer einen Widerspruch von Urhebern erwarten, weil diese von den Nutzungen wissen. Wenn sie trotz Kenntnis nichts tun, entsteht ein schutzwürdiges Vertrauen, dass sie die Nutzungen dulden. Dafür müsste aus der Kenntnis eines Eingriffs aber das Gebot folgen, dagegen vorzugehen, was sich so allgemein nicht aufrechterhalten lässt: Nur weil Rechtsinhaber wissen, dass in ein Recht eingegriffen wird und nicht einschreiten, bedeutet das nicht, dass sie den Eingriff guthießen.<sup>175</sup> Nutzer können deshalb auch nicht erwarten, dass Urheber jedem Eingriff widersprechen. In den Anwendungsfällen liegt die Situation aber anders: Dort gewährt das Recht den Urhebern eine Abwehrmöglichkeit und *nur weil Urheber diese gerade nicht nutzen*, ist ein Eingriff rechtmäßig. Die Passivität der Urheber ist also eine notwendige Bedingung für die Rechtmäßigkeit. Wenn Urheber wissen, dass Nutzungen *gerade aufgrund ihrer Untä-*

<sup>172</sup> S. für die einzelnen Anwendungsfälle D.I.1.b)bb).

<sup>173</sup> S. schon D.I.1.b)cc) und D.I.1.b)dd) zu verwaisten Werken, der Nutzung und Änderung von Werken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch, nicht verfügbaren Werken. Nicht dagegen bezüglich EKL, Nutzungen durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten und Verlinkungen auf Schutzgegenstände, die ohne Zustimmung zugänglich sind.

<sup>174</sup> Vgl. Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 BGB Rn. 291; MüKoBGB/*Schubert*, § 242 BGB Rn. 370.

<sup>175</sup> Für die Verwirkung etwa, die ebenfalls auf dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens basiert, knüpft die Rechtsprechung zwar an die (grob fahrlässige Un-)Kenntnis des Rechtsinhabers an. Daneben sind aber noch weitere Voraussetzungen, wie ein Zeitmoment und ein wertvoller Besitzstand des Verletzers erforderlich, s. *Steinke*, Die Verwirkung im Immaterialgüterrecht, S. 117; Schricker/Loewenheim/*Wimmers*, § 97 UrhG Rn. 332 f.

*tigkeit stattfinden dürfen*, besteht ein viel stärkerer Anreiz, aktiv zu werden. Urheber trifft dann nämlich eine gewisse „Mitverantwortung“ für den ungewünschten Zustand. Bleiben sie trotzdem untätig, hat das folglich einen anderen Erklärungsgehalt: Wer weiß, dass ein Eingriff in sein Recht nur aufgrund der eigenen Untätigkeit zulässig ist und ihn verhindern kann, es aber dennoch nicht tut, billigt den Eingriff – oder verhält sich widersprüchlich.

Für ein vertrauensbegründendes Moment auf Nutzerseite ist also zweierlei Kenntnis der Urheber erforderlich: Die Kenntnis von Nutzungen an sich und die Kenntnis von der Handlungslast, also, dass es an ihnen liegt, ungewollte Nutzungen aktiv zu untersagen. Urheber müssen über die vertrauensbegründende Wirkung ihrer Untätigkeit folglich gleichsam belehrt worden sein. Dann ist ihnen das Unterlassen auch nach allgemeinen Grundsätzen zurechenbar. Nach einer Ansicht genügt dafür nämlich, dass das vertrauensbegründende Verhalten für den Urheber erkennbar ist.<sup>176</sup> Das ist der Fall, wenn Urheber positive Kenntnis von der Handlungslast haben. Nach einer anderen Ansicht ist ausreichend, dass Urheber das vertrauensbegründende Unterlassen beherrschen und es hätten vermeiden können.<sup>177</sup> Die Anforderungen dafür, über einen Widerspruch zum Verbotsrecht zurückzukehren, dürfen in den Anwendungsfällen deshalb nicht zu hoch sein.<sup>178</sup>

Abstrakt kann die bloße Kenntnis von Nutzungen und der Handlungsmöglichkeit also dazu führen, dass Nutzer auf einen Widerspruch von Urhebern vertrauen dürfen.<sup>179</sup> Das passive Element erzwingt damit ein konsistentes Verhalten der Urheber und lässt Exklusivität da ausscheiden, wo sie nicht zu erwarten ist. Voraussetzung dafür ist allerdings auch die Kenntnis der Nutzer von den Umständen. Ihr Vertrauen ist nur schutzwürdig, wenn sie wissen, dass der Urheber von Nutzung und Handlungslast Kenntnis hat, aber dennoch nicht einschreitet.<sup>180</sup> Auch das ist sichergestellt, wenn Nutzer die Urheber über die Umstände informieren müssen. Es muss also je nach Anwendungsfall abhängig vom Informationsstand des Urhebers und des Nutzers beurteilt werden, ob konkret ein schutzwürdiges Vertrauen entsteht.<sup>181</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Es ist Voraussetzung aller Anwendungsfälle, dass Urheber ein Signal der Dispräferenz nicht zeigen. Darin liegt eine Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall und zugleich ein verkapptes Handlungserfordernis, da Nichtstun des Urhebers zu einer Privilegierung der Nutzer führt. In einigen Anwendungsfällen

<sup>176</sup> Vgl. MüKoBGB/*Schubert*, § 242 BGB Rn. 370.

<sup>177</sup> Vgl. Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 BGB Rn. 291.

<sup>178</sup> S. dazu D.IV.2.b)bb).

<sup>179</sup> Zum Informationsstand in den Anwendungsfällen sogleich unter D.II.2.

<sup>180</sup> Vgl. allgemein MüKoBGB/*Schubert*, § 242 BGB Rn. 372.

<sup>181</sup> Hier stößt der Grundsatz an seine oben formulierten Grenzen, s. D.II.1.c) a.E.

kommt es dadurch zu Erfordernissen technikverständlichen Verhaltens: Urheber können Nutzungen dort nur mit maschinenlesbaren Mitteln untersagen. Warum ein Unterlassen in den Anwendungsfällen relevant ist, läuft – mit hohem Abstraktionsgrad – parallel zum Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Die Ausübung des Verbotsrechts ist eine widersprüchliche Handlung, denn Nutzer vertrauen auf eine zulässige Nutzung, weil Urheber ihre Dispräferenz nicht signalisieren. Dass dieses Signal ausbleibt, ist aber nur dann vertrauenserweckend, wenn es auch ein Gebot für Urheber gibt, das Signal zu senden. Dieses Gebot kann in den Anwendungsfällen entweder aus dem Verhalten des Urhebers oder seiner Kenntnis von Nutzungen folgen; sie indizieren ein objektiv mangelndes Verbotsinteresse.<sup>182</sup> Allerdings müssen Urheber Kenntnis von Nutzungen *und* ihrer Untersagungsmöglichkeit haben, damit die bloße Kenntnis ein Gebot zu handeln erzeugt. Das lenkt den Blick auf die Frage, welche Informationen den Urhebern in den Anwendungsfällen tatsächlich zur Verfügung stehen.

## 2. Information

Wenn Urheber nicht wissen, dass ihre Werke genutzt werden, werden sie auch keine Handlungen ergreifen, um diese Nutzungsvorgänge zu beenden. Aus diesem Grund ist zum einen zu ermitteln, welche Informationen Urheber in den Anwendungsfällen haben und zum anderen zu generalisieren, welche Informationen sie haben sollten.

### a) Anwendungsfälle

#### aa) Adressat

Einen Hinweis an den Urheber verlangen die Nutzung auf unbekannte Nutzungsarten (§ 137 I Abs. 1 S. 3 UrhG), Nutzungen in Sammlungen für den religiösen Gebrauch (§ 46 Abs. 3 S. 1 UrhG) und die Änderung von Sprachwerken zum Gebrauch in religiösen Sammlungen (§ 62 Abs. 5 S. 3 UrhG). Einzig im Fall von § 46 Abs. 3 S. 1 UrhG reicht es ausdrücklich aus, den Inhaber der ausschließlichen Nutzungsrechte zu informieren, wenn die Adresse des Urhebers nicht bekannt ist.<sup>183</sup>

Eine aktive Information an das EUIPO als Intermediär erfolgt dagegen für verwaiste Werke (über die zu nutzende Institution an das Deutsche Patent- und Markenamt [DPMA] und von da aus an das EUIPO, § 61a Abs. 4 S. 1 UrhG) und

<sup>182</sup> Dass aktives und passives Vorverhalten gemeinsam besehen eine Erlaubnis vermitteln, ist ein rechtsordnungsübergreifendes Phänomen. Es findet sich etwa auch bei *Mysoor*, Implied Licenses in Copyright Law, S. 66 ff. Sie induziert aus dem UK-Fallrecht eine Unterscheidung zwischen einem „positive act“ und einem „neutral act“, die in Verbindung mit Kenntnis eine konkludente Lizenz auslösen.

<sup>183</sup> Wenn auch diese Adresse unbekannt ist, kann die Mitteilung durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger bewirkt werden (§ 46 Abs. 3 S. 2 UrhG).

nicht verfügbare Werke (über Kulturerbe-Einrichtungen, § 61d Abs. 3 S. 1 UrhG, und Verwertungsgesellschaften, § 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VGG). Im Fall einer EKL erteilen die Verwertungsgesellschaften auf ihrer Internetseite selbst Informationen (§ 51a Abs. 1 Nr. 4 VGG).<sup>184</sup>

In diesen Fällen ist die Information eine Bedingung für die Zulässigkeit der Nutzung.<sup>185</sup> In den übrigen Anwendungsfällen erfolgt keine Information.

### bb) Inhalt

In allen genannten Anwendungsfällen wird jeweils über eine bevorstehende Nutzungsabsicht oder eine stattfindende Nutzung, das betroffene Werk oder die betroffenen Werkarten, die betroffenen Verwertungsrechte oder Nutzungsarten und schließlich die Identität des Nutzers oder VerwerTERS informiert.

Uneinheitlich ist hingegen geregelt, ob Urheber auch über ihre Handlungslast zu informieren sind. Bei nicht verfügbaren Werken, Nutzungen auf Grundlage einer EKL und Änderungen von Werken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch muss die Information beinhalten, dass ein Recht zum Widerspruch besteht und welche Frist unter Umständen dafür zu wahren ist.<sup>186</sup> Bei verwaisten Werken, der Nutzung in Sammlungen für den religiösen Gebrauch und der Übertragung von Nutzungsrechten bei Unternehmens(teil)veräußerung erfahren Urheber dagegen nicht, dass sie die Handlungslast tragen. Für die Nutzung auf unbekannte Nutzungsarten ist umstritten, ob Verwerter in der Mitteilung auf das Widerspruchsrecht hinweisen müssen. Beim verwandten § 31a UrhG wird aus dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis eine Treuepflicht abgeleitet, wonach der Vertragspartner gemäß § 241 Abs. 2 BGB zur Belehrung verpflichtet sei.<sup>187</sup> Diese Argumentation lässt sich auch auf § 137l UrhG übertragen, begegnet aber

<sup>184</sup> Zur bisherigen Informationspraxis in EU-Mitgliedstaaten s. *Europäische Kommission*, Study on emerging issues on collective licensing practices in the digital environment, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/611658>, archiviert unter [perma.cc/2NFZ-4RZZ](https://perma.cc/2NFZ-4RZZ), S. 231 ff.

<sup>185</sup> § 34 Abs. 3 UrhG bildet einen Sonderfall. Nach allgemeiner Ansicht beginnt erst mit Kenntnis des Urhebers von der Übertragung die Frist, nach deren Ablauf das Rückrufsrecht erlöscht, vgl. Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 34 UrhG Rn. 44; Wandtke/Bullinger/*Wandtke*, § 34 UrhG Rn. 25; Dreier/Schulze/*Schulze*, § 34 UrhG Rn. 39; *Wernicke/Kockentiedt*, ZUM 2004, 348, 354. Daraus folgt aber nicht, dass dem Urheber eine Information erteilt werden muss. Allerdings wird es regelmäßig zu einer Information kommen, damit Veräußerer und Erwerber Rechtssicherheit über einen möglichen Rückruf gewinnen.

<sup>186</sup> Für nicht verfügbare Werke s. § 61d Abs. 3 S. 1 UrhG und § 52a Abs. 1 Nr. 4 lit. c VGG; für EKL s. § 51a Abs. 1 Nr. 4 lit. d VGG; für Änderungen in Sammlungen für den religiösen Gebrauch s. § 62 Abs. 5 S. 3 UrhG. Bisher haben im Bereich kollektiver Lizenzierungspraktiken in einer Studie von 12 VG in EU-Mitgliedstaaten nur 7 diese Information bereitgestellt, s. *Europäische Kommission*, Study on emerging issues on collective licensing practices in the digital environment, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/611658>, archiviert unter [perma.cc/2NFZ-4RZZ](https://perma.cc/2NFZ-4RZZ), S. 237.

<sup>187</sup> Vgl. Dreier/Schulze/*Schulze*, § 31a UrhG Rn. 108; zustimmend Schricker/Loewenheim/*Spindler*, § 31a UrhG Rn. 91.

Zweifeln: Über Umstände, die eine Vertragspartei zwar nicht kennt, aber ohne weiteres selbst feststellen kann, wenn sie ihre eigenen Interessen wahr, besteht für gewöhnlich keine Aufklärungspflicht.<sup>188</sup> Wenn Urheber am Schutz durch das Widerrufsrecht ein Interesse haben, können sie auf Grundlage der Mitteilung ohne weiteres selbst feststellen, dass sie ein Widerrufsrecht haben. Eine Aufklärungspflicht auf Grundlage von § 241 Abs. 2 BGB scheidet daher aus. Allerdings dient das Widerspruchsrecht dem Schutz des Urhebers vor strukturellen Vertragsdisparitäten. Dieser Schutz würde unterlaufen, wenn das Recht mangels Kenntnis praktisch ungenutzt verstreichen würde. Deshalb muss § 137I Abs. 1 UrhG so teleologisch ausgelegt werden, dass die Information auch eine Belehrung über das Widerspruchsrecht enthalten muss.<sup>189</sup>

### cc) Kenntnisgrad

Zu unterscheiden sind die verschiedenen Informationserfordernisse schließlich nach dem Grad an Kenntnis, den sie Urhebern vermitteln. Eine bloße Kenntnisnahmemöglichkeit gewähren die Anwendungsfälle, in denen die Mitteilung an eine öffentlich zugängliche Datenbank geht: das Online-Portal des EUIPO im Fall verwaister und nicht verfügbarer Werke und die Webseite der Verwertungsgesellschaft für EKL.<sup>190</sup> Daneben reicht die Möglichkeit der Kenntnisnahme auch bei der Nutzung auf unbekannte Nutzungsarten und in Sammlungen für den religiösen Gebrauch aus, indem die Mitteilung an den Urheber bloß abgesendet sein muss (§ 137I Abs. 1 S. 3 UrhG, § 46 Abs. 3 S. 1 UrhG)

Eine Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen erfolgt bei der Mitteilung über Änderungen in Sammlungen für den religiösen Gebrauch, da die Frist zum Widerspruch für den Urheber beginnt, „nachdem ihm die beabsichtigte Änderung mitgeteilt worden ist“ – sie ihm also nach § 130 Abs. 1 BGB zugegangen ist.<sup>191</sup>

Im Fall der Übertragung von Nutzungsrechten bei der Veräußerung von Unternehmen(stellen) schließlich stellt die herrschende Literaturansicht darauf ab, dass der Urheber positive Kenntnis der Mitteilung erlangt.<sup>192</sup> Anderenfalls beginnt die Ausschlussfrist für das Rückrufsrecht nicht.

<sup>188</sup> MüKoBGB/Bachmann, § 241 BGB Rn. 199 m.w.N.

<sup>189</sup> Vgl. Dreier/Schulze/Schulze, § 137I UrhG Rn. 62; Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 31a UrhG Rn. 73, 84 sehen eine Belehrungspflicht unmittelbar gesetzlich und in analoger Anwendung nicht gegeben, befürworten sie aber zur Klarstellung.

<sup>190</sup> Es ist ausdrücklich nicht erforderlich, dass der Urheber von den Informationen auch Kenntnis nimmt, s. BT-Drucks. 19/27426, S. 122.

<sup>191</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Peukert, § 62 UrhG Rn. 22b; BeckOK UrhR/Engels, § 62 UrhG Rn. 27; Dreier/Schulze/Schulze, § 62 UrhG Rn. 23; zu den Voraussetzungen des Zugangs s. nur Faust, BGB AT, § 2 Rn. 22.

<sup>192</sup> Vgl. BeckOK UrhR/Soppe, § 34 UrhG Rn. 26; Dreier/Schulze/Schulze, § 34 UrhG Rn. 39; Wandtke/Bullinger/Wandtke, § 34 UrhG Rn. 25; Wernicke/Kockentiedt, ZUM 2004, 348, 354.

## b) Generalisierung

## aa) Zwecke der Information

Den Anforderungen der Anwendungsfälle an die Information des Urhebers kann keine Systematik unterstellt werden. Sie lassen allerdings die Zwecke erkennen, die die Information erfüllt. Zum einen verfolgt die Information einen Schutzzweck: Wenn der Urheber die Nutzung nicht kennt, kann er auch nicht tätig werden. Ihm soll deshalb die Gelegenheit gegeben werden, eine unliebsame Nutzung – bestenfalls bevor sie eintritt – zu unterbinden.<sup>193</sup> Zum anderen hat die Information eine Legitimationsfunktion für Nutzungen ohne ausdrückliche Erlaubnis.<sup>194</sup> Das Unterlassen ist Urhebern dann nur zurechenbar, wenn sie Kenntnis der Nutzungen und ihrer Handlungsoption haben.<sup>195</sup> Bleiben sie trotz dieser Kenntnis untätig, legt das den Schluss auf ein mangelndes Verbotsinteresse nahe, weshalb Nutzer auf eine legale Nutzungsmöglichkeit vertrauen dürfen. Dieser Zusammenhang von Information und Unterlassen wird etwa deutlich, wenn es für das Rückrufsrecht aus § 34 Abs. 3 UrhG heißt: „Je länger der Urheber trotz Kenntnis sämtlicher Umstände mit dem Rückruf wartet, desto mehr gibt er zu erkennen, dass er die Auswertung der Nutzungsrechte durch den Erwerber hinzunehmen bereit ist“.<sup>196</sup> Je umfangreicher also die Information des Urhebers ausfällt, desto besser ist sein Schutz und desto bedeutsamer ist es, wenn er Nutzungen nicht unterbindet.

## bb) Bestehen einer Information

In den Anwendungsfällen *ohne* aktive Information ist nun zu fragen, ob der mit der Information verfolgte Schutz des Urhebers und die Legitimationsfunktion erreicht werden.

## (1) (Urheber-) Vertragsrechtliche Anwendungsfälle

In den (urheber-)vertragsrechtlichen Anwendungsfällen schließen Urheber bewusst Verträge ab, die sie dazu verpflichten, Schutzgegenstände dem Vertragspartner zur Verfügung zu stellen oder die diese Verpflichtung implizieren. Dass die andere Partei die Schutzgegenstände auch zu verwerten gedenkt, ist jeweils vorausgesetzt.<sup>197</sup> Urheber sind deshalb bereits über Nutzungen informiert, weil sie normale Konsequenz ihres Handelns sind. Informationserfordernisse wären hier zwecklos.

<sup>193</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/1828, S. 44.

<sup>194</sup> Vgl. auch Mysoor, Implied Licenses in Copyright Law, S. 73 ff.

<sup>195</sup> S. schon D.II.1.c)bb)(2).

<sup>196</sup> Dreier/Schulze/Schulze, § 34 UrhG Rn. 39.

<sup>197</sup> Beispielsweise müssen ein Programmierer, der eine Software für seinen Arbeitgeber schreibt, oder ein Urheber, der anderen die Verfilmung seines Werkes gestattet, damit rechnen, dass die Schöpfung genutzt wird.

*(2) Bildersuchmaschinen, Verlinkungen und TDM*

Ähnlich liegt es für Bildersuchmaschinen, Verlinkungen und TDM. Zunächst erfolgt in diesen Anwendungsfällen häufig eine passive, faktische Information des Urhebers auf technischem Wege: Webcrawler übertragen im Kopfbereich einer Anfrage an den Webserver normalerweise ihren Namen in Form einer Zeichenkette (sog. „User-Agent“) und Nutzer, die auf eine Verlinkung klicken, übermitteln in der Regel, von welcher Webseite sie zur verlinkten Webseite gekommen sind (sog. Referrer).<sup>198</sup> Wenn der Webserver die Anfragen protokolliert, kann sich der Urheber über die Logdatei also Kenntnis von Indexierungen und Verlinkungen verschaffen. Allerdings sind die Nutzungen auch zulässig, wenn Nutzer die Übermittlung des User-Agent oder Referrer unterdrücken. Zudem wird häufig die Person, die den Inhalt im Internet bereithält, nicht auch Urheber oder Rechteinhaber sein. In diesem Fall erreicht die Information den handlungsbelasteten Urheber nicht. Allerdings besteht meist eine abstrakte Kenntnis von Nutzungen. Wer ein Werk im Internet zugänglich macht, muss damit rechnen und beabsichtigt es häufig sogar, dass es zum Gegenstand von Nutzungen durch Suchmaschinen, Linksetzer und TDM-Anwender wird. Eine ausdrückliche Information über einzelne Nutzungsvorgänge würde an der Entscheidung, ein Werk im Netz zugänglich zu machen, deshalb nichts ändern. Außerdem reicht auch die abstrakte Kenntnis der Urheber in diesen Anwendungsfällen aus, um aus ihrer Untätigkeit auf ein mangelndes Verbotsinteresse zu schließen. Denn was die Internet-Anwendungsfälle auszeichnet, sind die technischen Handlungsmöglichkeiten der Urheber. Sie können Nutzungen jederzeit beenden, indem sie die Werke offline nehmen. Wenn sie Werke dennoch online lassen, wollen sie Nutzungen über das Internet nicht unterbinden. Folglich sind die Informationszwecke gewahrt.

*(3) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten*

Das UrhDaG sieht nicht vor, dass Diensteanbieter alle Urheber aktiv über bevorstehende oder stattfindende Nutzungen informieren. Das liegt an der besonderen Nutzungskonstellation: Nutzer liefern die Inhalte, die Diensteanbieter sorgen lediglich für ihre Abrufbarkeit und Verbreitung und kennen die Schutzgegenstände und deren Urheber nicht.<sup>199</sup> Die erforderlichen Suchkosten machen eine Information damit faktisch unmöglich. Dennoch sind die Zwecke der Information hier einschlägig: Es besteht zum einen die Gefahr, dass Urheber von Nutzungen über die Diensteanbieter keine Kenntnis erlangen und deshalb keine Chance erhalten, sie zu unterbinden. Zudem ist das Unterlassen Urhebern nicht

---

<sup>198</sup> Diese Übermittlung ist bei gängigen Browsern voreingestellt, kann aber natürlich deaktiviert werden.

<sup>199</sup> Deshalb erfüllen sie beispielsweise ihre Pflicht zum Erwerb von Nutzungsrechten auch schon, wenn sie Nutzungsrechte lediglich von repräsentativen Rechteinhabern erwerben, die ihnen bekannt sind (§ 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UrhDaG).

zurechenbar, wenn sie von den Nutzungen und ihrer Handlungsmöglichkeit nichts wissen. In der Praxis werden die Informationszwecke allerdings regelmäßig erreicht, denn die Diensteanbieter sind verpflichtet, nach Information durch Rechtsinhaber Werke zu blockieren (§§ 8, 9 UrhDaG). Sie müssen sich deshalb jederzeit vergewissern können, ob zu blockierende Inhalte durch sie wiedergegeben werden.<sup>200</sup> Wenn ein Schutzbedürfnis besteht, können sich Rechtsinhaber die erforderliche Kenntnis also verschaffen, weil Diensteanbieter die Information, welche Inhalte sie wiedergeben, passiv vorhalten.

#### *(4) Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare*

Für Nutzungen von Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren nach § 49 Abs. 1 UrhG sind die Informationszwecke nicht einschlägig. Zum einen kann der Urheber durch die Information nicht mehr in die Lage versetzt werden, Nutzungen zu unterbinden. Denn der Vorbehalt muss bereits bei Druck des Erzeugnisses berücksichtigt sein, um sich in unmittelbarem lokalem Zusammenhang mit dem Artikel oder Rundfunkkommentar zu befinden. Insofern besteht danach kein Schutzbedürfnis. Zum anderen wirkt das Unterlassen hier vertrauensbegründend, weil Urheber Schutzgegenstände vorbehaltlos in einem offenen Medium bereitstellen, und nicht, weil sie Nutzungen trotz Kenntnis nicht unterbinden.

#### *cc) Umfang der Information*

Zwischen der Information des Urhebers und der Schwere einer Handlungslast besteht ein Zusammenhang: Je ausführlicher die Information, desto geringer ist der Aufwand für den Urheber sich Kenntnis zu verschaffen und seine Dispräferenz zu signalisieren, also seine Belastung.<sup>201</sup> Die Zwecke verlangen dem folgend eine möglichst umfassende Information: Je mehr der Urheber weiß, desto besser kann er abwägen, ob er einer Nutzung entgegentreten möchte – desto besser ist er also geschützt. Gleichzeitig kann einem Unterlassen umso höhere Bedeutung beigemessen werden, je besser der Urheber seine Handlungsoptionen kennt.

Allgemeine Voraussetzung der Informationen in den Anwendungsfällen muss folglich zunächst sein, dass Urheber das betroffene Werk und den Nutzungsumfang sowie die Identität von Nutzer oder Verwerter bestimmen können. Hinzu kommen muss außerdem noch die Information über die Handlungslast. Oft wird zwar schon die Information über eine Nutzung Anlass genug sein, sich über die eigenen Handlungsmöglichkeiten zu informieren – sichergestellt ist das aber nur, wenn stets auch über die Handlungslast informiert wird. Wenn ohnehin eine Information über die Nutzungsumstände an den Urheber erfolgt, ist im Übrigen

<sup>200</sup> Beispielsweise macht das von *YouTube* eingesetzte Content-ID wiedergegebene Inhalte für Rechtsinhaber identifizierbar.

<sup>201</sup> Belastungsmildernd wirken daneben auch Recherchepflichten von Verwertern nach der Anschrift des Urhebers.

kein Grund ersichtlich, warum darin nicht auch gleich über die Handlungslast aufgeklärt werden sollte; insbesondere die Transaktionskosten würden nicht gesteigert.

Gleichzeitig bedeutet das nicht, dass stets eine maximal umfangreiche Information des Urhebers und damit minimale Belastung anzustreben wäre. Denn mit dem Umfang steigt auch der Aufwand der Nutzer – die Transaktionskosten würden nur an eine andere Stelle verlagert, wo sie ebenfalls prohibitiv wirken können. Der Umfang muss deshalb mit Blick auf die Zweckerreichung optimiert werden: Bei singulären Nutzungen muss die Information so weit wie möglich an den Urheber herangetragen werden, ggf. sind Erleichterungen hinsichtlich der Kenntnisnahme möglich. Beispielsweise kann es ausreichen, die Information an den Urheber bloß abzusenden oder nur einen verhältnismäßigen Rechercheaufwand zu betreiben. Wenn es sich dagegen um eine Massennutzung handelt, genügt die Information an einen Intermediär wie eine Datenbank. Dadurch wird vermieden, Urheber individuell auffinden und ansprechen zu müssen.<sup>202</sup>

### *c) Zwischenergebnis*

Die Information des Urhebers bei einer Handlungslast erfüllt zwei Zwecke: Sie schützt den Urheber davor, ungewollten Nutzungen ausgesetzt zu sein und sie rechtfertigt es, an ein Unterlassen des Urhebers eine Rechtsfolge zu knüpfen, indem sie Kenntnis von den Nutzungen vermittelt. Diese Zwecke sind in fast allen Anwendungsfällen erreicht, weil entweder eine aktive Information zu leisten ist oder eine passive Information durch die Nutzungsumstände erfolgt. Hinsichtlich des Umfangs der Information weisen viele Anwendungsfälle aber ein Defizit auf: Sie stellen nicht sicher, dass Urheber nicht nur von Nutzungen, sondern auch von ihrer Handlungslast wissen. Dadurch werden der Schutz- und Legitimationszweck nicht erreicht. Zu den Grundbestandteilen jeder Information gehören deshalb das zu nutzende Werk, der Nutzungsumfang, die Identität und Erreichbarkeit des Nutzers sowie eine Information über die Handlungslast. Gleichzeitig muss die Information des Urhebers nicht auf ein Maximum gesteigert werden, weil dadurch der Aufwand der Nutzer und damit auch deren Kosten steigen. Geboten ist nur, was erforderlich ist, um die Zwecke zu erreichen – nicht mehr.

---

<sup>202</sup> Das ist ausnahmsweise auch bei der Nutzung in Sammlungen für den religiösen Gebrauch über den Bundesanzeiger möglich, obwohl es sich nicht um eine Massennutzung handelt (vgl. § 46 Abs. 3 S. 2 UrhG).

### 3. Ablauf einer Frist

Einige Anwendungsfälle fordern nicht nur, dass Nutzer den Urheber informieren – sie setzen darüber hinaus Fristen von 6 Monaten,<sup>203</sup> 3 Monaten,<sup>204</sup> einem Monat<sup>205</sup>, in „angemessenem“ Umfang<sup>206</sup> oder verlangen ein unverzügliches<sup>207</sup> Handeln. Wenn eine Frist erfolglos verstreicht, kann das zur Zulässigkeit der Nutzung oder auch zum Ende der Handlungsoption des Urhebers führen. Im erstgenannten Fall handelt es sich um *nutzungsaufschiebende Fristen*, im zweitgenannten Fall um *entscheidungserzwingende Fristen*.

#### a) Nutzungsaufschiebende Wirkung

Für Nutzungen von nicht verfügbaren Werken und auf Grundlage von EKL ist das Fristende eine aufschiebende Bedingung der Rechtseinräumung;<sup>208</sup> auch die Einwilligung in Änderungen in Sammlungen für den religiösen Gebrauch wird erst nach Fristablauf fingiert. In diesen Fällen dürfen die Nutzungen also erst nach Fristende erfolgen. Es handelt sich deshalb um formell nutzungsaufschiebende Fristen. Bei § 137l UrhG ist es dagegen umstritten, ob eine Nutzung schon vor Fristende zulässig ist,<sup>209</sup> und die Übertragung eines Nutzungsrechts nach § 34 Abs. 3 UrhG bereits vor Ablauf der Frist erfolgen kann.<sup>210</sup> Allerdings haben Verwerter in beiden Fällen keine Rechtssicherheit, solange sie der Urheber noch ausschließen kann. Bis zum Ende der Frist werden sie für gewöhnlich daher keine wesentlichen Investitionen in die Verwertung vornehmen. Deshalb kann man in diesen Fällen von einer materiell nutzungsaufschiebenden Frist sprechen.

<sup>203</sup> Für die Nutzung nicht verfügbarer Werke müssen 6 Monate seit Bekanntgabe der erforderlichen Informationen vergangen sein (§ 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 5 VGG, § 61d Abs. 3 S. 2 UrhG).

<sup>204</sup> Nach § 137l Abs. 3 S. 3 UrhG endet das Widerspruchsrecht nach Ablauf von drei Monaten, nachdem der Vertragspartner die Mitteilung an den Urheber abgesendet hat. Auch die Nutzung auf Grundlage einer EKL ist gemäß § 51a Abs. 1 Nr. 4, 5 VGG abhängig vom Ablauf einer angemessenen Frist, die mindestens 3 Monate betragen muss.

<sup>205</sup> Die Einwilligung in Änderungen von Sprachwerken bei Sammlungen für den religiösen Gebrauch gilt als erteilt, wenn der Urheber nicht innerhalb eines Monats nach Mitteilung widerspricht (§ 62 Abs. 5 S. 3 UrhG). Analog § 613a BGB wird für den Rückruf nach § 34 Abs. 3 UrhG teilweise ein Monat Zeit gelassen, vgl. Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 34 UrhG Rn. 44; Fromm/Nordemann/*J. Nordemann*, § 34 UrhG Rn. 33.

<sup>206</sup> Für den Rückruf nach § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG Dreier/Schulze/*Schulze*, § 34 UrhG Rn. 39; ähnlich Wandtke/Bullinger/*Wandtke*, § 34 UrhG Rn. 25.

<sup>207</sup> Ebenfalls für § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/*Kotthoff*, § 34 UrhG Rn. 15.

<sup>208</sup> Nur die öffentliche Zugänglichmachung nicht verfügbarer Werke ist erst nach Fristablauf zulässig; die (Einräumung des Rechts der) Vervielfältigung hingegen schon zuvor (§ 52a Abs. 1 S. 2 VGG, § 61d Abs. 3 UrhG).

<sup>209</sup> Vgl. Dreier/Schulze/*Schulze*, § 137l UrhG Rn. 15 m.w.N.

<sup>210</sup> Vgl. Dreier/Schulze/*Schulze*, § 34 UrhG Rn. 39.

Nutzungsaufschiebende Fristen dienen zunächst dem Schutz des Urhebers, indem sie eine Bedenkzeit vor Nutzungsbeginn einräumen.<sup>211</sup> Urheber haben damit die Möglichkeit jede Nutzung von vornherein zu verhindern – es kann nicht dazu kommen, dass Nutzungen trotz Dispräferenz erfolgen. Gleichzeitig hängen Fristen aber auch mit dem passiven Element der Tatbestände zusammen: Dem Urheber wird ein konkreter Zeitraum genannt, in dem er einen entgegenstehenden Willen äußern muss und anderenfalls nachteilige Rechtsfolgen greifen. Die Fristen verdichten also das Gebot der Urheber, zu handeln.

#### *b) Entscheidungserzwingende Wirkung*

Die nutzungsaufschiebenden Fristen markieren den Beginn der *Nutzungsmöglichkeit*. Die entscheidungserzwingenden Fristen regeln dagegen das Ende der *Untersagungsmöglichkeit* des Urhebers: Bei der Übertragung von Nutzungsrechten bei Unternehmensveräußerung, Änderungen in Sammlungen für den religiösen Gebrauch und bei Nutzungen auf unbekannte Nutzungsarten begrenzt die Frist, wie lange das Rückrufsrecht (§ 34 Abs. 3 UrhG) und der Widerspruch (§ 62 Abs. 5 S. 3 UrhG, § 137I Abs. 1 S. 3 UrhG) ausgeübt werden können.

Diese Fristen bilden einen zeitlichen Korridor, in dem der Urheber seine Dispräferenz signalisieren muss und anschließend die Untersagungsmöglichkeit endgültig verliert. Sie bestimmen eine Entscheidungszeit und schneiden so das Argument ab, dass Urheber noch widersprechen möchten, es aber noch nicht erklärt haben. Entscheidungserzwingende Fristen verfolgen damit keinen Urheberschutz, sondern dienen ausschließlich der Rechtssicherheit der anderen Seite. Sie sind ebenfalls mit dem passiven Element der Tatbestände verbunden, indem sie verdeutlichen, dass es ein Handlungsgebot gibt.

#### *c) Generalisierung*

Die Fristen der Anwendungsfälle lassen sich nicht generell als urheberschützende oder -belastende Voraussetzung verstehen – sie müssen je nach ihrer nutzungsaufschiebenden oder entscheidungserzwingenden Wirkung beurteilt werden. Folgerungen zum Anwendungsbereich ergeben sich anhand der herausgearbeiteten Zwecke des Urheberschutzes, der Rechtssicherheit und der Legitimationsfunktion für das passive Element der Tatbestände:

Zunächst kann eine Frist nur da bestehen, wo Urheber noch eine Untersagungsmöglichkeit haben – die Abweichung vom Normalfall also nicht bereits endgültig geworden ist. Anderenfalls gibt es keinen Grund, eine Nutzungsmöglichkeit aufzuschieben oder eine Entscheidung zu erzwingen. Deshalb kennt etwa § 49 Abs. 1 UrhG keine Frist, denn einen Vorbehalt muss der Urheber dort schon bei Veröffentlichung erklärt haben. Daneben sind Fristen nur sinnvoll, wenn auch eine aktive Information des Urhebers erfolgt. Anderenfalls erfüllt die Frist

---

<sup>211</sup> Vgl. etwa Dreier/Schulze/Schulze, § 34 UrhG Rn. 39.

keinen Schutzzweck und ihr fruchtloser Ablauf sagt nichts über ein mangelndes Verbotsinteresse aus, denn es ist vom Zufall abhängig, ob der Urheber überhaupt von der Nutzung erfährt.

Im Übrigen ist ein Schutz des Urhebers nur gewährleistet und ein Unterlassen hat nur Erklärungswert, wo eine *nutzungsaufschiebende* Frist besteht. Grund ist, dass Urheber nicht unmittelbar nach Information über eine Nutzung reagieren können. Sie brauchen Zeit, um Vor- und Nachteile einer Untersagung abzuwägen, vorher kann ein Unterlassen deshalb keinen Erklärungsgehalt haben. Die Nutzungsmöglichkeit darf also nicht mit Kenntnis einsetzen. Einer *entscheidungserzwingenden* Frist bedarf es dagegen nur in Ausnahmefällen. Zum einen braucht es Rechtssicherheit vor allem für kapitalintensive Nutzungen, die Investitionen benötigen – nicht dagegen für leicht substituierbare Nutzungen mit geringem subjektivem Nutzen wie etwa Verlinkungen. Zum anderen ergibt sich der Erklärungsgehalt des Unterlassens schon daraus, dass Urheber eine nutzungsaufschiebende Frist verstreichen lassen. Entscheidungserzwingende Fristen erfüllen dort deshalb keinen Zweck.

Die Fristdauer sollte sich schließlich proportional zum Kenntnisgrad des Urhebers verhalten. Denn je mehr Informationen Urheber über eine Nutzung haben, desto weniger Zeit benötigen sie für Nachforschungen und Bedenken. Die Anwendungsfälle spiegeln das grob wider: Bei der bloßen Möglichkeit der Kenntnisnahme über ein Portal eines Intermediären beträgt die Frist für nicht verfügbare Werke 6 Monate und für EKL 3 Monate, mindestens aber eine angemessene Zeit. § 62 Abs. 5 S. 3 UrhG erfordert eine Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen, dort beträgt die Frist 4 Wochen. Im Fall des § 34 Abs. 3 UrhG, wo positive Kenntnis des Urhebers besteht, werden schließlich die ersichtlich kürzesten Fristen vertreten.<sup>212</sup> Je höher also der Grad an Kenntnis ist, desto kürzer sollte die Frist sein.

#### d) Zwischenergebnis

Fristen können in Anwendungsfällen von Handlungslasten entweder eine drohende Nutzung aufschieben und dem Urheber eine Bedenkzeit einräumen oder eine Entscheidung über die Nutzung erzwingen, indem sie die Untersagungsmöglichkeit nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erlauben. Diese Fristen verfolgen drei Zwecke: Sie dienen dem Schutz des Urhebers, erzeugen Rechtssicherheit und tragen dazu bei, dass das Unterlassen des Urhebers eine rechtliche Bedeutung gewinnt. Mit Blick auf diese Zwecke sind sie nur sinnvoll, wenn Urheber noch eine Untersagungsmöglichkeit haben und wenn eine aktive Information des Urhebers erfolgt. Damit ein ausreichender Urheberschutz gewährleistet ist und dem Unterlassen des Urhebers ein Erklärungsgehalt beigemessen werden kann, muss es eine nutzungsaufschiebende Frist geben. Entscheidungs-

<sup>212</sup> Einen unverzüglichen Rückruf verlangen etwa Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Kotthoff, § 34 UrhG Rn. 15; Ullmann, in: Rüßmann (Hrsg.), FS Käfer, S. 413, 423.

erzwingende Fristen sind dagegen nur angebracht, wo es ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit gibt. Schließlich ist anzustreben, dass sich Fristen proportional zum Kenntnislevel der Urheber verhalten: Je weniger Information der Urheber von Nutzungen bekommt, desto länger muss die Frist für die Entscheidungsfindung sein.

### III. Rechtsfolgen

Nachdem die Entstehungsumstände und Tatbestandsvoraussetzungen Gegenstand der Untersuchung waren, geht es nun um die Rechtsfolgen. Die Anwendungsfälle ermöglichen Nutzungen auf unterschiedliche Weisen und deshalb auch mit unterschiedlichen Wirkungen auf die Ausschließlichkeit. Auch unterscheidet sich, in welchem Umfang Nutzungen zulässig sind und in welchen Anwendungsfällen Nutzer eine Vergütung schulden.

#### *1. Wirkung auf Ausschließlichkeit*

Mit Blick auf die Rechtsfolge kann zwischen einstufigen und zweistufigen Anwendungsfällen unterschieden werden: Einstufig sind die Anwendungsfälle, in denen die Belastung des Urhebers mit einer Handlungslast und die Einwirkung auf das negative Verbotsrecht zusammenfallen – zweistufig sind dagegen die Anwendungsfälle, in denen beide Ereignisse nicht zusammen eintreten.

##### *a) Einstufige Anwendungsfälle*

Zu den einstufigen Anwendungsfällen gehören alle tatbestandlichen Ausnahmen und Schrankenregelungen. Ausnahmen wirken sich auf den Inhalt des Verwertungsrechts so aus, dass bestimmte Handlungen von seinem Zuordnungsgehalt ausgenommen sind. Schranken begrenzen die Verwertungsrechte nach herrschender Ansicht von vornherein um spezielle Nutzungshandlungen.<sup>213</sup> Es ist lediglich eine Frage der Gesetzestchnik, ob eine tatbestandliche Ausnahme oder eine Schranke besteht – in beiden Fällen kommt es zur gleichen beschränkenden Wirkung auf das Recht. Die Handlungsbelastung basiert darauf, dass die bestehende Einschränkung beseitigt werden kann. Handlungslast des Urhebers und Ausnahme oder Schranke treten folglich synchron auf.

In Frage steht dabei, ob die Ausschließlichkeit überhaupt betroffen ist, solange Urheber der Handlungslast nachkommen können, sie also die Option auf das Verbotsrecht haben. In jedem Fall läuft das Erlaubnisrecht als Bestandteil der positiven Seite des Ausschließlichkeitsrechts leer, weil die jeweils bestimmten Nutzungen erlaubnisfrei zulässig sind.<sup>214</sup> Da bei tatbestandlichen Ausnahmen

---

<sup>213</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Stieper, UrhG, Vor §§ 44a ff. Rn. 9 f. m.w.N.

<sup>214</sup> Vgl. zu Tatbestandsausnahmen der öffentlichen Wiedergabe *Haberstumpf*, JIPITEC 10

und Schranken das Verwertungsrecht von vornherein begrenzt ist, ist es auch nicht möglich, der Handlungslast nachzukommen, bevor die Einschränkung greift.<sup>215</sup> Und auch das Verbotsrecht ist beeinträchtigt, denn es greift so lange nicht, bis die Handlungslast erfüllt ist. Nutzungen, die in der Zwischenzeit erfolgen, bleiben rechtmäßig. Die Untersagungsmöglichkeit „sichert damit nicht die Ausschließlichkeit, sie *bringt sie bestenfalls wieder zurück*“.<sup>216</sup> Es handelt sich also bereits um eine Abweichung vom normativen Normalfall, wenn Urheber noch in die Ausschließlichkeit optieren können.

#### b) Zweistufige Anwendungsfälle

Die anderen dogmatischen Gestaltungen der Anwendungsfälle weisen dagegen eine zweistufige Struktur auf, indem Handlungsbelastung und Rechtsfolge auseinanderfallen: Bei der Nutzung auf unbekannte Nutzungsarten nach § 137l UrhG setzt die Handlungslast ein, sobald der Verwerter dem Urheber die Nutzungsabsicht mitteilt; das Nutzungsrecht gilt aber erst als eingeräumt, wenn ein Widerspruch ausbleibt. Bei Nutzungen auf Grundlage von EKL (§§ 51–52e VGG) entsteht die Handlungslast spätestens mit Erteilung der Information<sup>217</sup> – die urheberrechtliche Exklusivität ist aber erst durch Wirksamwerden der EKL-Vereinbarung zwischen Verwertungsgesellschaft und Nutzer nach Fristablauf berührt.<sup>218</sup> Schließlich weisen auch die übrigen Anwendungsfälle der Einräumung einer Gestattung<sup>219</sup> diese zweistufige Struktur auf: Zu Handlungslasten des Urhebers kommt es, sobald Auslegungsregeln bestehen, die den Bestand oder Umfang von Rechtseinräumungen vermuten. Die Ausschließlichkeit ist aber immer erst dann berührt, wenn Urheber ein Rechtsgeschäft auch vornehmen.

Die Handlungslast tritt in diesen Fällen unabhängig vom Verhalten der Urheber ein, die Rechtsfolge dagegen nur durch ihr Mitwirken. Ohne Zweifel kann es letztlich zu einer Beeinträchtigung der Ausschließlichkeit kommen, indem Urheber einen Splitter der ihnen ursprünglich zugeordneten Ausschließlichkeit

---

(2019), 187, 193 Rn. 16: „Ein Erlaubnisrecht, das sich nur auf Handlungen bezieht, die ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers vorgenommen werden, gibt keinen Sinn.“

<sup>215</sup> *Haberstumpf*, JIPITEC 10 (2019), 187, 193 Rn. 16 sieht den Urheberrechtsschutz damit in das „rechtshistorisch überwundene Zeitalter der allgemeinen Nachdruckverbote und Privilegien“ zurückversetzt, in dem die Obrigkeit den Privilegierten nur hoheitlich durchgesetzte Verbotsrechte und keine individuellen Erlaubnisrechte gewährte, da die Verhandlungsposition nach erfolgter Nutzung geschwächt ist.

<sup>216</sup> In Bezug auf das Veto-Recht bei EKL *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 341 (Herv. i. O.).

<sup>217</sup> Nach §§ 51a Abs. 1 Nr. 4, 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VGG durch die Verwertungsgesellschaft.

<sup>218</sup> Vgl. *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 326 ff., 334.

<sup>219</sup> Gemeint sind die Veräußerung des Werkoriginals, Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen, Rechte am Filmwerk, Beiträge in Sammlungen, die Übertragung von Nutzungsrechten bei Unternehmensveräußerung und die schlichte Einwilligung bei Bildersuchmaschinen.

verlieren.<sup>220</sup> Dass sie anschließend noch ins Verbotsrecht optieren können, ändert daran – wie soeben dargelegt – nichts. Eine Abweichung vom normativen Normalfall tritt aber nicht ein, wenn Urheber der Last rechtzeitig nachkommen. Das wirft die Frage auf, ob in der bloßen Belastung des Urhebers vor Eintritt der Rechtsfolge bereits eine Abweichung vom urheberrechtlichen Grundfall liegt. Mit Blick auf die Bestandteile des Ausschließlichkeitsrechts ist das zu verneinen. Symmetrisch zur Rechtsposition des Nutzers, die sich bis zum Eintritt des Verlusts von Ausschließlichkeit nicht erweitert, ist auch die Rechtsposition der Urheber so lange noch nicht beschnitten. Allerdings tritt eine Abweichung mit Blick auf das *passive Element der Tatbestände* ein, indem ein Tätigwerden für den Erhalt des Verbotsrechts erforderlich wird.<sup>221</sup> Die bloße Belastung kann deshalb nicht als Exklusivitätseinschränkung, sondern am ehesten als eine *Ausübungsregelung* verstanden werden. Dieser Begriff wird im Zusammenhang mit der Zwangslizenz in § 42a UrhG gebraucht.<sup>222</sup> Eine Ausübungsregelung berührt den Bestand von Erlaubnis- und Verbotsrecht nicht, gibt aber vor, was zu deren Geltendmachung zu tun ist. Das ist auch unter einer Handlungslast der Fall, deren Rechtsfolge noch nicht eingetreten ist: Die Anwendungsfälle diktieren zwar nicht wie bei einer Zwangslizenz, wem eine *Erlaubnis* auszusprechen ist. Sie geben aber vor, wie das *Verbotsrecht* einzusetzen ist. Die Belastung allein bedeutet damit noch keine Abweichung für das Ausschließlichkeitsrecht – die Abweichung tritt erst ein, wenn es zur Rechtsfolge kommt.

## 2. Ausmaß der Nutzung

Neben der Wirkung auf die urheberrechtliche Ausschließlichkeit spielt auch eine Rolle, in welchem Umfang die Anwendungsfälle Nutzungen ermöglichen. Dafür ist auch zu berücksichtigen, wann für die Nutzung eine Vergütung zu leisten ist und wie sie ausfällt. Diese beiden Faktoren haben einen Einfluss auf die Schwere der Last: Wenn Nutzungen ohne jede Einschränkung erfolgen können, für die zudem keine Vergütung geschuldet ist, belastet das den Urheber stärker als eine vergütungspflichtige Nutzung in geringem Umfang.

<sup>220</sup> Bei einfachen Nutzungsrechten ist das Verbotsrecht gegenüber berechtigten Nutzern betroffen (gegenüber unberechtigten Nutzern verbleibt es dagegen beim Urheber), bei ausschließlichen Nutzungsrechten sind darüber hinaus das positive Benutzungsrecht des Urhebers und seine Möglichkeit betroffen, Dritten eine Erlaubnis zu gewähren, vgl. Schricker/Loewenheim/*Ohly*, § 31 UrhG Rn. 46, 49 f. Auch die schlichte Einwilligung bewirkt, dass die erlaubte Handlung nicht das Urheberrecht verletzt, unabhängig von der dogmatischen Einordnung als tatbestandsausschließend oder rechtfertigend (vgl. jeweils *ders.*, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 124 ff.; BGH GRUR 2010, 628 Rn. 34 – Vorschaubilder I).

<sup>221</sup> Vgl. zur Abweichung vom Normalfall durch das passive Element der Tatbestände D.II.1.a).

<sup>222</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/*Stieper*, UrhG, Vor §§ 44a ff. Rn. 11; *Peukert*, Urheberrecht, § 24 Rn. 10, der auch eine Verbindung zu EKL herstellt; kritisch *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 193 ff.

## a) Nutzungsumfang

Die Anwendungsfälle verbindet, dass sie Nutzungen nur im angemessenen Umfang ermöglichen. Das bezieht sich in einigen Anwendungsfällen auf den privilegierten Personenkreis,<sup>223</sup> in den meisten Fällen aber auf die zulässigen Handlungen:

Verlinkungen sind tatbestandlich nur soweit zulässig, wie es das Funktionieren der Referenzkultur im Netz erfordert.<sup>224</sup> Die Privilegierung von Diensteanbietern gilt nur für Werke, die von Nutzern des Dienstes hochgeladen worden sind (§ 1 UrhDaG).

Bei den Schranken erklärt § 44b Abs. 2 S. 1 UrhG Vervielfältigungen lediglich für Zwecke des TDM für zulässig, § 49 Abs. 1 UrhG erlaubt nur die Nutzung von Erzeugnissen zu gesellschaftlichen Tagesfragen in Tagesinteressen dienenden Zeitungen und Informationsblättern und §§ 46 Abs. 1 S. 1, 62 Abs. 5 S. 1 UrhG erfassen nur Sammlungen und Änderungen, die für den religiösen Gebrauch bestimmt bzw. erforderlich sind.

Bei den Anwendungsfällen mit einer Gestattung erhalten Nutzer nach § 44 Abs. 2 UrhG lediglich das Ausstellungsrecht, nach § 88, 89 UrhG und § 38 Abs. 1 UrhG nur das, was für die Verwertung als Film oder Teil einer Sammlung angemessen ist, nach § 137f Abs. 1 S. 1 UrhG nur die zum Zeitpunkt des Vertragschlusses unbekannten Nutzungsrechte und aufgrund der schlichten Einwilligung nur eine Gestattung bezüglich der „nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen“.<sup>225</sup> Für nicht verfügbare Werke werden lediglich Nutzungsrechte zu nicht kommerziellen Zwecken eingeräumt (§ 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VGG), für Nutzungen auf Grundlage einer EKL sind die Verwertungsgesellschaften zwar frei, welchen Nutzungsumfang sie einräumen. In beiden Fällen sind Nutzungsrechte aber nur zu angemessenen Bedingungen einzuräumen (§ 34 i.V.m. §§ 51 Abs. 3, 52 Abs. 3 VGG) – der Umfang muss also an objektive Kriterien anknüpfen.<sup>226</sup> § 34 Abs. 3 UrhG erweitert schließlich nicht den Nutzungsumfang, sondern richtet sich nach der ursprünglichen Vereinbarung von Urheber und Veräußerer. Einzig im Rahmen von § 69b Abs. 1 UrhG gehen pauschal alle vermögensrechtlichen Befugnisse über.

Der Nutzungsumfang orientiert sich also noch an der Interessenlage. Die Anwendungsfälle lassen so – trotz Berücksichtigung urheberfremder Interessen

<sup>223</sup> Für verwaiste und nicht verfügbare Werke: Bibliotheken, Bildungseinrichtungen und öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten (nur verwaiste Werke), Museen, Archive und Einrichtungen im Bereich des Film- oder Tonerbes, vgl. §§ 61 Abs. 2, 61c, 61d, 60d Abs. 3 Nr. 1 UrhG.

<sup>224</sup> Der Schutzgegenstand darf nicht selbst vorgehalten werden, vgl. EuGH ECLI:EU:C:2018:634, Rn. 40 – Córdoba; dazu Raue, ZUM 2018, 517, 519: Die Referenzierungskultur erlaubt die „Bezugnahme, nicht aber die Appropriation fremder Inhalte“.

<sup>225</sup> BGH GRUR 2010, 628 Rn. 36 – Vorschäbiller I.

<sup>226</sup> Schricker/Loewenheim/Reinbothe, § 34 VGG Rn. 5; jüngst auch BGH GRUR 2021, 1511 Rn. 25 – Deutsche Digitale Bibliothek II.

– weiterhin das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Ausschließlichkeit und Zugang nach dem normativen Normalfall erkennen.<sup>227</sup> Allerdings besteht kein Zusammenhang zu den Voraussetzungen: Zu erwarten wäre, dass je größer der Nutzungsumfang ist, die Anforderungen an Unterlassen, Information und Frist umso höher und damit urheberschützender ausfallen. Eine solche Proportionalität<sup>228</sup> zwischen Nutzungsumfang und Voraussetzungen existiert allerdings nicht.

### b) Vergütung

Wann in den Anwendungsfällen eine Vergütung geschuldet ist, folgt ebenfalls keiner Systematik. Urheber können stets zu einer Vergütung gelangen, wenn sie ihrer Handlungslast nachkommen und das Verbotsrecht einsetzen. Aber auch abseits dessen sind in den verschiedenen Gruppen der Anwendungsfälle Vergütungen möglich:

In vielen der (urheber-)vertragsrechtlichen Anwendungsfälle<sup>229</sup> muss eine Vergütung vom Urheber bei Vertragsschluss vereinbart werden. Im Falle der Nutzung nicht verfügbarer und anderer Werke auf Grundlage einer EKL darf die Verwertungsgesellschaft Nutzungsrechte nur zu angemessenen Bedingungen, also einer angemessenen Vergütung, einräumen (§ 34 i.V.m. §§ 51 Abs. 3, 52 Abs. 3 VGG).

Die Anwendungsfälle auf Schrankenebene sind dagegen einstufige Anwendungsfälle.<sup>230</sup> Für den Zeitraum, in dem Nutzungen zulässig, aber Urheber ihrer Handlungslast noch nicht nachgekommen sind, ist nur zum Teil eine angemessene Vergütung (vgl. § 32 UrhG) fällig: für Nutzungen verwaister Werke (§ 61b S. 2 UrhG), in Sammlungen für den religiösen Gebrauch (§ 46 Abs. 4 UrhG), auf unbekannte Nutzungsarten (§ 137i Abs. 5 S. 1 UrhG), sowie von Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren, es sei denn, dass es sich um kurze Auszüge aus mehreren Kommentaren oder Artikeln in Form einer Übersicht handelt (§ 49 Abs. 1 S. 2 UrhG). Vergütungsfreie Nutzungen in diesem Zeitraum erlauben dagegen §§ 44b, 61d,<sup>231</sup> und 62 Abs. 5 UrhG. Ebenfalls keine Vergütung erfolgt für Nutzungen durch Bildersuchmaschinen und Verlinkungen, sowie von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten.<sup>232</sup>

<sup>227</sup> S. dazu oben C.I.

<sup>228</sup> Zum Begriff der Proportionalität, aber in Bezug auf das Verhältnis von Werkbegriff und Verwertungsrechten vgl. *Wypchol*, Die Nutzung des Werks, S. 12 ff., 32 f.

<sup>229</sup> Gemeint sind die §§ 38 Abs. 1, 69b, 44 Abs. 2, 88, 89 UrhG.

<sup>230</sup> S. dazu schon D.III.1.a).

<sup>231</sup> Dazu de la Durantay/Kuschel, ZUM 2021, 785, 790 f.

<sup>232</sup> Die öffentliche Wiedergabe durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten ist nur für gesetzlich erlaubte Nutzungen und mutmaßlich erlaubte Nutzungen vergütungspflichtig (vgl. §§ 5 Abs. 2, 12 Abs. 1 UrhDaG). Gesetzlich erlaubte Nutzungen sind nicht Gegenstand der Handlungslast, weil ihnen gegenüber kein Verbotsrecht bestehen kann. Mutmaßlich erlaubte Nutzungen setzen voraus, dass der Urheber dem Diensteanbieter bereits Informationen erteilt hat, also der Last schon nachgekommen ist.

Es hat folglich Auswirkungen auf die Vergütung, welches dogmatische Vehikel für eine Last zum Einsatz kommt: Nur dort, wo Handlungslasten in Schranken gekleidet sind oder an ein Rechtsgeschäft anknüpfen, können Vergütungen gesetzlich festgelegt werden. Wo Lasten dagegen auf Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsebene ansetzen, kann keine Vergütung geschuldet sein, weil es keinen Eingriff in das Urheberrecht gibt. Daneben besteht keine Proportionalität der Vergütungen zu den Voraussetzungen und zum Nutzungsumfang. Es ist beispielsweise schwer nachvollziehbar, warum die Nutzung verwaister Werke vergütungspflichtig (vgl. Art. 6 Abs. 5 Verwaiste-Werke-RL), die Nutzung nicht verfügbarer Werke dagegen vergütungsfrei möglich ist (e contrario Art. 8 Abs. 2 DSM-RL) – trotz gleicher Beschränkung auf nicht-kommerzielle Nutzungen (vgl. §§ 61d Abs. 3, 61 Abs. 5 UrhG). Hierin liegt, wie schon beim Nutzungsumfang, ein Defizit der Anwendungsfälle: Sicherzustellen ist, dass je größer der Nutzungsumfang ausfällt, umso eher eine Vergütung zu leisten ist.

### 3. Zwischenergebnis

In der Rechtsfolge weichen die Anwendungsfälle in unterschiedlichen Strukturen vom normativen Normalfall ab: In den einstufigen Anwendungsfällen treten Exklusivitätseinschränkung und Handlungslast gleichzeitig ein. Dass Urheber Nutzungen untersagen können, sobald sie ihrer Handlungslast nachgekommen sind, ändert nichts daran, dass *bis dahin* das Verbotsrecht nicht greift. In den zweistufigen Anwendungsfällen kommt es dagegen erst zur Handlungslast und anschließend, aber nicht zwingend, tritt die Rechtsfolge ein. Letztlich droht auch hier eine Abweichung vom normativen Normalfall – solange aber lediglich die Handlungslast gilt, ist die Rechtsposition noch nicht berührt. Dann handelt es sich um eine Ausübungsregelung, die vorgibt, was zur Geltendmachung des Rechts zu tun ist.

Im Umfang stellen die Anwendungsfälle jeweils nur Nutzungen im angemessenen Umfang frei. Sie spiegeln damit noch die urheberfreundliche Tendenz des Urheberrechts wider. Ob eine Vergütung geschuldet ist, hängt von der dogmatischen Einkleidung der Handlungslast ab: Vorzugswürdig mit Blick auf den urheberrechtlichen Beteiligungsgrundsatz sind Schranken oder an ein Rechtsgeschäft anknüpfende Lasten, denn nur für sie besteht überhaupt die Möglichkeit, eine Vergütung festzulegen. Eine Proportionalität zwischen Voraussetzungen und Umfang (je niedriger die Voraussetzungen, desto geringer der Umfang) oder zwischen Umfang und Vergütung (je größer der Umfang, desto eher Vergütung) kennen die Anwendungsfälle aber nicht. Darin liegt ein Defizit, weil die unterschiedlichen Eingriffstiefen der Anwendungsfälle keine Berücksichtigung finden.

## IV. Funktionen

Nachdem die Rechtsfolgen die konkrete Wirkung der Lasten gezeigt haben, beschäftigt sich das folgende Kapitel mit den abstrakten *Funktionen* von Handlungslasten. Weil der Begriff der Funktion im Recht nicht einheitlich verwendet wird,<sup>233</sup> ist eine kurze Klärung der Untersuchungsperspektive vorzuschicken.

Funktionen werden häufig mit dem Zweck einer Norm gleichgesetzt.<sup>234</sup> Eine Funktion meint dann nichts anderes als die *beabsichtigte* Folge einer Rechtsnorm.<sup>235</sup> Zum Teil versteht man unter Funktionen aber auch einen Gegenbegriff zum Zweck: Funktion meint dann die *rein faktische* Wirkung, im Gegensatz zu einem nur normativ verfolgten Ziel.<sup>236</sup> Danach unterscheiden sich beide Begriffe mit Blick darauf, ob eine Wirkung bloß intendiert ist oder tatsächlich eintritt; insofern ist auch von Soll-Funktion (Zweck) und Ist-Funktion (Funktion) die Rede.<sup>237</sup> Funktionen sind nach diesem Verständnis also Wirkungen, die eintreten, *ohne* dass sie bezweckt sind.

Das hier gewählte Begriffsverständnis knüpft an diese Ist-Funktion an: Im Folgenden werden nur *tatsächlich eintretende Wirkungen* untersucht, nicht bloß normativ verfolgte Ziele. Damit ist aber nicht gemeint, dass Funktionen bloß tatsächliche und keine rechtlichen Wirkungen sind.<sup>238</sup> Funktionen umfassen auch *rechtliche* Wirkungen, solange diese wirklich eintreten und nicht nur intendiert sind. Zusätzlich grenzt sich der Begriff nach hiesigem Verständnis aber auch von den soeben untersuchten Rechtsfolgen ab: Im Folgenden soll es nur um Wirkungen gehen, die *außerhalb der unmittelbar angelegten Rechtsfolgen* liegen. Solche Wirkungen sind auf einer abstrakteren Ebene als die Rechtsfolgen angesiedelt, sie treten aber tatsächlich ein, sodass man nicht von bloßen Soll-Funktionen sprechen kann. Untersuchungsgegenstand dieses Abschnitts sind also Funktionen als *tatsächlich eintretende Wirkungen, die außerhalb der unmittelbar angelegten Rechtsfolgen liegen*.

<sup>233</sup> Vgl. *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, S. 171 Fn. 10; *Wypchol*, Die Nutzung des Werks, S. 190.

<sup>234</sup> *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, S. 170 f.; *Wypchol*, Die Nutzung des Werks, S. 189 f.

<sup>235</sup> Vgl. *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, S. 170.

<sup>236</sup> *Wypchol*, Die Nutzung des Werks, S. 188 f. m.w.N.

<sup>237</sup> So zunächst *Stierle*, Das nicht-praktizierte Patent, S. 171 f.; *Wypchol*, Die Nutzung des Werks, S. 191 f.

<sup>238</sup> Vielfach wird zwischen Zweck (rechtlich) und Wirkung (tatsächlich) differenziert, wobei von einer „Funktion“ sowohl in Bezug auf Wirkungen als auch auf Zwecke die Rede ist, s. die Nachweise bei *Wypchol*, Die Nutzung des Werks, S. 187 ff.

Diese Funktionen stehen in Verbindung zu den Problemen, denen Handlungslasten des Urhebers begegnen:<sup>239</sup> zum einen einer Interessenlage, die von der gesetzlich angelegten Lage strukturell abweicht, zum anderen prohibitiv hohen, mindestens aber verschwenderischen Transaktionskosten. Beide Umstände können dazu führen, dass von allen Beteiligten gewollte Nutzungen unterbleiben. Über alle Anwendungsfälle hinweg liegt die Funktion der Last darin, solche gewollten Nutzungen zu ermöglichen. Insofern sind die Anwendungsfälle funktional äquivalent.

Drei Unterfunktionen von Handlungslasten des Urhebers sind in den Anwendungsfällen dabei zu unterscheiden. Handlungslasten bewirken zunächst eine Re-Strukturierung des Ausschließlichkeitsrechts (1.). Die Taxonomie der Befugnisse wird erweitert, um die Interessenlage unter einer Handlungslast abzubilden; Nutzungen werden so rechtlich zulässig. Außerdem lösen die Anwendungsfälle eine Re-Allokation der Transaktionskosten aus (2.). Die Kosten werden dabei so umverteilt, dass sie tragbar und minimiert sind; Nutzungen sind deshalb ökonomisch möglich. Schließlich fungieren Handlungslasten des Urhebers als dogmatischer Baustein von Zugangsregeln (3.). Sie zeigen dem Rechtssystem, wann das Wirtschaftssystem auf ein Exklusivrecht angewiesen ist und sensibilisieren so das Urheberrecht für die Bedürfnisse anderer gesellschaftlicher Funktionssysteme.

### 1. Re-Strukturierung des Ausschließlichkeitsrechts

Das Urheberrecht geht grundsätzlich von einer Interessenlage aus, nach der eine Nutzung verboten ist, außer der Urheber erlaubt sie.<sup>240</sup> In den Anwendungsfällen soll die Nutzung dagegen grundsätzlich erlaubt sein und nur ausnahmsweise einem Verbot unterliegen.<sup>241</sup> Funktion der Handlungslast des Urhebers ist es, das Ausschließlichkeitsrecht mit dieser Interessenlage zu harmonisieren. Dazu wird das Opt-in-System des Urheberrechts in ein Opt-out-System umgekehrt. Zunächst muss dazu der Zustimmungsvorbehalt aufgehoben und so eine legale Nutzungsmöglichkeit eröffnet werden. Das geschieht durch die Abweichungen vom Normalfall, wie sie in der Analyse der Rechtsfolgen erfasst sind.<sup>242</sup> Clou der Anwendungsfälle ist aber, dass es die Interessenlage nur *im Grundsatz* unterstützt, von einem mangelnden Verbotsinteresse auszugehen – *ausnahmsweise* mag es immer noch ein schützenswertes Verbotsinteresse geben. Die Anwendungsfälle

<sup>239</sup> Vgl. *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, S. 339, 366 ff., der im Kontext der Rechtsvergleichung die Verbindung von Institutionen und Problemen über Funktionen hervorhebt. Zu den Problemen s. schon D.I.1. und D.I.2.

<sup>240</sup> Zum Paradigma der Ausschließlichkeit s. bereits C.I.2.

<sup>241</sup> S. dazu D.I.1.

<sup>242</sup> Dazu schon D.III.1.

müssen Urheber also eine Befugnis einräumen, die beides kann: grundsätzliche Nutzungsmöglichkeit und ausnahmsweises Verbot.

#### a) Flexibilisierung

Dazu flexibilisieren die Anwendungsfälle das dem Urheber zugeordnete Ausschließlichkeitsrecht. Gewährt wird eine Befugnis, die beide Schutzniveaus abbilden und im zeitlichen Verlauf wechseln kann.

#### aa) Taxonomie der Befugnisse

Um die Veränderung nachzuvollziehen, die die Anwendungsfälle auf die Rechtsposition des Urhebers auslösen, muss das Feld der Befugnisse zunächst in eine Systematik gebracht werden. Dafür bietet sich ein Rückgriff auf die Taxonomie von *Calabresi/Melamed* an. Sie basiert auf einem Verständnis von Ausschließlichkeitsrechten als Handlungs- und Verfügungsrechte, sog. Property Rights.<sup>243</sup> Mit dem Konzept des Property Rights wird beschrieben, welche Kompetenzen der Rechtsinhaber über die Nutzung einer Ressource innehat.<sup>244</sup> Spiegelbildlich wird damit festgelegt, welche Verhaltensweisen alle anderen im Umgang mit einem Gut beachten müssen.<sup>245</sup> Weil die Taxonomie die Befugnisse nach dem Ausschlussrecht unterscheidet, eignet sie sich besonders gut für eine Analyse der Anwendungsfälle: Dort ist die Ausschließlichkeit der Referenzpunkt, von dem die Anwendungsfälle eine Abweichung darstellen.<sup>246</sup>

Property Rights können in verschiedenen „Ausdünnungen“<sup>247</sup> auftreten.<sup>248</sup> *Calabresi/Melamed* unterscheiden zwischen drei Arten: Property Rules, Liability Rules und Inalienability Rules, der Unübertragbarkeit einer Rechtsposition.<sup>249</sup>

Eine Property Rule beschreibt, dass nur der Rechtsinhaber bestimmte Handlungen an einem Gut vornehmen darf – andere müssen die Befugnis dazu in einer einvernehmlichen Transaktion von ihm erwerben.<sup>250</sup> Der Umgang mit einem Gut ist also dem Inhaber exklusiv zugeordnet. Die Befugnis kann deshalb nur konsensual die Hand wechseln. Im Urheberrecht entspricht das den Ausschließlichkeitsrechten aus § 15 UrhG.

Unter einer Liability Rule hat der Rechtsinhaber dagegen kein Recht, Eingriffe in das Gut zu untersagen, bekommt aber für jeden Eingriff eine Entschä-

<sup>243</sup> Vgl. zur Terminologie *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 69.

<sup>244</sup> *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 659 f.

<sup>245</sup> *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 76.

<sup>246</sup> Zum Ausschlussprinzip als normativem Normalfall des Urheberrechts s. C.I.

<sup>247</sup> *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 103.

<sup>248</sup> Vgl. *Calabresi/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1092; einen Überblick der verschiedenen Erscheinungsformen gibt *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, S. 102 ff.

<sup>249</sup> Vgl. *Calabresi/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1092.

<sup>250</sup> *Calabresi/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1105.

digung.<sup>251</sup> Der Rechtsinhaber hat also kein Ausschlussrecht, aber ein Recht, bezahlt zu werden. Man spricht insofern von haftungsrechtlichen Ansprüchen oder Vergütungsansprüchen, im Urheberrecht von vergütungspflichtigen Schranken oder gesetzlichen Lizenzen.

Ergänzt werden muss diese Systematik um Situationen, in denen der Rechtsinhaber Eingriffe in das Gut nicht nur dulden muss, sondern auch keine Entschädigung erhält. Hierfür findet sich in der Literatur der Begriff der Zero-Price Liability Rule.<sup>252</sup> Es gibt in diesen Fällen eine Zuordnung zum Rechtsinhaber, sie führt aber weder dazu, dass ein bestimmter Gebrauch exklusiv dem Rechtsinhaber zusteht, noch dass er vergütet werden muss. Solche Regeln sind im Urheberrecht die nicht-vergütungspflichtigen Schranken oder „Freistellungen der Nutzung“.

#### *bb) Anwendungsfälle*

Die Besonderheit der Anwendungsfälle ist nun, dass sie sich in dieses Schema nicht vollends einfügen. Unproblematisch sind die rechtsgeschäftlichen Anwendungsfälle. Dort sind dem Urheber die Nutzungsbefugnisse exklusiv zugeordnet, es besteht also eine Property Rule. Wenn Urheber diese Befugnis ausüben und Nutzern Rechte einräumen, wird jeweils ein bestimmter Umfang standardmäßig vorgegeben. Die Handlungslast betrifft damit nicht den Inhalt der Befugnis, sondern stellt Anforderungen an deren Ausübung. Anders liegt es dagegen in den übrigen Anwendungsfällen. Dort kennt die Befugnis des Urhebers zwei unterschiedliche inhaltliche Zustände, Status A und Status B, die sich nach dem Schutzniveau der Befugnis unterscheiden.

##### *(1) Status A: (Zero-Price) Liability Rule*

Status A setzt ein, sobald es zu einem Verlust an Ausschließlichkeit kommt.<sup>253</sup> Ab diesem Zeitpunkt sind die vom Anwendungsfall geregelten Nutzungen nicht mehr exklusiv dem Urheber zugeordnet. Es müssen deshalb keine Transaktionen von Befugnissen stattfinden; Nutzungen können auch ohne Erlaubnis des Urhebers vorgenommen werden. Die Befugnis der Urheber unter Status A ist damit keine Property Rule.

In vier Anwendungsfällen sind Nutzungen zwar erlaubnisfrei möglich, aber vergütungspflichtig: in Bezug auf verwaiste Werke (§ 61b S. 2 UrhG), nicht verfügbare Werke bei Rechteinräumung über eine Verwertungsgesellschaft (§ 52 Abs. 3 VGG), Sammlungen für den religiösen Gebrauch (§ 46 Abs. 4 UrhG) und EKL (§ 51 Abs. 3 VGG).<sup>254</sup> Es handelt sich demnach um Liability Rules in Form

<sup>251</sup> *Calabresi/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1105 f.

<sup>252</sup> So *Lemley/Weiser*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 783, 786; ähnlich *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 6: „zero-order“.

<sup>253</sup> Zu den Zeitpunkten je nach Anwendungsfall s. D.III.1.

<sup>254</sup> S. dazu schon D.III.2.b).

gesetzlicher Lizenzen. In den übrigen Anwendungsfällen sind Nutzungen dagegen vergütungsfrei zulässig; es bestehen Zero-Price Liability Rules. Unter Status A ist die Zuordnung des Werks zum Urheber also entweder durch eine Liability Rule oder eine Zero-Price Liability Rule geschützt.

## (2) Status B: Property Rule

Die herkömmlichen Exklusivitätseinschränkungen im Urheberrecht enden im Zustand der Liability Rule oder Zero-Price Liability Rule. Die Besonderheit der Anwendungsfälle dagegen ist, dass das Schutzniveau nicht in Status A verbleiben muss, sondern sich in Status B wandeln kann. „Triggering event“<sup>255</sup> dafür ist die Erfüllung der Handlungslast. Ab diesem Zeitpunkt sind Nutzungen in allen Anwendungsfällen exklusiv dem Urheber zugeordnet und Nutzer müssen im Wege einer Transaktion Befugnisse erwerben. Status A und seine (Zero-Price) Liability Rule ist damit aufgehoben. Aufgrund des Verbotsrechts kommt es unter Status B zu einer Property Rule.

## cc) Loperty Rule

Die Befugnis des Urhebers unter einer Handlungslast verbindet damit verschiedene Regeln der Befugnistaxonomie – sie ist ein Amalgam aus (Zero-Price) Liability Rule und Property Rule. *Bell/Parchomovsky* haben für diese Befugnisform den Begriff der „Loperty Rule“ geprägt,<sup>256</sup> den ich im Folgenden übernehme. Im deutschen Diskurs ist von einer „prozeduralisierten Property Rule“<sup>257</sup> die Rede, daneben findet sich auch der Begriff des „bedingten Ausschließlichkeitsrechts“<sup>258</sup>.

Isoliert mag eine Loperty Rule im zeitlichen Anwendungsbereich von Status A wie ein Vergütungsanspruch und von Status B wie ein Ausschließlichkeitsrecht aussehen – die besondere Ontologie erschließt sich aber nur in der Zusammenschau beider Zustände.<sup>259</sup> Entscheidend ist, dass in der Befugnis von vornherein nicht nur Status A, sondern auch Status B angelegt ist. Die Anwendungsfälle von Handlungslasten zeichnet aus, dass sie *vorsehen*, dass Urheber die Nutzungsfreistellung beenden und ein Verbotsrecht herbeiführen können. Wenn sich die Befugniszuordnung ändert, liegt das also nicht daran, dass die ursprüngliche Zuordnungsregel insgesamt nicht mehr anwendbar ist. Vielmehr ermöglicht die Loperty Rule diese Änderung aufgrund ihrer Doppelnatur gerade – ist also weiterhin in Kraft, nur in einem anderen Status. Dass sich die Rechtslage von Status A in Status B ändert, ist deshalb kein bloßer Reflex des Endes von Status A, sondern im Normdesign der Befugnis angelegt. Dafür spricht auch, dass es in

<sup>255</sup> *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 65.

<sup>256</sup> *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 31, 53 f.

<sup>257</sup> Siehe *Hofmann*, ZUM 2019, 617, 620.

<sup>258</sup> *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 354.

<sup>259</sup> Vgl. auch *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 27.

einigen Anwendungsfällen nach dem Eintritt von Status B theoretisch wieder zu Status A kommen kann. Loperty Rules sind deshalb als *einheitliche* Befugnisse eigenen Typs zu verstehen. Ihr analytisches Potential ginge verloren, wenn man die Anwendungsfälle als bloße zeitliche Aneinanderreihung von Vergütungsanspruch und Ausschließlichkeitsrecht verstünde. Sie beinhalten beide Schutzniveaus, die situationsspezifisch zum Einsatz kommen.

Damit verbinden sich zwei Vorteile: Zum einen helfen Loperty Rules dem Urheberrecht, eine stärkere Ausdifferenzierung zu erreichen. Zum anderen entschärfen Loperty Rules die Brisanz der Weichenstellung zwischen Property Rules und Liability Rules.

### (1) Ausdifferenzierung der Taxonomie

Die Systematik von *Calabresil/Melamed* setzt sich mit zwei grundsätzlichen Fragen auseinander: Wem soll eine Befugnis zugeordnet werden? Und: Wie soll der Schutz dieser Befugnis ausgestaltet sein?<sup>260</sup> Die Perspektive der Taxonomie beschränkt sich dabei auf den Augenblick, in dem sich diese Fragen initial stellen.<sup>261</sup> Die daraus folgenden Festlegungen sind deshalb zum einen statisch – der Schutz ändert sich im zeitlichen Verlauf nicht.<sup>262</sup> Zum anderen schließen sie sich gegenseitig aus; Mischformen bestehen nicht.<sup>263</sup>

Diese Beschränkungen werden durch Loperty Rules<sup>264</sup> aufgebrochen, indem die Taxonomie um den Faktor Zeit erweitert wird. Weil sich der Schutz im zeitlichen Verlauf anpassen kann, eröffnet sich Raum für eine stärkere Ausdifferenzierung der Befugnisse: Ob eine Berechtigung als Property Rule oder Liability Rule auszugestalten ist – die zentrale Frage für ein Property Right – hängt von den Umständen der Ausübung des Rechts ab.<sup>265</sup> Diese Umstände sind im Urheberrecht drastischen Veränderungen unterworfen.<sup>266</sup> Es besteht also ein besonderes Bedürfnis nach Differenzierung und damit dynamischen und flexiblen Re-

<sup>260</sup> *Calabresil/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1090 ff. S. dazu auch schon A.I.

<sup>261</sup> Vgl. *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 5.

<sup>262</sup> Vgl. *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 7.

<sup>263</sup> *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 7.

<sup>264</sup> Und durch ihr logisches Gegenstück, sog. Liability Rules, s. *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 25 ff.

<sup>265</sup> *Kaplow/Shavell*, Harv. L. Rev. 109 (1995), 713 unterscheiden etwa zwischen „possessionary interests“ und „harmful externalities“; relevant sind vor allem die Transaktionskosten und „assessment costs“, vgl. *Krier/Schwab*, N.Y.U. L. Rev. 70 (1995), 440, 453 ff.

<sup>266</sup> S. etwa zum zuletzt durch die Digitalisierung und Vernetzung eingeleiteten „Paradigmenwechsel bei der ‚Verbreitung‘ von Informationen“ *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 330.

gelingen.<sup>267</sup> Loperty Rules bieten diese Flexibilität, denn das Recht kann Bedingungen festlegen, unter denen sich das Schutzniveau anpasst.<sup>268</sup> Diese Bedingungen können dabei gezielt mit normativen Zielen synchronisiert werden, etwa mit ökonomischer Effizienz<sup>269</sup> oder Gerechtigkeit.<sup>270</sup> Oder sie können – wie hier in die Hand der Urheber gelegt – der Privatautonomie dienen. Loperty Rules schließen außerdem an die analytische Trennung von Stammrecht und Rechtsfolgenrecht an.<sup>271</sup> Nicht nur tritt zwischen die Extrema „Recht“ und „Nicht-Recht“ die Stufe der Rechtsdurchsetzung,<sup>272</sup> auf der etwa zwischen Unterlassungsanspruch und Vergütungsanspruch differenziert werden kann.<sup>273</sup> Auch diese Stufe wird mit der Mischform der Loperty Rule weiter ausdifferenziert.

## (2) Kombination der Vorteile von Property Rule und Liability Rule

Ein weiterer Vorteil von Loperty Rules ergibt sich daraus, dass sie die günstigen Eigenschaften von Property Rules und Liability Rules kombinieren und zugleich nachteilige Eigenschaften umgehen.

Der Vorteil von Property Rules liegt im Verhandlungsmechanismus. Weil Nutzungen nur im Einvernehmen mit dem Rechtsinhaber zulässig sind, muss es zu Transaktionen kommen. Die Befugnis kann dadurch in die Hände derjenigen Person wandern, in denen sie am wertvollsten ist.<sup>274</sup> Problematisch wirken Property Rules aber, wenn Transaktionen strukturell nicht zustande kommen. Nutzer nehmen dann entweder von der Nutzung Abstand, wodurch dem Urheber die Amortisationsmöglichkeit entgeht – obwohl beide grundsätzlich transaktionswillig sind. Oder sie ignorieren den Zustimmungsvorbehalt und nehmen die nicht-autorisierte Nutzung trotzdem vor, worunter die Akzeptanz des Urheberrechts leidet.

Der Vorteil von Liability Rules liegt demgegenüber darin, dass urheberrechtliche Nutzungen ohne Transaktion stattfinden können. Zwar verliert der Urheber dadurch die Kontrolle, zugleich lässt sich so aber ein unter einer Property Rule drohendes Marktversagen abwenden.<sup>275</sup> Da es nicht zu einer marktbasieren

<sup>267</sup> Vgl. *de la Durantay/Grünberger*, GRUR 2020, 1176; zum Bedürfnis nach Differenzierung auch *Hilty*, in: Ohly/Klippel (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107, 125 ff., 130 ff.; *ders./Senftleben*, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 317, 319 f.; zur Bedeutung von Flexibilität für das Unionsurheberrecht *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 105 ff.

<sup>268</sup> Vgl. *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 26, 32.

<sup>269</sup> Zur ökonomischen Effizienz und Loperty Rules sogleich unter D.IV.2.b)bb).

<sup>270</sup> *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 7.

<sup>271</sup> Dazu bereits oben unter B.III.2.b).

<sup>272</sup> *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 151.

<sup>273</sup> Nach *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 463, das Paradebeispiel einer ausdrücklichen Anordnung des Prinzips der Rechtsfolgendendifferenzierung.

<sup>274</sup> Vgl. zur sog. Effizienzthese des *Coase*-Theorems *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 61.

<sup>275</sup> Außerdem werden Situationen entschärft, in denen Nutzungen sozial wünschenswert

Verhandlungslösung kommt, muss die Nutzung allerdings bepreist werden.<sup>276</sup> Das setzt voraus, dass Gesetzgeber oder Gerichte sich die für einen angemessenen Preis erforderlichen Informationen beschaffen können.<sup>277</sup> Bleibt die Information unvollständig, werden einer Seite Marktlagengewinne verschafft und Angebote der anderen Seite unterbewertet.<sup>278</sup> Diese „Achillesverse“<sup>279</sup> der Liability Rule lässt sich zwar umgehen, wenn man stattdessen eine Zero-Price Liability Rule einsetzt – dann werden die Rechtsinhaber an den Nutzungen aber nicht beteiligt.<sup>280</sup>

Loperty Rules kombinieren nun jeweils die *Vorteile* beider Schutzniveaus: Einerseits können in Status A Nutzungen ohne Erlaubnis erfolgen, andererseits kann in Status B der Marktmechanismus bei Bedarf zum Einsatz kommen. Die jeweiligen *Nachteile* sind dagegen eliminiert: In Status A steht Urhebern stets die Möglichkeit offen, in die Property Rule zu optieren. Eine fehlende oder unangemessene Vergütung können Urheber also jederzeit durch eine marktförmige ersetzen. Gleichzeitig sind dysfunktionale Effekte der Property Rule entschärft: Der Zustimmungsvorbehalt greift nicht von Anfang an, sondern erst nach dem Wechsel von Status A in Status B. Dann sind Verhandlungen und Transaktionen über Nutzungsrechte möglich, indem das statuswechselnde Ereignis Urheber und Nutzer zusammenführt.<sup>281</sup> Dort, wo also unter einer statischen Property Rule oder Liability Rule unerwünschte Effekte zu befürchten wären, übernimmt jeweils die günstige Wirkung des anderen Schutzniveaus.

#### b) *Prozeduralisierung*

Durch die Loperty Rule ist das Schutzniveau des Ausschließlichkeitsrechts flexibilisiert. Offen ist aber, welches Schutzniveau unter welchen Umständen gilt. Dafür ist ein zweites Strukturmerkmal von Handlungslasten zu betrachten: die Prozeduralisierung.

##### aa) *Begriff und Vorkommen*

Im weiteren Sinn beschreibt Prozeduralisierung eine Tendenz im Recht, materielle Entscheidungskriterien durch formelle Verfahren auszufüllen, zu verstärken oder zu ersetzen.<sup>282</sup> Sie bildet eine Reaktion darauf, dass die gesellschaftlichen

---

sind, Urheber aber aus eigennützigen Gründen keine Erlaubnis einräumen möchten, vgl. Stieper, Schranken des Urheberrechts, S. 90.

<sup>276</sup> *Calabresi/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1110 sprechen von einer „collective valuation“; kritisch *Merges*, Cal L. Rev. 84 (1996), 1293, 1307 f.

<sup>277</sup> *Lemley/Weiser*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 783, 820.

<sup>278</sup> *Hofmann*, ZGE/IPJ 8 (2016), 482, 510.

<sup>279</sup> *Lemley/Weiser*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 783, 820.

<sup>280</sup> Vgl. zum Beteiligungsgrundsatz allgemein *Peukert*, Urheberrecht, § 19 Rn. 1 ff.

<sup>281</sup> Dazu sogleich D.IV.1.b)cc).

<sup>282</sup> *Hirschberger*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, S. 27; *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, S. 75.

und technischen Herausforderungen immer komplexer werden und das Maß an Ungewissheit steigt.<sup>283</sup> Anstatt materielle Ge- und Verbote anzuordnen, verschieben Gesetzgeber den Regelungsschwerpunkt deshalb zunehmend in Verfahrenshandlungen:<sup>284</sup> „*Prozedurales Recht* orientiert sich nicht am Ergebnis, sondern am dem Weg dorthin“.<sup>285</sup> Prozeduralisierung kompensiert also Steuerungsdefizite des materiellen Rechts mit verfahrensrechtlichen Mechanismen.<sup>286</sup> Davon versprechen sich Prozeduralisierungstheorien ein lernfähigeres Recht, das Situationen des Nicht-Wissens besser gerecht wird.<sup>287</sup> Auch kann prozedurales Recht einen Konsens ersetzen, wenn Einigkeit zwar nicht über eine materielle Regelung, aber wenigstens über Verfahrensvorschriften herzustellen ist.<sup>288</sup> Prozeduralisierung fungiert damit als Mechanismus, um die Richtigkeit („Rationalität, Gerechtigkeit, Legitimation“<sup>289</sup>) einer rechtlichen Entscheidung zu gewährleisten.<sup>290</sup>

Im engeren Sinn ist von Prozeduralisierung die Rede, wenn diese Tendenz auf subjektive Rechte Anwendung findet. Die Rechte sind dann nur unter der Bedingung durchsetzbar, dass zuvor ein Verfahren eingehalten wurde – sie sind „prozedural restrukturiert“.<sup>291</sup> Das Verfahren dient dem Interessenausgleich zwischen Rechtsinhaber und an einem Eingriff Beteiligten, indem es die Rechtslage durch Prozesse ordnet und transparent macht.<sup>292</sup> Zugleich entscheidet es aber auch „über die Verteilung von knappen Gütern und die Zuweisung von Lasten“.<sup>293</sup> In Bezug auf subjektive Rechte führen solche Verfahren zu Lasten der Rechtsin-

<sup>283</sup> Sheplyakova, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, S. 1, 4.

<sup>284</sup> Vgl. Ekardt, Information, Partizipation, Rechtsschutz, S. 18; Hirschberger, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, S. 26.

<sup>285</sup> Hirschberger, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, S. 51 (Herv. i. O.); ähnlich Sheplyakova, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, S. 1, 6; vgl. auch Calliess, Prozedurales Recht, S. 178: „Kurzum regelt das prozedurale Recht das ‚Wie‘ im Gegensatz zum ‚Was‘; sowie Saliger, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 434: „*Rechtsphilosophische* Theorien von prozeduraler Gerechtigkeit [...] fragen anstelle des ‚Was‘ nach dem ‚Wie‘ von Gerechtigkeit“ (Herv. i. O.).

<sup>286</sup> Sheplyakova, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, S. 1, 7.

<sup>287</sup> Saliger, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 434, 434; Sheplyakova, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, S. 1, 2, 6.

<sup>288</sup> Vgl. Sheplyakova, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, S. 1, 4 ff.

<sup>289</sup> Calliess, Prozedurales Recht, S. 177.

<sup>290</sup> Vgl. Saliger, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, S. 434, 445; Sheplyakova, in: Sheplyakova (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, S. 1, 9 f., 16 ff.

<sup>291</sup> Wielsch, GRUR 2011, 665, 670, auf den auch der Begriff der „Prozeduralisierung von Schutzrechten“ zurückgeht.

<sup>292</sup> Vgl. Hofmann, ZUM 2017, 102; Jüngels/Raue, KritV 105 (2021), 83, 101 weisen ebenfalls auf den Interessenausgleich hin.

<sup>293</sup> Hirschberger, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, S. 26 (Herv. v. Verf.).

haber und befreien potenzielle Verletzer von Verantwortlichkeit, da Verletzer erst unter zusätzliche Voraussetzungen für einen Eingriff verantwortlich sind.<sup>294</sup>

Die Prozeduralisierung subjektiver Rechte ist ein rechtsgebietsübergreifender Trend.<sup>295</sup> Im Patentrecht etwa können Inhaber standardessentieller Patente nach der Rechtsprechung des EuGH Ansprüche auf Unterlassung oder Rückruf gegen einen angeblichen Verletzer nicht geltend machen, ohne es dem Verletzer vorher anzukündigen und ihn anzuhören.<sup>296</sup> Das gilt ausdrücklich auch für den Fall, dass das standardessentielle Patent vom angeblichen Verletzer bereits benutzt wurde.<sup>297</sup> Grund ist, dass der Verletzer angesichts der hohen Zahl standardessentieller Patente nicht zwangsläufig wissen könne, dass er ein solches Patent benutze.<sup>298</sup> Dem Rechtsinhaber obliegt es deshalb, den angeblichen Verletzer auf die Patentverletzung hinzuweisen, das standardessentielle Patent zu bezeichnen und anzugeben, wie es verletzt worden sein soll.<sup>299</sup> Daneben lassen sich in der Intermediärhaftung umfangreiche Prozeduralisierungstendenzen aufzeigen:<sup>300</sup> Intermediäre haften für Handlungen von Dritten nur, wenn sie Kenntnis von einer Rechtsverletzung haben. Der Verletzte ist deshalb gehalten, den Verletzer auf die Rechtsverletzung hinzuweisen, um sein Recht durchzusetzen. Das gilt etwa für Markenrechtsverletzungen<sup>301</sup>, für die wettbewerbsrechtliche Haftung für verlinkte Inhalte<sup>302</sup> und bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen<sup>303, 304</sup>. Prozeduralisierung lässt sich deshalb als ein „übergreifender Grundsatz der Intermediärhaftung“ begreifen.<sup>305</sup>

<sup>294</sup> Vgl. zur Verantwortlichkeit *Hofmann*, ZUM 2019, 617, 620.

<sup>295</sup> Vgl. zur Prozeduralisierung von Schutzrechten zunächst *Wielsch*, GRUR 2011, 665, 671; *ders.*, ZGE/IPJ 10 (2018), 1, 28; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 910 f., 916; *ders.*, ZUM 2020, 50, 51; *ders.*, ZUM 2021, 395, 399; *Hofmann*, ZUM 2017, 102; *ders.*, JuS 2017, 713, 719; *ders.*, GRUR 2018, 21, 25, 28 f.; *ders.*, ZUM 2018, 641, 648 f.; *ders.*, JZ 2018, 746, 751; *ders.*, GRUR 2021, 895, 900; *de la Durantay/Hofmann*, ZUM 2021, 873, 875 f.; *Jüngels/Raue*, KritV 105 (2021), 83, 100 f.; *de la Durantay*, IIC 2022, 1, 2 f.

<sup>296</sup> EuGH ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 60 – Huawei Technologies/ZTE; dazu *Hofmann*, ZUM 2017, 102, 104 f.

<sup>297</sup> EuGH ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 60 – Huawei Technologies/ZTE.

<sup>298</sup> EuGH ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 62 – Huawei Technologies/ZTE.

<sup>299</sup> EuGH ECLI:EU:C:2015:477, Rn. 61 – Huawei Technologies/ZTE.

<sup>300</sup> Umfassend *Hofmann*, ZUM 2017, 102, 104 ff.

<sup>301</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 28 – Stiftparfüm.

<sup>302</sup> BGH GRUR 2016, 209 Rn. 27 – Haftung für Hyperlink.

<sup>303</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 2012, 311 Rn. 24 ff. – Blog-Eintrag; BGH GRUR 2018, 642 Rn. 36 – Internetforum.

<sup>304</sup> Zu den Unterschieden im Detail *Hofmann*, ZUM 2017, 102, 104.

<sup>305</sup> So *Hofmann*, ZUM 2017, 102, 109; zustimmend auch *Wielsch*, ZGE/IPJ 10 (2018), 1, 28.

*bb) Wechsel von Opt-in zu Opt-out*

Um eine Prozeduralisierung im engeren Sinne handelt es sich auch in den Anwendungsfällen von Handlungslasten des Urhebers. Ausschließlichkeit als urheberrechtlicher Grundfall greift dort nicht von selbst, sondern erst nach einem vom Urheber zu absolvierenden Verfahren. Es gibt also gerade keine materielle Entscheidung darüber, ob Ausschließlichkeit nun final bestehen soll oder nicht. Vielmehr bestimmt unter einer Handlungslast nur eine formelle Regelung, wie das Schutzniveau des Ausschließlichkeitsrechts verändert werden kann – nicht das „Was“, sondern das „Wie“ wird geregelt.

Es ist damit die Prozeduralisierung, die die Umkehrung des urheberrechtlichen Grundprinzips herbeiführt. Die Flexibilisierung, wie sie durch eine Property Rule erfolgt, macht das Schutzniveau lediglich variabel, determiniert aber nicht seine Geltung. Erst die Prozeduralisierung regelt den Zuschnitt der Rechtsposition.<sup>306</sup> Sie kehrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis für die Anwendungsfälle um: Unter dem normativen Normalfall gilt ein Opt-in-System, denn Urheber müssen Nutzungen grundsätzlich zustimmen.<sup>307</sup> Unter dem prozeduralisierten Urheberrecht der Anwendungsfälle sind Nutzungen Dritter dagegen im Grundsatz erlaubt, außer der Urheber durchläuft ein Verfahren und untersagt sie. Urheber müssen also tätig werden, um über ein Ausschließlichkeitsrecht zu verfügen – darin liegt ein Opt-out-System.<sup>308</sup>

*cc) Steuerung des Prognoserisikos durch Informationsforcierung*

Prozeduralisierung entlastet den Gesetzgeber davon, sich im Hinblick auf unsichere Umstände materiell festzulegen. In den Anwendungsfällen kommt dieser Effekt auch den Parteien zugute: Prozeduralisierungen haben dort Auswirkungen darauf, welche Informationen Urhebern und Nutzern für ihre Handlungsentscheidungen zur Verfügung stehen.

*(1) Verteilung des Prognoserisikos*

Das Handeln von Urheber und Nutzer leiten Prognosen, also Aussagen über zukünftige Tatsachen. Sie müssen prognostizieren, ob eine beabsichtigte Nutzung urheberrechtskonform erfolgt oder nicht, denn daraus ergeben sich unterschiedliche Handlungsgebote. Die Partei, die dafür einstehen muss, dass sich eine

<sup>306</sup> Vgl. *Su, J. Copyright Soc'y U.S.A.* 56 (2008), 947, 965: „Opt-out procedures [...] are a procedural restructuring of legal entitlements, instead of an abridgement of the substance of copyright entitlements“.

<sup>307</sup> S. dazu schon C.I.

<sup>308</sup> Vgl. *de la Durantaye/Hofmann, ZUM* 2021, 873, 875 f.; im Kontext des *Google Books-Projekts Su, J. Copyright Soc'y U.S.A.* 56 (2008), 947, 953 ff.; zu verwaisten Werken *Hohlefelder, Kollektivierung und Opt-Out*, S. 174; *Grünberger, ZGE/IPJ* 4 (2012), 321, 376 ff.; zu EKL *Trumpke, Exklusivität und Kollektivierung*, S. 305, 526 ff.; zu nicht verfügbaren Werken *de la Durantaye, GRUR* 2020, 7.

Annahme als falsch erweist, trägt das sog. Prognoserisiko oder Rechtsverletzungsrisiko.<sup>309</sup> Unter einer Property Rule, dem normativen Normalfall, tragen Nutzer das Prognoserisiko, denn sie können auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn sie eine urheberrechtswidrige Nutzung vornehmen (vgl. § 97 UrhG). Sie sind deshalb gehalten, Informationen zur urheberrechtlichen Relevanz der eigenen Nutzung, dem Status des zu nutzenden Objekts und der Identität des Rechtsinhabers einzuholen. Unter einer (Zero-Price) Liability Rule ist ihr Prognoserisiko dagegen verringert, da sie lediglich einschätzen müssen, ob ihre Nutzung unter eine gesetzliche Privilegierung fällt. Ob der Inhalt geschützt, die Nutzung im Übrigen urheberrechtskonform und wer der Rechtsinhaber ist, ist in diesen Fällen unerheblich.

Zum Problem wird das Prognoserisiko dann, wenn es mit verhältnismäßigem Aufwand nicht beherrschbar gemacht werden kann. In den Anwendungsfällen haben Nutzer regelmäßig ein Informationsdefizit, denn sie wissen nicht, ob sie sich urheberrechtskonform verhalten, sie kennen die Identität des Rechtsinhabers nicht oder wissen nicht, wie er zu erreichen ist. Zugleich haben sie wegen prohibitiv hoher Transaktionskosten aber auch keine Möglichkeit, sich diese Informationen mit verhältnismäßigem Aufwand zu beschaffen.<sup>310</sup> Nutzer verhalten sich rational, wenn sie die Nutzung dann unterlassen. Falls diese Nutzungen eigentlich zulässig gewesen wären, geht vom Prognoserisikos ein unerwünschter „chilling effect“ aus.<sup>311</sup>

## (2) Anreiz zur Disposition

Die Prozeduralisierung trägt nun zum Ausgleich des Informationsdefizits bei. Sie sorgt für einen Fluss der Informationen vom günstigsten Informationsbereitsteller zum Nutzer.<sup>312</sup> Für die Informationen, die den Nutzern fehlen, sind die günstigsten Informationsbereitsteller die jeweiligen Urheber.<sup>313</sup> Sie kennen den Schutzstatus des Werks, ihre eigene Präferenz gegenüber einer Nutzung und sind sich ihrer Identität und Erreichbarkeit gewahr. Normalerweise haben sie aber wenig Anreiz diese Information zu offenbaren, sondern können abwarten, bis Nutzungswillige sie finden und an sie herantreten.<sup>314</sup> Durch die Prozeduralisierung kommt es zu einem Anreiz, das vorgesehene Verfahren zu absolvieren.

Unter einer Property Rule liegt es in der Hand des Urhebers, zu entscheiden, ob und wann das Schutzniveau von Status A in Status B wechselt. Die Befugnis

<sup>309</sup> Ähnlich *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1221. Er versteht darunter die Schwierigkeit, Rechtsverletzungen als solche zu identifizieren; vgl. auch *ders.*, ZUM 2017, 102, 105 f.

<sup>310</sup> Zu den Auswirkungen der Transaktionskosten bereits oben D.I.2.

<sup>311</sup> So etwa für Verlinkungen *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514, 527; *Leistner*, ZUM 2016, 580, 582.

<sup>312</sup> Vgl. zum Begriff des kostengünstigsten Informationssammlers und -bereitstellers *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 149.

<sup>313</sup> Vgl. *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1838 f.

<sup>314</sup> Vgl. *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1839.

lässt sich deshalb wie dispositives Recht verstehen: Es greift standardmäßig Status A, der sich bei Bedarf durch Status B ersetzen lässt. Solche sog. Default Rules sind von der ökonomischen Analyse des Rechts für das Vertragsrecht umfassend untersucht.<sup>315</sup> Dispositives Recht hat danach die Funktion, die Vertragsparteien zu entlasten. Um einen Vertrag dem Ideal der Vollständigkeit anzunähern, gibt die Rechtsordnung Regelungsmuster vor, die zu einer effizienten Ressourcenallokation führen.<sup>316</sup> Als Default Rules haben sie nur dann Geltung, wenn die Parteien sie nicht durch eigene Regeln ersetzen.

Die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse von Default Rules sollen im Folgenden auf die Befugniszuordnung im Urheberrecht übertragen werden. Die Loperty Rule unterscheidet sich aber von vertragsrechtlichen Default Rules in zwei Hinsichten: Zum einen geht es nicht um eine von beiden Parteien einvernehmlich erfolgende, konsensuale Disposition. Im Vertragsrecht müssen sich beide Parteien über eine Disposition einigen. In den Anwendungsfällen kann der handlungsbelastete Urheber dagegen unilateral über den Status der Loperty Rule disponieren. Zum anderen ist die Loperty Rule nicht vollständig disponibel. Im Vertragsrecht sind die Parteien in der Regel frei, die disponierte Regelung durch eine beliebige andere zu ersetzen. In den Anwendungsfällen kann der Rechtsinhaber demgegenüber keinen beliebigen Status B bestimmen, sondern erhält stets ausschließliche Befugnisse unter einer Property Rule.

Dennoch sind die für das Vertragsrecht entwickelten Gedanken der Default Rules auf das prozeduralisierte Urheberrecht übertragbar.<sup>317</sup> Obwohl Urheber bei einer Loperty Rule einseitig disponieren können, sind Nutzer nämlich nicht an die neue Rechtslage gebunden. Sie können die Nutzung für die Zukunft einfach einstellen, sind also nicht gezwungen, eine Erlaubnis ungewollt zu erwerben. Insofern bleibt ein konsensuales Element erhalten. Und auch obwohl der Rechtsinhaber nicht frei bestimmen kann, welche Regel anstelle von Status A gelten soll, kommt es stets zu einer Derogation des standardmäßig gesetzten Rechts zugunsten einer anderen Regel. Genauso wie im Vertragsrecht geht es also um die Frage, welche Regel der Gesetzgeber als Grundsatz vorgeben soll.

<sup>315</sup> Grundlegend *Ayres/Gertner*, Yale L. J. 99 (1989), 87; s.a. zu den konzeptionellen Grundlagen *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 261 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 481 ff.

<sup>316</sup> *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 49; sie knüpfen etwa genau an das Problem unvollständiger Information des Gesetzgebers an, das sich bei der Bepreisung von Nutzungen unter einer Liability Rule stellt, vgl. *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 433 f.

<sup>317</sup> Auch *Ayres/Gertner*, Yale L. J. 99 (1989), 87, 107 sehen eine Vergleichbarkeit von default rules mit den Beweisregeln des Prozessrechts, die Grundlage der hier untersuchten Handlungslasten sind: „In both instances, the law is sometimes chosen to promote the revelation of information.“; vgl. auch für die parallele Diskussion um Formalitäten *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 556; bemerkenswerterweise werden nachteilige Dispositivnormen auch als „formalities“ verstanden, s. *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 466 ff. Zu Handlungslasten als Formalitäten s. D.V.1.

Nach der ökonomischen Analyse des Rechts soll sich der Inhalt der Default Rule grundsätzlich nach den typischen, also normalerweise mehrheitlichen Parteiinteressen richten (sog. Majoritarian Default Rule).<sup>318</sup> In den Anwendungsfällen sind die Interessen typischerweise darauf gerichtet, dass Nutzungen erfolgen können.<sup>319</sup> Die in Status A jeweils geltende (Zero-Price) Liability Rule ist also eine Majoritarian Default Rule. Wo eine Mehrheit besteht, gibt es aber immer auch eine Minderheit, deren Präferenzen abweichen – für sie wirkt die Regelung zwangsläufig „bestrafend“.<sup>320</sup> Daraus folgt ein Anreiz, über die Regelung zu disponieren.<sup>321</sup> Majoritarian Default Rules wohnt deshalb gegenüber der Minderheit eine verhaltenssteuernde Wirkung inne.<sup>322</sup> Diese Minderheit bilden unter einer Handlungslast Urheber, die ihr Verbotsrecht für eine Verwertung im Exklusivmodus einsetzen wollen. Sie werden die Rechtslage zu ihren Gunsten verändern und von der (Zero-Price) Liability Rule des Status A in die Property Rule zu Status B disponieren wollen. Der Akt der Disposition liegt darin, der Handlungslast nachzukommen. Es kommt also zu einem Anreiz gegenüber dispräferierenden Urhebern, der Last zu genügen.

Man spricht in der ökonomischen Analyse des Rechts in diesem Zusammenhang auch von sog. Penalty Default Rules.<sup>323</sup> Damit sind dispositive Normen gemeint, die einen von einer Partei ungewollten Inhalt haben, damit diese Partei eine abweichende Präferenz und damit zugleich überlegenes Wissen offenlegt.<sup>324</sup> Sie versprechen dadurch unter bestimmten Umständen eine höhere Effizienz als Majoritarian Default Rules.<sup>325</sup> Auch wenn Penalty Default Rules mit ihrer ver-

<sup>318</sup> Vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 511; *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 48 ff.; zum „would have wanted“ approach“ auch *Ayres/Gertner*, Yale L. J. 99 (1989), 87, 89 ff. m.w.N. Darin kommt das „zentrale Paradigma“ der ökonomischen Analyse zum Ausdruck, hypothetische Verhandlungslösungen zu simulieren und dadurch den Markt zu imitieren, vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 65 ff.

<sup>319</sup> Vgl. zur Interessenlage schon D.I.1.

<sup>320</sup> *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 476.

<sup>321</sup> *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 438: „[...] wer seine Bedürfnisse durch den gesetzlichen Vorschlag nicht befriedigt sieht, wird sich bei unterstellter Rationalität um eine derogierende Vereinbarung bemühen“; *Ayres/Gertner*, Yale L. J. 99 (1989), 87, 91; vgl. im Kontext der Google Book Search *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799; *Su*, J. Copyright Soc’y U.S.A. 56 (2008), 947, 961; zur Loperty Rule *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 53. Empirisch beobachtet sind allerdings auch Effekte, nach denen Parteien auch zuwider den eigenen Interessen von einer theoretischen Dispositionsmöglichkeit keinen Gebrauch machen, dazu unten D.IV.2.b)bb)(3)(a).

<sup>322</sup> Vgl. *Posner*, Fla. St. U. L. Rev. 33 (2005), 563, 573; *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 473 ff.; *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 70 f.

<sup>323</sup> Grundlegend *Ayres/Gertner*, Yale L. J. 99 (1989), 87, 95 ff.

<sup>324</sup> *Ayres/Gertner*, Yale L. J. 99 (1989), 87, 91; sie sind damit Beispiel eines Regulierungsinstrumentes im Privatrecht, vgl. *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, S. 89.

<sup>325</sup> Zwar reduzieren sie nicht die Transaktionskosten, weil die Dispositivnorm so gewählt ist, dass sie normalerweise abbedungen werden muss. Sie sind aber effizient, wenn der Effizienzgewinn durch die ermöglichten Vertragsabschlüsse die Transaktionskosten übersteigt, *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 432 ff.

haltenssteuernden Wirkung den Grundgedanken der Prozeduralisierung teilen,<sup>326</sup> ist aber zweifelhaft, ob Handlungslasten so verstanden werden können. Penalty Default Rules sollen nicht dauerhaft gelten, sondern abbedungen werden, weil sie der Interessenlage nicht gerecht werden und deshalb Ineffizienzen erzeugen.<sup>327</sup> Dagegen kann es unter einer Handlungslast auch interessengerecht sein, dass ein Werk dauerhaft in Status A unter einer (Zero-Price) Liability Rule nutzbar ist. Außerdem ist es in den Anwendungsfällen untypisch, dass Rechtsinhaber aus strategischen Gründen Informationen zurückhalten.<sup>328</sup> Transaktionen scheitern vielmehr daran, dass die Transaktionskosten zu hoch sind. Daher passt das Modell der Penalty Default Rules nicht vollständig auf die Anwendungsfälle.<sup>329</sup>

### (3) *Disposition als Informationsoffenbarung*

Der Clou der Anwendungsfälle ist nun, dass das Verfahren als Akt der Disposition zugleich auch eine informationsoffenbarende Wirkung hat.<sup>330</sup> Um in die Exklusivität zu wechseln, müssen Urheber den Nutzern nämlich signalisieren, dass sie mit bestimmten Nutzungen nicht einverstanden sind.<sup>331</sup> Sie lassen dadurch nicht nur erkennen, dass sie Status A dispräferieren, sondern auch, dass sie den genutzten Inhalt für urheberrechtlich geschützt und die Nutzung für urheberrechtsrelevant und unzulässig halten. Das kann mögliche Unsicherheiten von Nutzern nicht endgültig beseitigen, bietet aber Anlass für eigene Nachforschungen. Noch bedeutsamer ist jedoch, dass Urheber in vielen Anwendungsfällen<sup>332</sup> dabei auch ihre Identität zu erkennen geben, indem sie einen Hinweis erteilen, widersprechen oder ihr Verbotungsrecht ausüben. Nutzer wissen dadurch, an wen sie sich wenden müssen, wenn sie eine urheberrechtskonforme Nutzung vor-

<sup>326</sup> Sie sollen Steuerungsdefizite aufgrund einer Fehlbarkeit des Gesetzgebers beheben, vgl. *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 440, 468 ff., insb. 471: „Die nötige Maßschneidung wird [...] von der Ebene des Gesetzgebers [...] auf jene der Privatrechtssubjekte verlagert“ (Herv. weggelassen).

<sup>327</sup> *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 437 f. spricht deshalb von „exklusionsorientierten Dispositivnormen“.

<sup>328</sup> Dem sollen Penalty Default Rules allerdings vorbeugen, *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 64; *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 435 ff.

<sup>329</sup> Anders ist das aber für Rechtsinhaber, die von vornherein eine exklusive Verwertung wünschen, vgl. *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 556.

<sup>330</sup> Vgl. allgemein *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 41; *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 433; zur Google Book Search *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1839.

<sup>331</sup> Zum Signal der Dispräferenz als gemeinsamer Nenner der abverlangten Handlung s. D.II.1.a)ee).

<sup>332</sup> Im Fall der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, Verlinkungen auf unrechtmäßig zugängliche Schutzgegenstände, Nutzungen auf unbekannte Nutzungsarten, verwaister und nicht verfügbarer Werke, der Änderung und Nutzung in Sammlungen für den religiösen Gebrauch und EKL.

nehmen möchten – sie erhalten also die Informationen, die ihnen für eine Transaktion gerade fehlten.<sup>333</sup>

Die Loperty Rule hat damit eine informationsforcierende Wirkung.<sup>334</sup> An Exklusivität interessierte Urheber werden zu Handlungen bewegt, die nicht nur den Status des Schutzniveaus ändern, sondern zugleich das Informationsgefälle zwischen Urheber und Nutzer nivellieren. Auf diese Weise wird das Prognoserisiko der Nutzer mit ihrem Informationsstand synchronisiert: Solange Nutzer keine Kenntnis davon haben, ob sie eine Erlaubnis einholen müssen, ist die Nutzung in Status A freigestellt. Sie tragen also nicht das Prognoserisiko. Wenn Urheber dann in die Exklusivität disponieren, müssen sie sich zugleich erkennbar und erreichbar machen. Nutzer tragen also wieder das Prognoserisiko; es ist ihnen aber auch zumutbar, weil sie ausreichend Kenntnis haben, um das Risiko zu überblicken und zu beherrschen. Es kommt stets zu einer Symmetrie zwischen dem Informationsstand der Nutzer und ihrer Verantwortlichkeit. Die Prozeduralisierung setzt damit auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Urheberrecht um (vgl. Art. 3 Abs. 2 S. 1 Enforcement-RL<sup>335</sup>).<sup>336</sup>

#### dd) Legitimation durch Verfahren

Die informationsforcierende Wirkung beeinflusst schließlich auch die Akzeptanz und Legitimation der exklusiven Rechte. Handlungslasten fungieren in den Anwendungsfällen nämlich als ein Unterscheidungsmechanismus zwischen Urhebern, die an Exklusivität interessiert sind, und solchen, die es nicht sind.<sup>337</sup> Indem erstgenannte Urheber zunächst ein Verfahren durchlaufen müssen, werden Eingriffe in Rechte Dritter an eine Grundbedingung gebunden: Ein exklusiver Schutz wird nur dort eingesetzt, wo die Interessen eines Urhebers ihn verlangen – einem Freiheitsverlust auf Nutzerseite steht also stets ein materielles Interesse eines Urhebers gegenüber.<sup>338</sup> Gegenüber unreflektierter Exklusivität steigert das die Akzeptanz, weil der Schutz nicht als bloßer Reflex eines hypertrophen, formellen Rechts abgetan werden kann. Zugleich verbindet sich damit auch ein

<sup>333</sup> Bei Anwendungsfällen, die im rechtsgeschäftlichen Kontext spielen, kennen sich die Parteien bereits. Die informationsoffenbarende Wirkung ist dort hinsichtlich der Identität des Rechtsinhabers nicht relevant.

<sup>334</sup> Vgl. zur Majoritarian Default Rules *Posner*, Fla. St. U. L. Rev. 33 (2005), 563, 573; *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 70 f.; *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 473 ff., zu Penalty Default Rules s. S. 433.

<sup>335</sup> Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

<sup>336</sup> Vgl. zur Bedeutung *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 106 f.; *Rosati*, Copyright and the Court of Justice of the European Union, S. 46 ff.

<sup>337</sup> Vgl. allgemein zu Loperty Rules *Bell/Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 53 f.; *Bellia*, N.Y.U. L. Rev. 79 (2004), 2164, 2250 f.; für Penalty Default Rules *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 443 ff.

<sup>338</sup> Das Gefühl eines Freiheitsverlusts von Nutzern steht im Zusammenhang mit Akzeptanzproblemen des Urheberrechts, s. *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 77.

anderes Verständnis des Urheberrechts: Es wird als eine „imperfekte“ Rechtsposition begriffen, deren Schutzzumfang anhand der Ausübungsbedingungen zu bestimmen und nicht von vornherein endgültig festgelegt ist.<sup>339</sup> Im Wege der Prozeduralisierung kann es so zu einem besseren Interessenausgleich als unter einem unflexiblen Exklusivrecht kommen.

Ein perfekter Zustand wäre auf dieser Grundlage erreicht, wenn allen daran interessierten Urhebern Exklusivrechte und allen daran uninteressierten Urhebern keine Exklusivrechte gewährt würden. Die Prozeduralisierung führt zu einer Positivselektion von Urhebern, die der Handlungslast nachkommen. Dass im Gegenschluss alle untätigen Urheber *nicht* interessiert sind, gilt aber nur unter den – bereits oben in anderem Zusammenhang ermittelten<sup>340</sup> – zwei Bedingungen: Zum einen müssen Urheber *Kenntnis* von Nutzung und Handlungslast haben. Ausreichend ist dabei, dass eine Kenntnisnahme einerseits möglich und andererseits so wahrscheinlich ist, dass an Exklusivität interessierte Urheber sich positive Kenntnis verschaffen werden. Zum anderen muss es interessierten Urhebern auch *möglich* sein, mit ihren Ressourcen das Verfahren für das Exklusivrecht zu absolvieren.<sup>341</sup> Anderenfalls droht das Urheberrecht zu einem Recht privilegierter kommerzieller Urheber zu werden, sodass es zu einer Marginalisierung nicht-kommerzieller Werke kommen kann.<sup>342</sup>

### c) Zwischenergebnis

Handlungslasten gleichen die Interessenlage der Anwendungsfälle und das Schutzniveau des Ausschließlichkeitsrechts an, indem sie das Urheberrecht von einem Opt-in- auf ein Opt-out-Prinzip umstellen. In den Anwendungsfällen verschmelzen Liability Rule und Property Rule zu einer Befugnis, der sog. Loperty Rule. Sie kann sich flexibel im zeitlichen Verlauf ändern und kombiniert die Vorteile beider Schutzniveaus derart, dass sie ihre Nachteile ausmerzen. Die Entscheidung, welches Schutzniveau gilt, ist an ein von Urhebern zu absolvierendes Verfahren ausgelagert. Ausschließlichkeit hat für sie den Preis, ihre Dispräferenz und Identität gegenüber Nutzern offenlegen und so deren Informationsdefizit zu beseitigen. Ein Prognoserisiko trifft die Nutzer deshalb nur dann, wenn sie auch die Informationen haben, es zu überblicken. Außerdem können so die an einer exklusiven Verwertung interessierten Urheber positiv identifiziert werden. Das verbürgt in den Anwendungsfällen eine höhere Legitimation des subjektiven Rechts, weil hinter der Exklusivität immer auch ein materielles Interesse steht. Aussagekräftig ist der Unterscheidungsmechanismus allerdings nur, wenn Ur-

<sup>339</sup> So *Wielsch*, GRUR 2011, 665, 672.

<sup>340</sup> S. im Kontext der Zurechnung des Unterlassens D.II.1.c)bb)(2).

<sup>341</sup> So gegenüber Formalitäten *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 766. Zu den Handlungskosten der Urheber sogleich unter D.IV.2.a)bb)(2).

<sup>342</sup> Von einem „commercial bias“ in Bezug auf Formalitäten spricht *Elkin-Koren*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1537, 1551 ff.; ähnlich auch *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 768.

heber Kenntnis ihrer Handlungslast haben und das Verfahren mit angemessenem Aufwand durchlaufen können. Im Ergebnis ist das Ausschließlichkeitsrecht durch eine Handlungslast so restrukturiert, dass es der Interessenlage der Anwendungsfälle gerecht werden kann: Zugang als Grundfall, Exklusivität als Ausnahme.

## 2. Re-Allokation von Kosten

Im normativen Normalfall müssen weit überwiegend die Nutzer die Kosten einer urheberrechtskonformen Nutzung tragen.<sup>343</sup> Weil diese Kosten in den Anwendungsfällen allerdings verschwenderisch bis prohibitiv hoch ausfallen,<sup>344</sup> re-allozieren Handlungslasten sie zum Urheber. Diese Umverteilung soll nun dargestellt und anhand der ökonomischen Analyse des Rechts untersucht werden. Da die Transaktionskosten je nach Einzelfall sehr stark variieren und sich nicht absolut quantifizieren lassen, stützt sich die Untersuchung dazu auf relative Vorrangregeln. Indem die Anwendungsfälle ins Verhältnis gesetzt und Zustände vor und nach der Verlagerung verglichen werden, lässt sich die Überlegenheit eines Zustands gegenüber einem anderen erkennen. Für die Untersuchung von Handlungslasten des Urhebers ist diese Vorgehensweise vielversprechend, weil die Differenzen, wie zu zeigen sein wird, groß ausfallen. Der Erkenntnisgewinn der ökonomischen Analyse liegt schließlich darin, abstrakte Bedingungen zu formulieren, unter denen die Re-Allokation von Kosten durch eine Handlungslast effizient ist.

### a) Verlagerung

#### aa) Entlastung der Nutzer

Die Anwendungsfälle setzen eine Lopertry Rule ein: Standardmäßig müssen Nutzer deshalb keine vorherige Erlaubnis für die jeweils bestimmten Nutzungen mehr einholen, bis Urheber ihrer Handlungslast nachkommen. Die Folge ist, dass individuelle Transaktionen und mit ihnen auch wesentliche Transaktionskosten für Nutzer entfallen.

#### (1) Suchkosten

Die Transaktionskostenproblematik spielt im Wesentlichen auf der Ebene der Suchkosten. Unter einer Handlungslast fallen sie in einigen Anwendungsfällen überhaupt nicht mehr an.<sup>345</sup> Nutzer müssen nicht klären, ob es sich überhaupt um

<sup>343</sup> Vgl. Sutterer, ZGE/IPJ 13 (2021), 281, 283; Jüngels/Raue, KritV 105 (2021), 83, 101 f. S. dazu auch bereits D.I.2.a).

<sup>344</sup> S.o. D.I.2.

<sup>345</sup> So ist es beispielsweise im Fall der Bildersuchmaschinen, Verlinkungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, dem TDM, Nutzungen durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-

ein urheberrechtlich geschütztes Objekt handelt, weil ihre Nutzung jedenfalls zulässig ist. In anderen Anwendungsfällen strukturiert die Rechtsordnung die Suchkosten in *Recherche- und Hinweiskosten* um: Nutzer müssen Urheber nicht tatsächlich ermitteln – ausreichend ist ein verhältnismäßiger Aufwand zu ihrer Identifizierung und ein Hinweis auf die Nutzung, der den Urheber erreichen kann. Es genügt etwa eine Mitteilung an eine mit angemessenem Rechercheaufwand ermittelte Adresse des Urhebers abzusenden (vgl. §§ 137f Abs. 1 S. 3, 46 Abs. 3 S. 1 UrhG) oder sich lediglich zu vergewissern, dass ein zu verlinkendes Werk nicht unbefugt auf der verlinkten Webseite veröffentlicht wurde.<sup>346</sup> Eine Nutzung auf Grundlage einer EKL verlangt von Nutzern nur, eine Verwertungsgesellschaft zu finden, die die Rechte einräumen kann oder – im Fall nicht verfügbarer Werke unter § 61d UrhG – über die Nutzung zu informieren. Zudem müssen sie erfolglos Aufwand betrieben haben, um herauszufinden, ob ein Werk erhältlich ist. Für verwaiste Werke ist ebenfalls eine sorgfältige Suche und die Übermittlung von Informationen an das DPMA erforderlich. In beiden Anwendungsfällen verringern sich die Suchkosten, weil die Suche nur einen Grundstock an Quellen umfassen muss, teilweise standardisiert ist und auch die Informationserfordernisse mit geringem Aufwand zu erfüllen sind.

Einen Sonderfall bilden die auf urhebervertragsrechtlicher Ebene spielenden Anwendungsfälle.<sup>347</sup> Zwar fallen Suchkosten dafür an, dass Nutzer ihren Vertragspartner identifizieren und ausfindig machen. Verwerter sparen sich allerdings, zu ermitteln, welchen urheberrechtlichen Status ein Gut hat, denn sie erhalten jedenfalls die für ihren Vertragszweck erforderlichen Rechte.<sup>348</sup>

Es gibt aber auch Anwendungsfälle, in denen die Suchkosten auf einem ähnlichen Niveau verbleiben: Unter § 62 Abs. 5 S. 3 UrhG müssen Nutzer den Schutzstatus eines Werks ermitteln und den Urheber identifizieren und ausfindig machen, denn die Mitteilung der Änderungsabsicht muss dem Urheber zugehen. Außerdem muss bei der Übertragung von Nutzungsrechten bei einer Unternehmens(teil)veräußerung der Urheber hinreichend über die Übertragung informiert, also nach Klärung des Schutzstatus ausfindig gemacht und kontaktiert werden.

## (2) Präferenzermittlungskosten

Unter einer Handlungslast müssen Nutzer grundsätzlich nicht abfragen, ob Urheber einer Nutzung zustimmen. Allerdings bedeutet das nicht, dass die Präfe-

---

Inhalten und Nutzungen von Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren auf Grundlage von § 49 UrhG.

<sup>346</sup> Für Verlinkungen mit Gewinnerzielungsabsicht EuGH ECLI:EU:C:2016:644, Rn. 51 – GS-Media; EuGH ECLI:EU:C:2014:2315, Rn. 49 – BestWater.

<sup>347</sup> Gemeint sind Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen, Rechte am Filmwerk, Ausstellungen nach Veräußerung des Werkoriginals und Beiträge zu Sammlungen.

<sup>348</sup> Das ist gerade beabsichtigt, um Unsicherheiten bei der Verwertung zu verhindern und einen lückenlosen Rechtserwerb zu ermöglichen, s. D.I.1.a)bb) und D.I.2.d).

renzermittlungskosten vollständig entfallen. Voraussetzung einer zulässigen Nutzung ist in allen Anwendungsfällen nämlich, dass Urheber keine Dispräferenz signalisiert haben. Deshalb entstehen *Detektionskosten*. Sie beschreiben die Kosten der Nutzer, um zu registrieren, wenn Urheber ins Verbotsrecht optieren.

In der Regel fallen sie äußerst gering aus: Erklärungen des Rechtsinhabers wie Widerrufe, Widersprüche und Rückrufe müssen den Nutzern zugehen, um wirksam zu werden (vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB); von Hinweisen müssen Nutzer Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis erlangen, um bösgläubig hinsichtlich der Rechtmäßigkeit ihrer Nutzung zu sein. Nutzer müssen also lediglich im normalen Rahmen Erklärungen des Rechtsverkehrs entgegennehmen. Soweit die Erklärung auf technikverständlichem Wege erfolgt, können Nutzer die Information zudem automatisiert registrieren und verarbeiten. Das ist entscheidend für digitale Massennutzungen wie bei der Bildersuche, die nur funktionieren, wenn die Untersagung des Urhebers maschinenlesbar verarbeitet werden kann. Die Präferenzermittlungs- oder Detektionskosten sinken also.

### (3) *Verhandlungskosten*

Solange Urheber ihrer Handlungslast nicht nachgekommen sind, kommt es meist nicht zu Verhandlungen, da Urheber sie nicht erzwingen können. Einige Anwendungsfälle knüpfen allerdings an ein Rechtsgeschäft zwischen Nutzer und Urheber an: eine Veräußerung des Werkoriginals (§ 44 Abs. 2 UrhG), ein Arbeits- oder Dienstverhältnis (§ 69b UrhG), eine Gestattung der Verfilmung (§ 88 Abs. 1 UrhG), eine Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Herstellung eines Filmes (§ 89 Abs. 1 UrhG) oder eine Gestattung der Aufnahme eines Werkes in eine Sammlung (§ 38 Abs. 1 UrhG). Beim Abschluss dieser Verträge entstehen Verhandlungskosten, die sich allerdings im Vergleich zum Normalfall verringern. Nutzer müssen die jeweiligen Nutzungsrechte bei den Verhandlungen nicht ausdrücklich bedenken, weil sie grundsätzlich eingeräumt werden. Die mit der Spezifizierungslast verbundenen Kosten verlagern sich deshalb auf die Urheber – sie müssen bereits umfasste Befugnisse „herausverhandeln“. Für Nutzer führt die Belastung des Urhebers damit zu einer Kostenreduktion. Wenn Urheber ihrer Handlungslast schließlich nachkommen, fallen dieselben Verhandlungskosten wie unter einer Property Rule an.

### bb) *Belastung des Urhebers*

Unter einer Property Rule sind Kosten des Urhebers für faktische Schutzmaßnahmen entbehrlich.<sup>349</sup> Durch die Property Rule fallen demgegenüber erhöhte Beobachtungs-, Handlungs- und Verhandlungskosten an.

<sup>349</sup> Vgl. Hofmann, ZGE/IPJ 8 (2016), 482, 501.

*(1) Beobachtungskosten*

In den Anwendungsfällen können Nutzungen auch ohne Erlaubnis legal stattfinden – Urheber müssen also *jede* Nutzung von *allen* Werken beobachten, die sie nicht tolerieren wollen.<sup>350</sup> Je genauer sie dabei auf Nutzungen hingewiesen werden,<sup>351</sup> desto geringer fällt der Überwachungsaufwand aus. Hinweis- und Beobachtungskosten lassen sich deshalb je nach Ausgestaltung der Anforderungen im Zusammenspiel optimieren.<sup>352</sup> Im Gegenzug müssen Urheber zuvor ihre Erreichbarkeit sicherstellen, was mit vergleichsweise geringem Aufwand über das Internet digital möglich ist. Im Fall verwaister und nicht verfügbarer Werke sowie von Nutzungen auf Grundlage einer EKL können Urheber einfach die Online-Datenbanken der Intermediäre durchsuchen. Im Fall von Online-Nutzungen (Bildersuchmaschinen, Verlinkungen, TDM) treffen Rechtsinhaber die Kosten, ihre Server-Logs auf Anschlussnutzungen zu überwachen, soweit sie Werke selbst zugänglich machen. Für von Dritten zugänglich gemachte Schutzgegenstände ist erforderlich, das Internet auf Nutzungen zu durchsuchen. Damit ist größerer Aufwand verbunden, der sich aber durch den Einsatz spezialisierter Dienstleister stark reduzieren lässt.<sup>353</sup> Im Vergleich zum normativen Normalfall steigern sich die Beobachtungskosten also insgesamt, weil eine größere Menge an Nutzungen zu überwachen ist. Die Kosten reduziert es, wenn Recherche- und Hinweiskosten beim Nutzer verbleiben, weil Urheber dann auf Nutzungen aufmerksam gemacht werden.

*(2) Handlungskosten*

Über Status A zu disponieren und den Wechsel ins Verbotsrecht vorzunehmen, ist nicht kostenneutral.<sup>354</sup> Allerdings entstehen Handlungskosten stets nur in Bezug auf Nutzungen, die Urheber verhindern wollen.<sup>355</sup> Um ihre Dispräferenz zu signalisieren, müssen sie Nutzer teilweise kontaktieren. Wie die Beobachtungskosten korrespondieren auch diese Kosten mit den Hinweiskosten der Nutzer: Wenn Nutzer durch einen Hinweis ihre Identität offenbaren müssen, senkt das

<sup>350</sup> *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1833 f. In Anwendungsfällen, in denen die Handlungslast nur vor der Nutzung besteht (§ 49 Abs. 1 UrhG, rechtsgeschäftliche Anwendungsfälle), fallen keine Beobachtungskosten an.

<sup>351</sup> Ein Hinweis durch Nutzer ist bei der Nutzung auf unbekannte Nutzungsarten, der Nutzung oder Änderung von Sprachwerken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch und bei der Übertragung von Nutzungsrechten bei Unternehmens(teil)veräußerung erforderlich. Auch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten müssen an repräsentative Rechtsinhaber herantreten (§ 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UrhDaG) und weisen so auf eine Nutzungsabsicht hin.

<sup>352</sup> *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1833.

<sup>353</sup> Für Bilder etwa pixsy.com, copytrack.com, dmca.com, imagerights.com.

<sup>354</sup> Vgl. auch *Dreier*, Computer Law & Security Review 26 (2010), 144, 147.

<sup>355</sup> *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1833 f.

die Handlungskosten der Rechtsinhaber.<sup>356</sup> In Fällen automatisierter Online-Nutzungen signalisieren Urheber ihre Präferenz anhand des REP,<sup>357</sup> einer Standardtechnologie, die nur geringen Aufwand verursacht.<sup>358</sup> Im Fall von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten zeichnen sich Tendenzen ab, die von den Urhebern bereitzustellenden Informationen in einer übergreifenden Datenbank zu zentralisieren,<sup>359</sup> womit der Aufwand gering gehalten werden kann.<sup>360</sup> Im Großteil der anderen Anwendungsfälle<sup>361</sup> muss die Untersagung dem Nutzer oder einem Intermediär zwar zugehen.<sup>362</sup> Recherchekosten fallen für Urheber dabei nicht an, weil die Erreichbarkeit über den Hinweis vom Nutzer sichergestellt ist. Die Handlungskosten erhöhen sich also moderat gegenüber dem normativen Normalfall.

### (3) Verhandlungskosten

Für die (urheber-)vertragsrechtlichen Anwendungsfälle steigern sich die Verhandlungskosten der Urheber: Sie trifft nämlich die Spezifizierungslast, sich Befugnisse ausdrücklich vorzubehalten. Abgesehen davon fallen dieselben Verhandlungskosten wie unter einer Property Rule an.

### cc) Belastung Dritter

Die Entlastung der Nutzer in den Anwendungsfällen bewirkt auch eine Verschiebung von Kosten zu Dritten: Das EUIPO muss Informationen für Rechts-

<sup>356</sup> *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1833.

<sup>357</sup> Das gilt für Bildersuchmaschinen, Verlinkungen und TDM. S. zum REP schon D.II.1.a)bb).

<sup>358</sup> Vgl. *Conrad*, CR 2013, 305, 307; *Schubert*, ZUM 2018, 726, 727; *Grünberger*, ZUM 2019, 281, 290; *Carroll*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1511, 1523: „trivially easy“; vgl. generell BGH GRUR 2010, 628 Rn. 37 – Vorschaubilder I: „ohne Weiteres zuzumuten“.

<sup>359</sup> Vgl. etwa *Senftleben*, GRUR 2022, 221, 224 f.; s.a. Art. 17 Abs. 10 DSM-RL, wo die Zusammenarbeit zwischen Diensteanbietern und Rechtsinhabern in einem Dialog geordnet werden soll. Im Rahmen dieses Dialogs wurden von den Stakeholdern bereits einheitliche Standards angeregt, s. *Europäische Kommission*, Stakeholder dialogue pursuant to Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market: Discussion paper for the meetings of 16 January and 10 February 2020, [https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=64721](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=64721), archiviert unter [perma.cc/5X7E-E2HV](https://perma.cc/5X7E-E2HV), S. 3.

<sup>360</sup> Vgl. etwa auch *Dreier/Schulze/Raue*, Vor UrhDaG Rn. 4, der durch die Umverteilung eine Senkung des Rechtsdurchsetzungsaufwandes für Rechteinhaber sieht.

<sup>361</sup> Das ist der Fall für unbekannte Nutzungsarten, verwaiste und nicht verfügbare Werke, die Nutzung und Änderung von Sprachwerken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch, die Nutzung auf Grundlage von EKL und die Übertragung eines Nutzungsrechts bei einer Unternehmens(teil)veräußerung.

<sup>362</sup> Vgl. die geringen Anforderungen für einen Opt-out aus EKL in der EU *Europäische Kommission*, Study on emerging issues on collective licensing practices in the digital environment, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/611658>, archiviert unter [perma.cc/2NFZ-4RZZ](https://perma.cc/2NFZ-4RZZ), S. 216 f.

inhaber über ein Online-Portal veröffentlichen, die ihm im Fall verwaister Werke das DPMA (§ 61a Abs. 4, 5 UrhG) und im Fall nicht verfügbarer Werke die Verwertungsgesellschaften (§ 52a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VGG) übermitteln. Auch Verwertungsgesellschaften, die EKL vergeben wollen, müssen auf ihrer Internetseite Informationen veröffentlichen (§ 51a Abs. 1 Nr. 4 VGG).

#### b) *Ökonomische Legitimation*

Die Anwendungsfälle bewirken also zweierlei: Nutzer werden von Kosten entlastet, Urheber bzw. Dritte dagegen mit Kosten belastet. Unter welchen Bedingungen sich diese Re-Allokation von Kosten ökonomisch legitimieren lässt, wird im Folgenden untersucht.

##### aa) *Entlastung der Nutzer*

Ob die Entlastung der Nutzer ökonomisch gerechtfertigt ist, beantwortet sich mit Blick auf die ökonomische Legitimation des Ausschließlichkeitsrechts. Damit ist nicht die Frage gemeint, warum die Rechtsordnung *überhaupt* eine Rechtsposition wie das Urheberrecht verleiht. Relevant ist allein, warum die Befugnisse am urheberrechtlich geschützten Objekt jemandem *exklusiv* zugeordnet sind – denn erst dadurch werden die Kosten für eine urheberrechtskonforme Nutzung an die Nutzer verteilt.

Aus einer marktfunktionalen Perspektive dienen Ausschließlichkeitsrechte als Mittel, um dem Rechtsinhaber die für den Wettbewerb erforderliche Entscheidungsmacht zu verleihen.<sup>363</sup> Sie kommodifizieren Schöpfungen zu exklusiven und damit knappen privaten Gütern,<sup>364</sup> die der Marktmechanismus erfassen kann und effizient zuordnet.<sup>365</sup> Ausschließlichkeitsrechte bevorzugen damit den Produktionsanreiz gegenüber der Nutzungseffizienz.<sup>366</sup> Urheberrechtliche Werke als nicht-rivale Güter<sup>367</sup> sind nämlich nicht optimal genutzt, wenn sie nicht möglichst

<sup>363</sup> Ullrich, GRUR Int 1996, 555, 566 spricht von einer „Handlungsbefugnis, die wettbewerbsgerechtes, d.h. individuell Gewinn maximierendes Verhalten ermöglicht“; so auch Wielsch, Zugangsregeln, S. 20.

<sup>364</sup> Peukert, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 305, 312.

<sup>365</sup> Sog. Effizienzthese des Coase-Theorems, vgl. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 61. Je nach Nachfrage bekommt der Urheber so die Gelegenheit, die Kosten seines Schaffensprozesses zu amortisieren und Gewinne zu erwirtschaften – woraus ein Anreiz resultieren kann, neue Werke zu schaffen, vgl. Wielsch, Zugangsregeln, S. 20.

<sup>366</sup> Zu dem zugrundeliegenden „informationsökonomischen Dilemma“ Wielsch, Zugangsregeln, S. 16; vgl. auch Peukert, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11, 15.

<sup>367</sup> Landes/Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law, S. 13 f.; Peukert, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11, 13 m.w.N.; Wielsch, Zugangsregeln, S. 13; allgemein zu öffentlichen Gütern Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 86 f., 672.

breit zur Verfügung stehen.<sup>368</sup> Kehrseite der Ausschließlichkeit ist deshalb, dass Vorteile ausbleiben, die Dritte mit den Werken anderer realisieren könnten (sog. positive Externalitäten oder „spillovers“<sup>369</sup>).<sup>370</sup>

Die Zugangsbeschränkung ist daher nur in dem Maße gerechtfertigt, wie es für die Deckung der Produktionskosten erforderlich ist – anderenfalls wird die Nutzungseffizienz über Gebühr beeinträchtigt.<sup>371</sup> Außerdem muss der Nutzen der Zugangsbeschränkung stets größer sein als die Kosten, die daraus entstehen.<sup>372</sup> Anderenfalls ist es ineffizient, dass grundsätzlich nur der Urheber Vorteile aus seiner Schöpfung ziehen kann. Einzustellen sind dabei auch die Transaktionskosten: Je höher sie sind, desto stärker ist eine effiziente Zuordnung der Befugnisse bedroht; wenn sie gar den kooperativen Gewinn für die Transaktionsparteien übersteigen, ist die gesamte Transaktion ineffizient.<sup>373</sup> Wird die Zugangsbeschränkung dann nicht aufgehoben, kommt es zu einem dysfunktionalen Effekt,<sup>374</sup> weil rationale Parteien von Transaktionen Abstand nehmen.<sup>375</sup>

Diese Bedingungen bestehen auch in den Anwendungsfällen von Handlungslasten des Urhebers: Teilweise sind die Transaktionskosten dort verschwenderisch und bedrohen schon dadurch eine effiziente Allokation der Befugnisse; in einer Vielzahl der Anwendungsfälle nehmen sie darüber hinaus sogar ein prohibitiv hohes Maß an.<sup>376</sup> Wenn in diesen Fällen Urheber ein exklusives Recht erhielten und Nutzer eine Erlaubnis einholen müssten, würde die Nutzungseffizienz vollständig dem Produktionsanreiz geopfert. Daher ist in diesen Fällen die Aufhebung der Zugangsbeschränkung – und damit auch die Entlastung der Nutzer von den Transaktionskosten – aus marktfunktionaler Sicht ökonomisch legitim.

<sup>368</sup> Wielsch, Zugangsregeln, S. 16; ders., ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 280; s.a. Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 672.

<sup>369</sup> Zum Begriff *Frischmann/Lemley*, Colum. L. Rev. 107 (2007), 257, 258 ff.

<sup>370</sup> Vgl. zu positiven Externalitäten der Nutzer auch *Gordon*, Colum. L. Rev. 82 (1982), 1600, 1630 f.; *Frischmann/Lemley*, Colum. L. Rev. 107 (2007), 257, 288 ff.; *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 18 f., 27 f.; *Stieper*, Schranken des Urheberrechts, S. 88 ff.

<sup>371</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 17 f.

<sup>372</sup> Vgl. *Demsetz*, Am. Econ. Rev. 57 (1967), 347, 350: „property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization“; *Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, S. 14; s.a. *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 24; *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 353.

<sup>373</sup> *Coase*, J.L. & Econ. 3 (1960), 1, 15; *Calabresi/Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1106, 1110; *Gordon*, Colum. L. Rev. 82 (1982), 1600, 1628; *Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law, S. 8; *Lemley/Weiser*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 783, 790; *Stieper*, Schranken des Urheberrechts, S. 85; *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, S. 328.

<sup>374</sup> Vgl. *Peukert*, in: Hilty/Peukert (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 11, 19; für verwaiste Werke *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 353; grundlegend zur sog. tragedy of the anticommons *Heller*, Harv. L. Rev. 111 (1997), 621, 624.

<sup>375</sup> Vgl. *Coase*, J.L. & Econ. 3 (1960), 1, 15; zur Einordnung *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 61 f., 91 f.

<sup>376</sup> S. zum Folgenden bereits D.I.2.

*bb) Belastung des Urhebers*

Es ist eine Sache, den Zustimmungsvorbehalt aufzuheben und so Nutzer von Transaktionskosten zu entlasten, aber eine ganz andere, die vorher nur mit Schutz- und Beobachtungskosten beschwerten Urheber nun mit Beobachtungskosten, Handlungskosten und Verhandlungskosten zu belasten. Für diese im Vergleich zu herkömmlichen Schranken spezielle Belastung muss sich ebenfalls eine ökonomische Legitimation finden.

*(1) Besonderheit der Anwendungsfälle von Handlungslasten*

Dass die Anwendungsfälle im Vergleich zu herkömmlichen Schranken unterschiedlich behandelt werden müssen, rechtfertigt sich mit Blick auf die Ursache, weshalb es zu einem Marktversagen kommt. Bei herkömmlichen Schranken werden dafür vor allem drei Fälle angeführt:<sup>377</sup> wenn (1) Rechtsinhaber Werke nicht verwerten möchten,<sup>378</sup> wenn (2) produktive Anschlussnutzungen ausbleiben, weil Nutzer positive Externalitäten von Dritten nicht internalisieren können und deshalb Preis und Nutzen außer Verhältnis geraten,<sup>379</sup> und wenn (3) zu hohe Transaktionskosten bestehen. In allen drei Fällen ist es ökonomisch gerechtfertigt, das Verbotsrecht aufzuheben – nicht gesagt ist damit aber, welches Schutzniveau der Befugnis stattdessen zu wählen ist.

In Fall (1) und (2) muss das Verbotsrecht stets *dauerhaft* aufgehoben werden. Es kommen nur (Zero-Price) Liability Rules in Betracht, denn unter einer Lproperty Rules könnten Rechtsinhaber ins Verbotsrecht wechseln, womit wieder hohe sozialen Kosten drohen.<sup>380</sup> In Fall (3) besteht aber ein Unterschied: Dort liegt das Problem nicht darin, dass Urheber oder Nutzer eine an sich mögliche Transaktion nicht eingehen möchten, sondern, dass es gar nicht erst zu einer Verhandlungssituation kommt. Es ist deshalb ungewiss, ob sich der Verhandlungsmechanismus bewähren würde. Nicht die *Transaktionsbereitschaft*, sondern die *Transaktionsmöglichkeit* ist das Problem.

Dieser Unterschied verlangt nach einer strukturell andersartigen Lösung: Um ein Marktversagen zu verhindern, muss das Verbotsrecht nicht dauerhaft aufgehoben und das Ergebnis des Marktmechanismus simuliert werden. Ziel kann auch sein, Verhandlungen und damit Transaktionen wieder zu ermöglichen. Die

<sup>377</sup> So etwa *Gordon*, Colum. L. Rev. 82 (1982), 1600, 1627 ff.; *Stieper*, Schranken des Urheberrechts, S. 84 ff.

<sup>378</sup> Dass Nutzungen aufgrund einer Verweigerung ausbleiben, wird nur dann den sozialen Kosten des Verbotsrechts zugerechnet, wenn die Weigerung aus urheberrechtsfremden Motiven erfolgt, vgl. *Gordon*, Colum. L. Rev. 82 (1982), 1600, 1632 ff.

<sup>379</sup> Vgl. *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 24 ff.; *Frischmann/Lemley*, Colum. L. Rev. 107 (2007), 257, 287 ff.

<sup>380</sup> Allerdings optiert erfahrungsgemäß nicht jeder Rechtsinhaber für jedes Werk ins Verbotsrecht, weshalb Nutzungen auch unter einer Handlungslast zum Teil tatsächlich dauerhaft möglich sind – es besteht dahingehend aber keine *rechtliche* Gewissheit.

Besonderheit der Anwendungsfälle von Handlungslasten ist, dass dies einerseits mit einem prinzipiellen Verbotsrecht nicht gelingt,<sup>381</sup> andererseits aber ebenso wenig eine dauerhafte Aufhebung des Verbotsrechts weiterhilft, weil dann der Marktmechanismus nicht mehr greifen kann. Deshalb ist das Verbotsrecht auch hier aufzuheben – im Unterschied zu Fall (1) und (2) allerdings nicht dauerhaft, sondern *immer nur, solange keine Verhandlungen möglich sind*.<sup>382</sup> Genau diese Wirkung haben Loperty Rules, weil Urheber ins Verbotsrecht optieren können und Transaktionen dann wieder ermöglicht werden.<sup>383</sup>

Den Marktmechanismus zum Laufen zu bringen ist selbst aber auch nicht kostenneutral. Es sind Fallkonstellationen denkbar, in denen es insgesamt kostspieliger ist, Verhandlungen wieder zu ermöglichen, als eine dauerhafte Schrankenlösung einzusetzen. Das ist insbesondere der Fall, wenn Urheber mit den Kosten belastet würden, auf eine Marktlösung umzustellen, es anschließend aber nicht zu Transaktionen käme.<sup>384</sup> Loperty Rules wären dann ineffizient im Sinne des Kaldor-Hicks-Kriteriums,<sup>385</sup> weil es keinen Gewinn der Urheber gäbe, mit dem sie die Schlechterstellung der Nutzer (durch den Verlust der zustimmungsfreien Nutzungsmöglichkeit) ausgleichen könnten. Die entscheidende Frage lautet daher: Unter welchen Bedingungen ist es effizienter, den Marktmechanismus zum Laufen zu bringen, anstatt eine dauerhafte Schrankenlösung vorzusehen?

## (2) Urheber als Cheapest Cost Avoider

Voraussetzung dafür ist zum einen, dass die Loperty Rule die zwischen den Parteien *relativ* günstigste Kostenallokation herbeiführt. Unter einer Marktlösung muss nämlich immer eine der beteiligten Parteien Kosten tragen, denn irgendjemand muss die Transaktion initiieren.<sup>386</sup> Die Loperty Rule kann nur effizient sein, wenn sie diese Kosten minimiert. In Frage steht also, wer die Transaktionsmöglichkeit mit dem geringsten Aufwand herstellen kann – der Nutzer oder der Ur-

<sup>381</sup> S. soeben D.IV.2.b)aa).

<sup>382</sup> Natürlich ist auch denkbar, dass es Fälle gibt, in denen sich die Transaktionskostenproblematik nicht löst. Dann sollten Nutzungen aber nur deshalb dauerhaft erlaubnisfrei möglich sein, weil *tatsächlich* keine Transaktionen möglich sind. Das Recht sollte sie nicht *rechtlich* dauerhaft freistellen, sodass Nutzungen selbst dann zulässig wären, wenn Transaktionen tatsächlich wieder möglich wären.

<sup>383</sup> Zur informationsforcierenden Wirkung s. schon D.IV.1.b)cc). Eine Lösung für Verhandlungskosten ist die Loperty Rule dagegen nicht. Dort bleiben die Kosten nämlich unverändert.

<sup>384</sup> Vgl. für dispositives Recht *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 434, 439.

<sup>385</sup> Danach ist ein Zustand X einem Zustand Y vorzuziehen, wenn aus dem Gewinn der Begünstigten die Benachteiligten voll entschädigt werden könnten und letztere dadurch zwischen beiden Zuständen indifferent würden, s. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 21; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 51.

<sup>386</sup> Vgl. etwa *Grünberger*, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 421, 433: „Unter der realistischen Annahme bestehender Transaktionskosten [...]“.

heber? Einen Maßstab für die Beurteilung bietet das Kriterium des *Cheapest Cost Avoider*.

(a) *Maßstab des Cheapest Cost Avoider*

Es stammt originär aus dem Deliktsrecht, wo sich das Problem reziproker Schäden stellen kann: Einen Schaden für eine Seite zu vermeiden führt zwangsläufig zur Belastung der anderen Seite und umgekehrt.<sup>387</sup> Es ist dann aus ökonomischer Sicht nicht zielführend, zu fragen, wer Verursacher eines Schadens ist, sondern wie sich der Gesamtschaden minimieren lässt.<sup>388</sup> Wenn beide Parteien den Schaden verhindern können, aber nur eine Partei dafür handeln muss,<sup>389</sup> soll die Partei haften, die den Schadenseintritt mit dem geringsten Aufwand vermeiden kann (sog. *Cheapest Cost Avoider*).<sup>390</sup> So wird simuliert, auf was sich rationale und kooperativ handelnde Parteien bei einer Verhandlung geeinigt hätten.<sup>391</sup> Der *Cheapest Cost Avoider* würde die Haftung nach der Effizienzhese des *Coase*-Theorems nämlich unabhängig davon übernehmen, wo die Rechtsordnung sie originär zuordnen würde – dann kann sie auch direkt dort zugeordnet werden.<sup>392</sup>

Diese Erkenntnisse lassen sich auf das Urheberrecht als Sonderdeliktsrecht ohne weiteres übertragen.<sup>393</sup> In den Anwendungsfällen besteht ein reziprokes Schadensproblem, da in jedem Fall entweder Urheber oder Nutzer die Kosten dafür tragen müssen, dass eine urheberrechtskonforme Nutzung (nicht) zustande kommt.<sup>394</sup> Auch können beide Parteien durch ihr Verhalten Einfluss auf das Schadensniveau nehmen, wenn sie sich jeweils leichter identifizierbar und erreichbar machten. Ein Unterschied ergibt sich aber dadurch, dass in einigen Anwendungsfällen die gesamte Schadensvermeidung nicht von einer Partei allein mit dem geringsten Aufwand erfolgen kann, etwa wenn Nutzer noch Hinweis-kosten tragen.<sup>395</sup> Dennoch kann auch in diesen sog. joint-care-Situationen der

<sup>387</sup> Vgl. *Coase*, J.L. & *Econ.* 3 (1960), 1, 2.

<sup>388</sup> *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 279.

<sup>389</sup> Sog. „Entweder-Oder-Fall“, vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 279; oder „alternative care case“, vgl. *Gilles*, Va. L. Rev. 78 (1992), 1291, 1294.

<sup>390</sup> *Calabresi*, *The Costs of Accidents*, S. 135; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 279 ff.

<sup>391</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 402; zu diesem Gedanken im Urheberrecht *Stieper*, Schranken des Urheberrechts, S. 84.

<sup>392</sup> *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 279; vgl. auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 65; *Calabresi/Hirschhoff*, Yale L.J. 81 (1971), 1055, 1060.

<sup>393</sup> Vgl. etwa auch *Grünberger*, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 421, 433.

<sup>394</sup> Entweder tragen Nutzer die Transaktionskosten mit dem Schaden, dass gewollte Nutzungen nicht zustande kommen, oder Urheber sind mit Überwachungs- und Handlungskosten belastet, um den Schaden zu verhindern, dass ungewollte Nutzungen zustande kommen.

<sup>395</sup> S. dazu D.IV.2.a)aa(1).

Gedanke des Cheapest Cost Avoider übertragen werden:<sup>396</sup> Der Urheber soll *auch* oder *im Wesentlichen* Kosten tragen, wenn sie sich dadurch insgesamt verringern lassen, weil sie beim Urheber niedriger sind oder überhaupt nicht anfallen.

Das Kriterium des Cheapest Cost Avoider erlaubt damit eine Entscheidung darüber, ob eine Loperty Rule zum Einsatz kommen kann: Wenn der Nutzer Cheapest Cost Avoider ist, spricht das für eine Property Rule – ist es dagegen der Urheber, spricht das für eine Loperty Rule. Letzteres ist der Fall, wenn die bei Belastung des Urhebers (Handlungslast) anfallenden Kosten geringer sind als die bei Belastung des Nutzers (normativer Normalfall). Dazu müssen die Kostenposten verglichen werden, die jeweils miteinander korrespondieren: die Suchkosten der Nutzer im Normalfall mit den Beobachtungskosten der Urheber und Recherche- und Hinweiskosten der Nutzer unter einer Handlungslast; sowie die Präferenzermittlungskosten der Nutzer im Normalfall mit den Handlungskosten der Urheber und Detektionskosten der Nutzer nach Verlagerung der Handlungslast.<sup>397</sup>

*(b) Suchkosten vs. Beobachtungskosten und Recherche-/Hinweiskosten*

Die Suchkosten unter einer Property Rule fallen nur für Werke an, die Nutzer tatsächlich nutzen möchten. Die Beobachtungskosten der Rechtsinhaber unter einer Loperty Rule entstehen dagegen für alle Werke, die potenziell genutzt werden könnten.<sup>398</sup> Der Katalog an zu überwachenden Werken ist normalerweise also gleich groß oder größer. Die Beobachtungskosten können deshalb die Suchkosten nur unterschreiten, wenn sie pro Werk geringer sind.<sup>399</sup> Das ist in den Anwendungsfällen überwiegend wahrscheinlich: Denn die bei den Nutzern verbleibenden Recherche- und Hinweisanforderungen<sup>400</sup> sorgen dafür, dass Rechtsinhaber kaum Überwachungsaufwand haben, sondern sich nur allgemein erreichbar halten müssen – erzeugen selbst aber nur einen geringen Aufwand. Im Falle digitaler (Massen-)Nutzungen versprechen außerdem automatisierte Beobachtungsmöglichkeiten geringe Kosten für Urheber. Soweit keine Hinweisanforderungen für Nutzer bestehen, lassen sich Investitionen der Urheber in Beobachtungsstrukturen schließlich für viele Werknutzungen skalieren.

<sup>396</sup> Vgl. Gilles, Va. L. Rev. 78 (1992), 1291, 1308 ff., der davon ausgeht, dass das Kriterium auch in diesen Situationen zu effizienten Ergebnissen führt.

<sup>397</sup> Dass auf Seite des normativen Normalfalls jeweils nur Kostenposten der Nutzer aufgeführt sind, liegt daran, dass nur die Nutzer dort für Suche und Präferenzermittlung tätig werden müssen. Unter einer Handlungslast teilen sich diese Posten dagegen auf, weil sowohl Urheber als auch Nutzer tätig werden müssen: für die Suchkosten in Beobachtungskosten (Rechtsinhaber) und Recherche- und Hinweiskosten (Nutzer); für die Präferenzermittlungskosten in Handlungskosten (Rechtsinhaber) und Detektionskosten (Nutzer). Es handelt sich also um eine joint-care-Situation, vgl. dazu Gilles, Va. L. Rev. 78 (1992), 1291, 1308 ff.

<sup>398</sup> Bracha, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1835.

<sup>399</sup> Bracha, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1835 f.

<sup>400</sup> S. dazu im Detail D.II.2, sowie D.IV.2.a)aa)(1).

*(c) Präferenzermittlungskosten vs. Handlungskosten und Detektionskosten*

Präferenzermittlungskosten unter einer Property Rule entstehen stets für alle zu nutzenden Werke. Handlungskosten unter einer Property Rule fallen dagegen nur für solche Werke an, deren Nutzungen Urheber auch wirklich verhindern möchten.<sup>401</sup> Solange die Handlungskosten pro Werk also nicht höher sind als die Präferenzermittlungskosten, ergibt sich dadurch in der Regel bereits eine Kostenreduktion. Neben den Hinweisanforderungen der Nutzer wirken hier auch Erfordernisse technikverständlichen Verhaltens kostensenkend. Sie bestehen in Anwendungsfällen, in denen Urheber ihrer Handlungslast auf maschinenlesbare Weise nachkommen müssen.<sup>402</sup> Zum einen entstehen dadurch keine hohen Handlungskosten, da es sich in allen Fällen um Standardtechnologien handelt, die mit geringem technischem Aufwand zu implementieren sind.<sup>403</sup> Zum anderen hat die vom Urheber technikverständlich vorgenommene Handlung eine äußerst große Breitenwirkung, denn der Urheber muss seinen entgegenstehenden Willen nur ein einziges Mal und für jeden ersichtlich erklären – im Gegensatz zur Property Rule, wo jeder Nutzer für jedes betroffene Werk jeden Urheber individuell um eine Erlaubnis anfragen muss.<sup>404</sup> Des weiteren können Nutzer die maschinenlesbaren Erklärungen automatisiert auswerten, was ihre Detektionskosten enorm verringert. Mit Blick auf die kumulierten Transaktionskosten ergeben sich damit große Unterschiede zugunsten der Property Rule.<sup>405</sup> Die durch Digitalisierung und Vernetzung hervorgebrachten Nutzungsmöglichkeiten tragen also zur Lösung genau der Transaktionskostenproblematik bei, die sie mitverursachen.<sup>406</sup> Hinsichtlich der Handlungskosten, dem für das Design des Opt-outs wichtigsten Element,<sup>407</sup> kommt es deshalb regelmäßig zu einer Kostenreduktion.

<sup>401</sup> *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1835.

<sup>402</sup> Dazu gehören die Nutzung durch Bildersuchmaschinen, Verlinkungen, TDM und Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, da dort auch in der Regel maschinenlesbare Informationen hinterlegt werden müssen. S. bereits D.II.1.a)bb) sowie grundlegend *Rostam*, in: Kuschel/Golla/Asmussen (Hrsg.), *Intelligente Systeme – Intelligentes Recht*, S. 107.

<sup>403</sup> Vgl. *Conrad*, CR 2013, 305, 307; *Schubert*, ZUM 2018, 726, 727; *Grünberger*, ZUM 2019, 281, 290; *Carroll*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1511, 1523: „trivially easy“. S. schon D.IV.2.a)bb)(2).

<sup>404</sup> Vgl. für Verlinkungen *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439, 445 f. Rn. 34, 37.

<sup>405</sup> Vgl. zur Relevanz der Unterscheidung zwischen der Mikro- und Makroebene für die Bestimmung der Kosten *Dreier*, Computer Law & Security Review 26 (2010), 144, 147.

<sup>406</sup> Zu diesem Zusammenhang schon *Dreier*, Computer Law & Security Review 26 (2010), 144, 149.

<sup>407</sup> So auch *Bar-Gill/Ben-Shahar*, U. Chi. L. Rev. 88 (2021), 531.

*(d) Generalisierungen*

Aus der Gegenüberstellung lassen sich Faktoren dafür identifizieren, wann der Urheber Cheapest Cost Avoider ist und es geringere Transaktionskosten erzeugt, das Urheberrecht durch eine Loperty Rule zu schützen. Für das Verhältnis von Suchkosten und Beobachtungskosten/Recherche- und Hinweiskosten sind das insbesondere die Anzahl der Werke, die Art der Nutzung und die Art der Beobachtung legaler Nutzungen durch den Urheber: Je mehr Werke von der Nutzung betroffen sind und je leichter die Nutzung nachzuvollziehen ist, desto eher unterschreiten die Beobachtungskosten der Urheber die Suchkosten der Nutzer.<sup>408</sup> Die Beobachtungskosten pro Einheit verringern sich, wenn Nutzer Urheber auf Nutzungen aufmerksam machen müssen und bei digitalen Nutzungen im Internet, indem Urheber von Skaleneffekten profitieren. Gleichzeitig halten sich die Recherche- und Hinweiskosten in handhabbarem Umfang, weil sie sich gegenseitig minimieren.

Für das Verhältnis von Präferenzermittlungskosten und Handlungskosten/Detektionskosten sind die Faktoren wiederum die Anzahl der Werke, die Art der Untersagung unerwünschter Nutzungen, die Qualität des Hinweises des Nutzers und Erfordernisse technikverständlichen Verhaltens. Je höher die Anzahl der Werke und je einfacher und öffentlichkeitswirksamer die Untersagungsmöglichkeit, desto eher unterschreiten die Handlungskosten des Urhebers die Präferenzermittlungskosten von Nutzern. Dabei ist zu bedenken, dass Handlungskosten meist für eine geringere Anzahl von Werken anfallen als korrespondierende Präferenzermittlungskosten. Je konkreter außerdem der Hinweis ist, desto geringer sind die Handlungskosten.<sup>409</sup> Solange Erfordernisse technikverständlichen Verhaltens kostengünstig zu implementieren sind, unterschreiten die Handlungskosten die Präferenzermittlungskosten schließlich um ein Vielfaches. Gleichzeitig ergeben sich äußerst geringe Detektionskosten durch die automatisierbare Wahrnehmung.

*(3) Bedingungen für die Effizienzüberlegenheit von Loperty Rules*

Mit der Figur des Cheapest Cost Avoider ist über einen *relativen* Vorteil der Loperty Rule gegenüber der Property Rule entschieden. Nicht geklärt ist aber, ob die Loperty Rule auch die Transaktionskostenproblematik der Anwendungsfälle überwindet. Nur dann kann eine optimale Allokationseffizienz eintreten und nur dann ist es auch ökonomisch legitim, eine Marktlösung einzusetzen.<sup>410</sup> Eine weitere Voraussetzung für den Einsatz der Loperty Rule ist daher, dass die Transak-

<sup>408</sup> In Bezug auf die Nutzung von Werken über eine digitale Bibliothek unter einem Opt-out-System *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1837.

<sup>409</sup> Gleichzeitig gibt es natürlich ein Optimum an Hinweiskosten, bei dessen Überschreiten sich die Gesamtkosten wiederum erhöhen würden.

<sup>410</sup> Vgl. zur Effizienzthese des Coase-Theorems *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 61.

tionskosten unter einem Verbotsrecht in Status B so gering sind, dass es zum marktförmigen Austausch der Befugnis kommen kann.<sup>411</sup>

(a) *Mobilisierung des Eigeninteresses des Urhebers an der Kosteneffizienz*

Für diese Kosteneffizienz sorgt zunächst, dass der Urheber selbst über den Wechsel ins Verbotsrecht entscheidet. Den Wechsel in Status B werden rationale Rechtsinhaber nur vornehmen, wenn es sich für sie lohnt – wenn es also günstiger ist, den Marktmechanismus zum Laufen zu bringen, als eine dauerhafte Schrankenlösung zu dulden.<sup>412</sup> Es kommt deshalb nur dann zu einem Verbotsrecht, wenn es auch effizient ist.

Fraglich ist allerdings, inwieweit ihre Entscheidung Verzerrungseffekten ausgesetzt ist. Empirische Untersuchungen haben gezeigt, dass Menschen Güter unterschiedlich bewerten, je nachdem ob sie ein Gut kaufen oder verkaufen wollen. Sie schätzten seinen Wert höher ein, wenn sie es besitzen.<sup>413</sup> Dieser sog. Endowment-Effekt tritt auch in Bezug auf dispositives Vertragsrecht auf: Vertragsparteien, die von einer Standard-Regelung profitieren, bedingen sie seltener ab.<sup>414</sup> Allerdings unterscheidet sich die Situation einer Handlungslast insoweit von der dispositiven Rechts: Ob Vertragsparteien aus einer Regelung dispositiven Rechts herausoptieren, müssen sie im Einvernehmen entscheiden – ob der Urheber der Handlungslast nachkommt, liegt dagegen nur in der Hand des Urhebers.<sup>415</sup> Außerdem sind Urheber im Fall der Handlungslast diejenigen, die von der disponiblen Regelung belastet sind und nicht diejenigen, denen die Regelung zugutekommt. Für sie geht es also um einen Gewinn, sodass die den Endowment-Effekt begründende Verlustaversion nicht greift.<sup>416</sup> Allerdings könnten Urheber den Nutzen des Verbotsrechts unterbewerten, wenn die Folgen der Disposition nicht hinreichend klar sind.<sup>417</sup> Denn dispositive Regelungen werden umso seltener abbedungen, je größer die Unsicherheit über die Auswirkung der Abbedingung

<sup>411</sup> Das gilt wohlgemerkt nur für den Fall, dass es unter der Property Rule zu Status B, einem Verbotsrecht, kommt. Anderenfalls ist die Transaktionskostenproblematik irrelevant, weil mit Status A Nutzungen ohne Transaktionen zulässig sind.

<sup>412</sup> Vgl. für dispositives Recht *Möslein*, Dispositives Recht, S. 281; *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 474; *Unberath/Cziupka*, AcP 209 (2009), 37, 49; auch in der Diskussion um Formalitäten ist diese effizienzsteigernde Funktion anerkannt, vgl. etwa *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 514.

<sup>413</sup> Die Erkenntnis geht auf ein Experiment von *Kahneman*, *Knetsch* und *Thaler* zurück, vgl. für einen Überblick *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, S. 226 mit umfangreichen Literaturnachweisen.

<sup>414</sup> *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 318 ff.; *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, S. 234 ff.

<sup>415</sup> Zu diesem Unterschied schon oben D.IV.1.b)cc)(2).

<sup>416</sup> Vgl. dazu *Bechtold*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, S. 230 ff.

<sup>417</sup> Zu berücksichtigen sind auch die Kosten der Aufgabe des status quo, s. *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 465 f.

sind.<sup>418</sup> Erforderlich ist deshalb, Rechtsinhaber über ihre Handlungsoption und deren Folgen aufzuklären. Solange sie nicht wissen, dass ein Verbotsrecht zur Verfügung steht und wie es zu erlangen ist, ist es keine rationale Entscheidung, darauf zu verzichten. Voraussetzung muss erneut also sein, dass Rechtsinhaber Kenntnis von ihrer Handlungslast haben.<sup>419</sup> Anwendungsfälle, die diese Kenntnis dagegen nicht sicherstellen, laufen Gefahr, in einer weniger effizienten Liability Rule zu verharren.

### *(b) Koppelung von Verbotsrecht und Informationsoffenbarung*

Selbst wenn für Rechtsinhaber das Verbotsrecht lohnenswert erscheint, steht damit allerdings nicht fest, dass der Verhandlungsmechanismus auch wie vorgesehen funktioniert. Das stellt erst die informationsoffenbarende Wirkung von Property Rules sicher.<sup>420</sup> Wenn Urheber ihre Dispräferenz signalisieren, erhalten Nutzer die für eine Transaktion erforderlichen Informationen: Sie wissen, dass für ein Werk Schutz beansprucht wird und an wen sie sich für den Rechteerwerb wenden müssen.<sup>421</sup> Dadurch löst sich die Transaktionskostenproblematik – Verhandlungen können stattfinden und die Befugnis den Inhaber wechseln. Es kommt unter diesen Bedingungen zu einer *Koinzidenz von Transaktionserfordlichkeit und -möglichkeit*: Nur dann, wenn Transaktionen wirtschaftlich möglich sind, sind sie auch rechtlich erforderlich.<sup>422</sup> In Anwendungsfällen, in denen Nutzer dagegen nicht die für eine Transaktion erforderlichen Informationen erhalten, ist die Effizienz der Verhandlungslösung nicht gesichert.

### *c) Zwischenergebnis*

Handlungslasten haben die Funktion, Transaktionskosten von den Nutzern auf die Urheber und Dritte umzuverteilen. Zunächst wird dazu das Verbotsrecht aufgehoben, was ökonomisch sinnvoll ist, weil seine Rechtfertigung nicht greift. Darüber hinaus ebnet die Last den Urhebern aber auch einen Weg in die Ausschließlichkeit. Auch das ist ökonomisch legitim, weil eine effizienz-superiore Verhandlungslösung eingreifen kann, wenn die Transaktionskosten beherrsch-

<sup>418</sup> Korobkin, Cornell L. Rev. 83 (1997), 608, 660; Bechtold, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, S. 237.

<sup>419</sup> Diese Wertung läuft parallel zu Regeln im Vertragsrecht, die Vertragspartner dazu anreizen, auf ungewöhnliche Schäden bereits bei Vertragsschluss hinzuweisen (sog. Vorhersehbarkeitsregeln). Wenn die Gegenpartei Cheapest Cost Avoider ist, kann sie Schäden nur bei Kenntnis auch effizient verhüten, vgl. Ayres/Gertner, Yale L. J. 99 (1989), 87, 101; Cziupka, Dispositives Vertragsrecht, S. 447 ff.; aus der Richtung der Informationskosten kommend Bar-Gill/Ben-Shahar, U. Chi. L. Rev. 88 (2021), 531, 553: „[...] the default rule is optimal when parties are informed“.

<sup>420</sup> S. dazu bereits D.IV.1.b)cc).

<sup>421</sup> Im Einzelnen s.o. D.II.2.a)bb).

<sup>422</sup> Zu den Implikationen für das Verhältnis von Rechtssystem und Wirtschaftssystem sogleich unter D.IV.3.

bar sind. Das ist zum einen der Fall, weil die für den Marktmechanismus erforderlichen Kosten für den Urheber am niedrigsten ausfallen. Es wird also die zwischen den Parteien effizienteste Kostenallokation erreicht, weil der Urheber Cheapest Cost Avoider ist. Zum anderen stellen Property Rules sicher, dass die Verhandlungslösung auch gegenüber einer dauerhaften Aufhebung des Verbotsrechts effizienzüberlegen ist: Einerseits, weil Rechtsinhaber selbst entscheiden, ob sie die Kosten für das Verbotrecht tragen. Sie werden das rationalerweise nur tun, wenn für sie der Nutzen überwiegt. Andererseits, weil Urheber den Nutzern die für eine Transaktion erforderlichen Informationen verschaffen müssen. Entweder kommt es also zum Marktmechanismus, wenn er effizienter ist, oder es bleibt bei einer – dann wiederum effizienteren – Nutzungsfreiheit.

Nicht zu verkennen ist aber, dass die Voraussetzungen dafür in einigen der bestehenden Anwendungsfällen nicht gegeben sind.<sup>423</sup> Wenn Urheber keine ausreichende Kenntnis haben, droht die Befugnis in einer (Zero-Price) Liability Rule zu verharren, auch wenn ein Wechsel in die Property Rule effizient wäre. Solche Handlungslasten erzeugen dieselben Probleme wie das prinzipielle Verbotrecht im normativen Normalfall. Ob Handlungslasten ökonomisch gerechtfertigt sind, hängt also unmittelbar mit den Informationserfordernissen zusammen. Das unterstreicht erneut die Bedeutung der Kenntnis des Urhebers und der Information durch den Nutzer.

### 3. Baustein von Zugangsregeln

Die funktionale Analyse hat bisher den Blick darauf gerichtet, welche Auswirkungen Handlungslasten auf die Befugnis des Rechtsinhabers und die Allokation von Kosten haben. Keine Beachtung fanden dabei die sozialen Bezüge des Urheberrechts. Im Folgenden soll sich der Fokus daher verschieben: Zu betrachten sind auch die gesellschaftlichen Effekte des Urheberrechts als subjektives Recht und die damit verbundene Rolle von Handlungslasten.<sup>424</sup>

Dazu bedient sich die Untersuchung dem von *Wielsch* entwickelten Konzept der „Zugangsregeln“.<sup>425</sup> Es schließt an Grundlagen der soziologischen Systemtheorie an.<sup>426</sup> Der Referenzpunkt der Untersuchung verlagert sich deshalb vom Urheber auf Funktionssysteme der Gesellschaft. Damit sind gesellschaftliche Bereiche gemeint, in denen sich Menschen auf spezifische Art und Weise kommunikativ aufeinander beziehen.<sup>427</sup> Im Rechtssystem etwa geschieht das im Code

<sup>423</sup> S. dazu schon D.II.2.

<sup>424</sup> Allgemein zu diesem Programm einer soziologischen Jurisprudenz vgl. *Wielsch*, in: Calliess/Fischer-Lescano/Wielsch/Zumbansen (Hrsg.), FS Teubner, S. 395, 411; *ders.*, in: Lomfeld (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft, S. 125, 148.

<sup>425</sup> Dazu *Wielsch*, Zugangsregeln; *ders.*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, S. 268.

<sup>426</sup> Zur Kompatibilität und Eignung mit dem Urheberrecht *Köhler*, Die Haftung privater Internetanschlussinhaber, S. 94 ff.

<sup>427</sup> *Baer*, Rechtssoziologie, Rn. 94 ff.

Recht/Unrecht, im Wirtschaftssystem nach Gewinn/Verlust und im Wissenschaftssystem anhand von Wahrheit/Unwahrheit.<sup>428</sup> Diese Systeme operieren für sich geschlossen in Eigenlogiken, können aber Einflüsse aus ihrer Umwelt aufnehmen, wenn sie über entsprechende Irritationspunkte verfügen.<sup>429</sup> Für die Kommunikation innerhalb dieser Systeme fällt dem Urheberrecht eine Steuerungshoheit zu, weil sich urheberrechtliche Werke als Kommunikationsvorgänge begreifen lassen. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, bedarf es sog. Zugangsregeln, die das Urheberrecht auf die Funktionsbedingungen verschiedener Systeme einstellen. Dogmatischer Baustein solcher Zugangsregeln können auch Handlungslasten des Urhebers sein.

#### a) Multilateralität des Urheberrechts

Urheberrechtliche Werke sind Mitteilungsgüter.<sup>430</sup> Auch wenn sie von Einzelnen kreiert werden, gehören sie zur Sphäre des Sozialen.<sup>431</sup> Sie sind nämlich nur im Zusammenhang mit schon bestehenden, „kommunikativ gesponnenen Bedeutungen“ verständlich – ihr Sinn erschließt sich also im Kontext mehrerer, unterschiedlicher sozialer Funktionssysteme.<sup>432</sup> Werke sind deshalb nicht bloß Gegenstand einer Transaktion und dem Wirtschaftssystem zugehörig, sondern auch Kommunikationen etwa des Wissenschafts- oder des Kunstsystems. Indem das Urheberrecht den Umgang mit Werken beschränkt, beeinflusst es folglich die Funktionsweise verschiedener sozialer Systeme.<sup>433</sup> Insofern ist von der Mehrsystemzugehörigkeit oder Multilateralität von Immaterialgüterrechten wie dem Urheberrecht die Rede.<sup>434</sup>

Die sozialen Systeme generieren aus dezentral verteiltem Wissen ein Systemwissen. *Wielsch* hat dafür in Anlehnung an *von Hayek* den Begriff der „Wissens- teilung“ geprägt.<sup>435</sup> Allerdings beanspruchen die Systeme Ressourcen wie urheberrechtliche Werke hierzu auf unterschiedliche Weise: Das Wirtschaftssystem

<sup>428</sup> Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 165 ff.; *ders.*, Die Wirtschaft der Gesellschaft, S. 52 ff.: „Zahlung/Nichtzahlung“; *ders.*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 171 ff.

<sup>429</sup> Zur Irritationsfähigkeit des Urheberrechts *Köhler*, Die Haftung privater Internetanschlusssinhaber, S. 89 ff.

<sup>430</sup> Vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 63; nicht umsonst ist auch die Rede davon, dass das Urheberrecht dem Schutz menschlicher qualifizierter Kommunikation dient, s. *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*, Einl. UrhG Rn. 7; *Dreier/Schulze/Dreier*, Einl. UrhG Rn. 1a.

<sup>431</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 32.

<sup>432</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 32; *ders.*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 291 f.

<sup>433</sup> Vgl. *Wielsch*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 297 f.; s.a. *ders.*, in: *Grünberger/Jansen* (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, S. 268, 273; sowie *ders.*, Zugangsregeln, S. 31–42; *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 355.

<sup>434</sup> Vgl. *Wielsch*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 297 f.; *ders.*, in: *Grünberger/Jansen* (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, S. 268, 273; *ders.*, Zugangsregeln, S. 32, dort auch noch als „Multifunktionalität“ bezeichnet; *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 355.

<sup>435</sup> Vgl. *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 38; *ders.*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 294 f.

etwa setzt auf die Entdeckungsfunktion des Wettbewerbs.<sup>436</sup> Güter sind Gegenstand von Transaktionen auf Märkten; Marktakteure werden über Preise informiert und treffen dezentral Entscheidungen.<sup>437</sup> Im Wissenschaftssystem gelten dagegen die Regeln des wissenschaftlichen Diskurses. Idealerweise sind neue Erkenntnisse möglichst schnell und weit zu verbreiten und einfach zugänglich.<sup>438</sup> Das Kunstsystem schließlich folgt dem Ideal eines Schaffensprozesses, der die Möglichkeit zur Auseinandersetzung mit bestehenden Arbeiten erfordert.<sup>439</sup> Die Schaffenden setzen sich ihre Regeln dabei autonom.<sup>440</sup>

Problematisch ist nun die Rolle des Urheberrechts. Es folgt nämlich im Grundsatz nur der Funktionslogik des Wirtschaftssystems, indem es Werke als handelbare Güter für den Markt kommodifiziert.<sup>441</sup> Über den Wettbewerb erhalten Schöpfer dann Anreize, dezentral eigenes Wissen zu generieren.<sup>442</sup> Allerdings kann sich die Wissensteilung auch in anderen Funktionssystemen deshalb nur über einen marktförmigen Austausch, also eine Transaktion nach Willen des Rechtsinhabers vollziehen –<sup>443</sup> obwohl etwa Wissenschafts- und Kunstsystem für ihre Wissensteilung bestimmte Nutzungsfreiheiten erfordern.<sup>444</sup> Es entsteht deshalb die Gefahr, dass Wissen in diesen Systemen nicht ausreichend zirkulieren kann und Möglichkeiten Dritter, auf Werke zuzugreifen und wiederum dezentrales Wissen zu generieren, eingeschränkt werden.<sup>445</sup>

#### b) Zugangsregeln

Weil das Urheberrecht diese Schieflage verursacht, erwächst ihm auch die Verantwortung, sie zu beheben.<sup>446</sup> Dass Einzelne Verbotsrechte an Kommunikationen erhalten, ist dabei nicht das Problem – solange dadurch nicht die Autonomien anderer Systeme unterlaufen werden.<sup>447</sup> Allerdings ist das Urheberrecht nicht darauf ausgerichtet, „Kommunikationsbedingungen zu stabilisieren, die jenseits marktmaßiger Austauschprozesse sonst noch vorkommen mögen“.<sup>448</sup> Es muss

<sup>436</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 76.

<sup>437</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 87 f.

<sup>438</sup> Vgl. *Wielsch*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 294 f.

<sup>439</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 78.

<sup>440</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 78.

<sup>441</sup> S. zur marktfunktionalen Begründung schon D.IV.2.b)aa).

<sup>442</sup> *Grünberger/Jansen*, in: *Grünberger/Jansen* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, S. 1, 34; für *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 63 ein „institutionelles Bein“ der Wissensteilung.

<sup>443</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 41 f.; der Vertrag ist die Institution, mit der das Recht normalerweise das Wirtschaftssystem mit anderen Funktionssystemen strukturell koppelt, s. *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 463 ff.; vgl. auch *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 355.

<sup>444</sup> Vgl. *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 63; *ders.*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 279, 282.

<sup>445</sup> *Wielsch*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 295.

<sup>446</sup> Vgl. *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 5 f.; *Grünberger/Jansen*, in: *Grünberger/Jansen* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, S. 1, 30.

<sup>447</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 46.

<sup>448</sup> *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77, 82.

deshalb so rekonfiguriert werden, dass es nicht nur die Wissensteilung des Wirtschaftssystems, sondern etwa auch die des Wissenschafts- und Kunstsystems stabilisiert.<sup>449</sup> In diesem Zusammenhang mehrten sich Forderungen nach einem stärker umweltsensiblen<sup>450</sup> oder relationalen<sup>451</sup> Urheberrecht.

Diese Aufgabe erfüllen „Zugangsregeln“.<sup>452</sup> Der von *Wielsch* geprägte Begriff ist ein Gegenbegriff zum Verbotsrecht: Er bezeichnet die rechtliche Möglichkeit, eine werkbezogene Handlung zustimmungsfrei vorzunehmen.<sup>453</sup> Im Gegensatz zu Schrankenbestimmungen realisieren Zugangsregeln allerdings kein Individual- oder Allgemeininteresse an Nutzungen, sondern stimmen Ausschließlichkeitsrecht und Nutzungsfreiheit *systemspezifisch* ab.<sup>454</sup> Ihr Referenzpunkt sind soziale Systeme: „Zugangsregeln sind gerichtet auf den Erhalt der kognitiven Funktionsbedingungen genau jenes sozialen Systems, als dessen kommunikatives Ereignis sich der immaterialgüterrechtliche Schutzgegenstand darstellt.“<sup>455</sup> Dazu gewährleisten sie die wissenschaftlichen, künstlerischen oder anderen Freiheiten, die eine dezentrale Wissenserzeugung in den verschiedenen Systemen erfordert.<sup>456</sup>

### c) Bedeutung von Handlungslasten

Handlungslasten des Urhebers sind ein dogmatischer Baustein solcher Zugangsregeln. Sie helfen dem Urheberrecht<sup>457</sup> bei der Reflexion seiner Umwelt. Wenn man den Begriff der Zugangsregeln im „Modus der Rekonstruktion“<sup>458</sup> einsetzt, lässt sich eine solche Reflexivität der Anwendungsfälle nachweisen. Sie besteht darin, das Recht auf die tatsächlichen Bedürfnisse der Wissensteilung im Wirtschaftssystem einzustellen.

Das Rechtssystem erbringt Leistungen für die Wissensteilung im Wirtschaftssystem insbesondere in zwei Hinsichten: einerseits, indem es exklusive Rechte an Werken vergibt,<sup>459</sup> andererseits, indem es das Institut des Vertrages als struktu-

<sup>449</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 47, 271.

<sup>450</sup> Vgl. *Grünberger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1, 10 ff.

<sup>451</sup> Vgl. *Wielsch*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 297 ff.

<sup>452</sup> Grundlegend *Wielsch*, Zugangsregeln.

<sup>453</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 63 ff.

<sup>454</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 65, 80; *ders.*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 305; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 906 f.

<sup>455</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 80; vgl. auch *ders.*, ZGE/IPJ 5 (2013), 274, 275.

<sup>456</sup> *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 65; *ders.*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, S. 268, 279, 296.

<sup>457</sup> Im Patentrecht findet sich eine Zugangsregel in Form einer Handlungslast in der Rechtsprechung des EuGH zu standardessentiellen Patenten, vgl. dazu *Grünberger/Jansen*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, S. 1, 38. S. auch bereits allgemein D.IV.1.b)aa).

<sup>458</sup> *Wielsch*, in: Grünberger/Jansen (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, S. 268, 279.

<sup>459</sup> *Grünberger*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, S. 1, 5.

relle Kopplung zwischen dem ökonomischen System und anderen Funktionssystemen bereithält.<sup>460</sup> In den Anwendungsfällen fordert das ökonomische System diese Leistungen aber gar nicht. Die Zugangsbeschränkung ist dort nach ökonomischen Maßstäben nicht gerechtfertigt, weil Transaktionen an verschwenderischen oder prohibitiv hohen Transaktionskosten scheitern. Allerdings zeigt sich das Recht für diese Bedürfnisse nicht ausreichend sensibilisiert.<sup>461</sup> Es vergibt die exklusiven Befugnisse ohne Berücksichtigung der Umstände, reflektiert also nicht, wann sie vom ökonomischen System verlangt sind.<sup>462</sup>

Handlungslasten des Urhebers beheben dieses Problem, indem sie Exklusivität nur nach Bedarf und auf Anforderung erteilen. Wenn Urheber der Handlungslast nachkommen, bauen sich zugleich Informationsasymmetrien ab,<sup>463</sup> sodass Transaktionen wieder stattfinden können.<sup>464</sup> Das Rechtssystem schränkt die Nutzungsfreiheit also nur dann zugunsten der Logik des ökonomischen Systems ein, wenn das ökonomische System es fordert – weil es sich für den Urheber lohnt *und* der Marktmechanismus wirken kann. Handlungslasten fungieren so als Zugangsregeln, weil sie dafür sorgen, dass das Rechtssystem die Irritation des Wirtschaftssystems aufnehmen kann, ob es eines exklusiven Schutzes bedarf.<sup>465</sup>

Konkretisieren lässt sich das exemplarisch anhand der Anwendungsfälle der Bildersuchmaschinen und Verlinkungen, die das Medium Internet betreffen sowie des TDM, verwaister und nicht verfügbarer Werke, die die Wissensteilung im Wissenschaftssystem involvieren.

#### *aa) Medium Internet*

Bildersuchmaschinen und Verlinkungen haben eine große Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Internets: Damit Inhalte überhaupt aufgefunden werden können, ist das Internet auf automatisierte Such- und Indexierungsmöglichkeiten für Suchmaschinen und Verlinkungen angewiesen.<sup>466</sup> Als Kommunikationsmedium beeinflusst das Internet zugleich, in welcher Form Wissensteilung in angeschlossenen Systemen vonstatten geht.<sup>467</sup> Wenn Werke sich für Anschluss-

<sup>460</sup> Zum Begriff der strukturellen Kopplung *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 440 ff.

<sup>461</sup> Für verwaiste Werke *Grünberger*, *ZGE/IPJ* 4 (2012), 321, 355 f.

<sup>462</sup> Vgl. in Bezug auf Familie und Privatheit s. *Köhler*, *Die Haftung privater Internetanschlussinhaber*, S. 110, 121 ff.

<sup>463</sup> S. dazu bereits D.IV.1.b)cc)(3).

<sup>464</sup> Zur effizienzsteigernden Wirkung s. D.IV.2.b)bb)(3).

<sup>465</sup> Sie sind damit auch Anwendungsfall einer umweltsensiblen, responsiven Rechtswissenschaft, vgl. grundlegend *Grünberger*, *AcP* 218 (2018), 213, 243 ff.; *ders.*, *AcP* 219 (2019), 924, 930 ff.

<sup>466</sup> *Grünberger/Jansen*, in: *Grünberger/Jansen* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, S. 1, 31; *Wielsch*, *Zugangsregeln*, S. 256 spricht in Bezug auf Verlinkungen treffend von einem „Geflecht von semantischen Verweisungen“.

<sup>467</sup> *Wielsch*, *Zugangsregeln*, S. 235.

nutzungen im Internet nicht rechtmäßig auffindbar machen lassen, kann Wissen dezentral schlechter aktualisiert werden. In den Anwendungsfällen der Bildersuche und Verlinkungen wird deshalb nicht nur die Funktionsfähigkeit des Mediums Internet verhandelt, sondern auch über die Wissensteilung in angeschlossenen Systemen entschieden.<sup>468</sup>

Das Urheberrecht und das Internet folgen vollkommen unterschiedlichen Handlungslogiken: „Das Netz basiert auf einer dezentralen und nicht kontrollierten Form der Wissensteilung, in der Werke nichts anderes als qualifizierte Kommunikationen sind, die permanent zum Gegenstand von weiteren Anschlusskommunikationen gemacht werden.“<sup>469</sup> Insofern ist auch von einer „Zugangskultur“<sup>470</sup> oder „Referenzkultur“<sup>471</sup> die Rede. Demgegenüber folgt das Urheberrecht der Handlungslogik des Wirtschaftssystems, wonach die Entscheidung, welche technisch möglichen Formen der Wissensteilung erfolgen dürfen, im Belieben des Urhebers steht.<sup>472</sup> Dadurch expandiert die Eigentumslogik des Wirtschaftssystems auf andere Funktionssysteme – das Recht berücksichtigt nur eine Handlungslogik, statt allen betroffenen gerecht zu werden.<sup>473</sup> Es bedarf deshalb Zugangsregeln. Zudem weist das Internet als *digitales* Medium eine Besonderheit auf:<sup>474</sup> Bei analogen Medien betrifft das Urheberrecht nur die Verfügbarkeit eines Inhalts, erfasst aber das Medium selbst nicht. Bei digitalen Medien hingegen konvergieren Inhalt und Medium – Rechte an den digitalen Inhalten drohen daher zu Rechten am Medium selbst zu werden. Zugangsregeln müssen daher *medienspezifisch* verfasst sein.

Eine Handlungslast des Urhebers kann in den genannten Anwendungsfällen als eine solche medienspezifische Zugangsregel gedeutet werden: Sie entzieht die Nutzungshandlungen zunächst der Kontrolle des Urhebers und ermöglicht so die Wissensteilung. Zwar kann der Urheber die Kontrolle wieder an sich ziehen – doch muss er sich dazu der Sprache des Kommunikationsmediums Internet bedienen. Vorbehalte sind nur dann wirksam, wenn sie technikverständlich in Form von Code ausgedrückt sind.<sup>475</sup> Dann können sie nämlich automatisiert verarbeitet werden, sodass die Funktionsfähigkeit des Internets trotz Zustimmungsvorbehalt gewährleistet ist.<sup>476</sup> Die Möglichkeiten rechtserheblichen Ver-

---

<sup>468</sup> Wenn sich die die Funktionsweise des Mediums ändert, ändert sich daher auch die Funktionsweise der betroffenen sozialen Systeme, s. *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 236 ff.; *Grünberger/Jansen*, in: *Grünberger/Jansen* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, S. 1, 39.

<sup>469</sup> *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 906.

<sup>470</sup> *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77.

<sup>471</sup> *Raue*, ZGE/IPJ 9 (2017), 514.

<sup>472</sup> *Grünberger/Jansen*, in: *Grünberger/Jansen* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, S. 1, 30, 39 f.

<sup>473</sup> Vgl. *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 906; *ders./Jansen*, in: *Grünberger/Jansen* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie heute*, S. 1, 30.

<sup>474</sup> Zum folgenden *Wielsch*, Zugangsregeln, S. 235 f., 260.

<sup>475</sup> S. dazu bereits D.II.1.a)bb).

<sup>476</sup> Vgl. *Wielsch*, GRUR 2011, 665, 672.

haltens orientieren sich also an der Funktionalität des Mediums: „Der Sinn von Kommunikation wird nicht mehr (allein) anhand der Verständnismöglichkeiten von Menschen, sondern durch die Operationsweise des Mediums selbst bestimmt“.<sup>477</sup>

#### *bb) Wissenschaft*

Relevanz für die Wissensteilung im Wissenschaftssystem haben die Anwendungsfälle der verwaisten und nicht verfügbaren Werke und des TDM. Wissenschaftler haben ein legitimes Interesse an einer Zugangsmöglichkeit zu verwaisten und nicht verfügbaren Werken, weil sie Bestandteil des kulturellen Erbes sind.<sup>478</sup> Das TDM betrifft eine spezielle *Art* des Zugriffs auf die in einem Werk verkörperten Informationen, um neues Wissen zu generieren. Indem das Urheberrecht Nutzungen grundsätzlich von einer Zustimmung des Urhebers abhängig macht, stehen die Werke für die Aktualisierung im Wissenschaftssystem nicht ohne Weiteres zur Verfügung. Die Funktionslogik des wissenschaftlichen Systems, der freie wissenschaftliche Diskurs, kollidiert deshalb mit der Rationalität des Wirtschaftssystems. Normalerweise stellt das Recht für diesen Fall das Institut des Vertrages als strukturelle Kopplung zwischen Wirtschafts- und Wissenschaftssystem bereit. Inwiefern durch Verträge der Eigenlogik des Wissenschaftssystems überhaupt genüge getan wird, kann an dieser Stelle dahinstehen.<sup>479</sup> Denn in den Anwendungsfällen sind Transaktionen über Nutzungsbefugnisse zum Scheitern verurteilt: Im Falle des TDM bestehen prohibitiv hohe Transaktionskosten; für verwaiste Werke signalisiert der Rechtsinhaber seine Inhaberschaft nicht, es gibt also keinen Transaktionspartner; und für nicht verfügbare Werke fehlt es mangels Angebots an einem Markt. Die Wissensteilung käme also zum Erliegen.

Die Anwendungsfälle lösen die Konfliktlage grundsätzlich zugunsten der Logik des Wissenschaftssystems auf: Der Zustimmungsvorbehalt ist im Regelfall aufgehoben; durch die Handlungslast können Rechtsinhaber die Verbotsmacht aber an sich ziehen. Im Falle des TDM muss das erneut medienspezifisch in der Sprache des Internets erfolgen, wenn die Werke online zugänglich sind. Dadurch wird die Transaktionskostenproblematik entschärft, denn Nutzer können automatisiert feststellen, welche Werke erlaubnisfrei zugänglich sind. Das Recht stabilisiert also die Bedingungen, die für die Aktualisierung von Wissen im Wissenschaftssystem gegeben sein müssen – berücksichtigt aber gleichzeitig auch die ökonomische Rationalität, ohne dass eine Nutzungspraktik die andere *zwingend*

<sup>477</sup> *Wielsch*, in: Lomfeld (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft*, S. 125, 129 Fn. 15.

<sup>478</sup> Vgl. zu verwaisten Werken *Grünberger*, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 355.

<sup>479</sup> Vgl. zum Kunstsystem BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 97 f. – Metall auf Metall, wonach eine Lizenzierungsmöglichkeit gerade keinen ausreichenden Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit bietet. Das Argument, dass der Urheber eine Lizenzierung willkürlich verweigern kann, gilt auch für die Wissenschaftsfreiheit.

unterläuft.<sup>480</sup> Für verwaiste Werke ergibt sich ein ähnlicher Ausgleich: Sobald der Rechtsinhaber für die Transaktion wieder am Markt zur Verfügung steht, kann der Vertrag als strukturelle Kopplung wieder greifen. Dann endet auch die erlaubnisfreie Nutzungsmöglichkeit. Im Fall nicht verfügbarer Werke ginge das Urheberrecht fehl, die ökonomische Rationalität abzusichern, solange der Urheber kein Interesse an der marktförmigen Verwertung anzeigt. Erst wenn er seiner Handlungslast nachkommt, signalisiert er ein Amortisationsinteresse und erst dann ist es geboten, ihm „Handlungsmöglichkeiten im Wirtschaftssystem“<sup>481</sup> zu verschaffen. Die Handlungslast sensibilisiert das Recht also dafür, die wirtschaftliche Logik nur dann zu begünstigen, wenn die strukturelle Kopplung zum Wissenschaftssystem zur Verfügung steht (verwaiste Werke) und zum Einsatz kommen soll (nicht verfügbare Werke).

#### d) Zwischenergebnis

Unter dem Konzept der Zugangsregeln vollzieht sich ein Perspektivwechsel vom Urheber als kreatives Individuum auf gesellschaftliche Funktionssysteme. Das Urheberrecht hat Einfluss auf die Entwicklung dieser Systeme, weil es den Gebrauch von Werken steuert, also auch Kommunikationen des jeweiligen Systems regelt. Da Nutzungen einer Erlaubnis bedürfen, kann innerhalb der Systeme dezentrales Wissen nicht ausreichend mobilisiert werden. Es ist nur im Wege marktförmiger Transaktionen erhältlich, was den Bedürfnissen der einzelnen Systeme abgesehen vom Wirtschaftssystem nicht gerecht wird. Beispielsweise greift das Urheberrecht auf die Steuerungsmöglichkeit im Medium Internet über, indem Verlinkungen und Bildersuchmaschinen erlaubnispflichtig werden. Das Wissenschaftssystem etwa ist betroffen, indem das Urheberrecht mit dem TDM eine Technik zur Gewinnung von Wissen von der Zustimmung des Urhebers abhängig macht. Um das Urheberrecht für die Bedürfnisse der Funktionssysteme zu sensibilisieren, braucht es deshalb Irritationspunkte. Diese Funktion erfüllen Handlungslasten des Urhebers. Sie zeigen dem Rechtssystem, wann das Wirtschaftssystem auf ein Exklusivrecht überhaupt angewiesen ist. Sie fungieren so als dogmatischer Baustein von Zugangsregeln, indem sie dazu beitragen, den Inhalt des Schutzrechts nach den Ausübungsbedingungen auszudifferenzieren.

<sup>480</sup> Es ist allerdings eine andere Frage, ob die Wissensteilung im Wissenschaftssystem durch das Erfordernis, eine Lizenz einzuholen, unterlaufen wird, vgl. wie zuvor für das Kunstsystem BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 96 ff. – Metall auf Metall.

<sup>481</sup> Wielsch, Zugangsregeln, S. 63.

## V. Vereinbarkeit mit internationalem Urheberrecht

Das Urheberrecht beruht auf einem Mehrebenensystem aus nationalen und internationalen Vorgaben. Um Handlungslasten des Urhebers als allgemeine Rechtsfigur zu entwickeln, ist deshalb auch ihre Stellung im internationalen Urheberrecht zu untersuchen. Dazu sollen sie im Folgenden am Maßstab der internationalen Vorgaben gemessen werden.

### 1. Formalitätenverbot

Eine Grenze von Handlungslasten des Urhebers markiert zunächst das Verbot von Formalitäten. Es ist als wichtige Säule des internationalen Urheberrechts etwa in Art. 5 Abs. 2 RBÜ, Art. 9 Abs. 1 S. 1 TRIPS und Art. 3 WCT verankert. Ursprünglich waren Formalitäten konventionsrechtlich zulässig und weit verbreitet. Als im 19. Jahrhundert das internationale Urheberrecht an Bedeutung gewann, wurden sie aber zunehmend kritisch gesehen.<sup>482</sup> Durch die RBÜ von 1908 wurden Formalitäten schließlich für den Genuss und die Ausübung der Rechte gänzlich verboten. Diese Fassung ist bis heute in Kraft.

Für Handlungslasten hat das Formalitätenverbot Relevanz, weil Lasten wie formelle Vorgaben für den Urheberrechtsschutz wirken: Erst wenn eine Handlungslast erfüllt ist, können Urheber ihr Recht in einem bestimmten Umfang geltend machen.<sup>483</sup> Allerdings wirft die Interpretation des Formalitätenverbots viele Fragen auf.<sup>484</sup> Weil eine Tendenz zu einer strikt „wortlautgesteuerte[n]“<sup>485</sup> Auslegung des Verbots besteht, wird es häufig als Hemmnis für die Weiterentwicklung des Urheberrechts wahrgenommen und ist in Kritik geraten.<sup>486</sup> Eine Interpretation, die sich auf den Wortlaut beschränkt, ist allerdings methodisch verfehlt. Die Bestimmung ist auch im Lichte ihres Zweckes und – wo Unklarheiten bestehen – mit Rücksicht auf vorbereitende Arbeiten zur RBÜ auszulegen (vgl. Art. 31 f. Wiener Vertragsrechtskonvention<sup>487</sup>).

<sup>482</sup> Umfassend zur Geschichte *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 123 ff.

<sup>483</sup> Diskutiert wird deshalb, ob Opt-out-Gestaltungen das Formalitätenverbot verletzen, vgl. etwa zu Verlinkungen *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 911; *von Welser*, GRUR-Prax 2021, 206; *Tiessen*, IWRZ 2021, 124; *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439; zur Bildersuche *Guibault*, JIPITEC 1 (2010), 55, 57 Rn. 12; allgemein *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745; *Greenberg*, UCLA L. Rev. 59 (2011), 1028.

<sup>484</sup> Vgl. *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 160: „[...] no one appears to have a clear answer as to where the prohibition begins or ends“.

<sup>485</sup> *Grünberger*, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 421, 428.

<sup>486</sup> Vgl. zur Auslegung *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 160, 201; *Carroll*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1511, 1512; s. zur Kritik etwa die Beiträge des Symposiums „Reform(aliz)ing Copyright for the Internet Age?“, abgedruckt in Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), sowie *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 485.

<sup>487</sup> Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969.

### a) Anwendungsbereich

Das Formalitätenverbot nach Art. 5 Abs. 2 RBÜ hat einen beschränkten territorialen Anwendungsbereich. Lediglich Genuss und Ausübung der in Art. 5 Abs. 1 RBÜ bezeichneten Rechte dürfen nicht an die Erfüllung von Formalitäten gebunden sein.<sup>488</sup> Urheber genießen diese Rechte „in allen Verbandsländern mit Ausnahme des Ursprungslandes des Werkes“ (Art. 5 Abs. 1 RBÜ). Im Ursprungsland des Werkes richtet sich der Schutz des Urhebers dagegen ausschließlich nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften (Art. 5 Abs. 3 RBÜ). Vom Formalitätenverbot der RBÜ<sup>489</sup> sind daher nur internationale Sachverhalte unmittelbar erfasst.<sup>490</sup> Die Mitgliedstaaten sind deshalb frei, die Rechte bei reinem Inlandsbezug von der Erfüllung von Formalitäten abhängig zu machen.<sup>491</sup>

Nach Art. 5 Abs. 1 RBÜ genießen ausländische Urheber nicht nur die konventionseigenen Mindestrechte, sondern auch die Rechte, die ein Mitgliedstaat seinen inländischen Urhebern gewährt (sog. Inländerbehandlung). Wenn Mitgliedstaaten diese zweitgenannten Rechte gegenüber inländischen Urhebern an die Erfüllung von Formalitäten knüpfen, ist fraglich, ob die Formalität dann auch von ausländischen Urhebern erfüllt werden muss. Dafür spricht eine Interpretation der Inländerbehandlung als Nichtdiskriminierungsprinzip: Wenn auch inländische Urheber die Formalität zu beachten hätten, würden ausländische Urheber nicht diskriminiert, sondern bloß gleichbehandelt. Das läuft allerdings dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1, 2 RBÜ zuwider, der keine solche Einschränkung enthält. Außerdem soll das Formalitätenverbot gerade den Schwierigkeiten ausländischer Urheber vorbeugen, in vielen verschiedenen fremden Ländern Formalitäten zu erfüllen.<sup>492</sup> Daher gilt das Formalitätenverbot auch im Rahmen der Inländerbehandlung.

### b) Förmlichkeit bezüglich Genuss und Ausübung

#### aa) Begriff der Förmlichkeit

In das internationale Urheberrecht hat der Begriff der Förmlichkeit (englisch *formality*, auf Deutsch auch „Formalität“) über Art. 2 Abs. 2 Berner Übereinkunft 1886 Einzug gefunden. Damals war Ursprungsländern noch erlaubt, den Genuss der Konventionsrechte von „Bedingungen und Förmlichkeiten“ abhän-

<sup>488</sup> Vgl. *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 750.

<sup>489</sup> Das gilt ebenso für TRIPS und WCT, dazu *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 162.

<sup>490</sup> *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 162.

<sup>491</sup> Vgl. *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 161 f.; *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 746. Sie sehen normalerweise allerdings davon ab, um inländische Urheber nicht schlechter als ausländische zu behandeln, vgl. *Ricketson/Ginsburg*, *International Copyright*, Rn. 6.90, 6.92.

<sup>492</sup> *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 167; *Schellekens*, *JIPITEC* 12 (2022), 439, 5 f. Rn. 24.

gig zu machen. Darunter sollte alles fallen, was für die Entstehung von Rechten an einem Werk beachtet werden musste (sog. Voraussetzungen) – nicht aber die Konsequenzen des Schutzes (sog. Wirkungen).<sup>493</sup> Es begegnet allerdings Zweifeln, ob die Ursprungsländer tatsächlich so weitreichende Formalitäten für die Schutzentstehung vorsehen durften;<sup>494</sup> viel spricht dafür, dass nur solche Formalitäten zulässig waren, die *nach* der Schöpfung greifen.<sup>495</sup>

Bei der Berlin-Revision der Übereinkunft im Jahr 1908 wurde die Vorschrift schließlich in ein Verbot umgewandelt und im Wortlaut auf „Förmlichkeiten“ beschränkt. Dennoch sollten davon auch Bedingungen im Sinne der Übereinkunft von 1886 umfasst sein.<sup>496</sup> Die federführenden deutschen Vertreter unterschieden deshalb zwischen verbotenen Formalitäten und *conditions extrinsèques* auf der einen Seite sowie zulässigen *conditions internes* auf der anderen Seite.<sup>497</sup> Zu den verbotenen Formalitäten zählten etwa die Hinterlegung von Werkexemplaren, eine Registrierung und andere Erklärungen gegenüber einer öffentlichen Stelle; zu den verbotenen *conditions extrinsèques* Bedingungen wie ein Rechtevorbehalt, ein Hinweis auf den Urheber oder andere Zeichen auf Werkexemplaren.<sup>498</sup> Zulässig als *conditions internes* waren dagegen Vorschriften, „bei denen es sich um den sachlichen Inhalt des Urheberschutzes handelt“<sup>499</sup>. Dazu gehörten jedenfalls die den Schutz konstituierenden Elemente wie das Erfordernis der Originalität und die Trennung von Idee und Ausdruck.<sup>500</sup> Diese Unterscheidung hat einige Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Übereinkunft geleitet; auch die heute herrschende Meinung hat sich ihr angeschlossen.<sup>501</sup>

<sup>493</sup> *Bogsch*, Berne Convention Centenary 1886–1986, S. 95. Diese Unterscheidung stammt vom Mitglied der deutschen Delegation *Dr. Meyer*. Die Konferenz hat sich dem angeschlossen.

<sup>494</sup> Danach wären Anforderungen der Schutzfähigkeit wie ein Originalitätserfordernis oder die Trennung von Idee und Ausdruck (*idea-expression-dichotomy*) als Bedingung zu behandeln gewesen. Die Frage der Schutzfähigkeit hätte insgesamt in der Hand des Ursprungslandes gelegen, obwohl sie eigentlich im Rahmen der Inländerbehandlung geklärt werden sollte, vgl. *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 181.

<sup>495</sup> *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 181 f.

<sup>496</sup> *Ricketson/Ginsburg*, *International Copyright*, Rn. 6.103; *Peukert*, *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 28 (2005), 1, 62; *Ginsburg*, *B.U. L. Rev.* 96 (2016), 745, 750.

<sup>497</sup> *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 186.

<sup>498</sup> *Ricketson/Ginsburg*, *International Copyright*, Rn. 6.103; *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 186 f.

<sup>499</sup> So das Zitat von *Dungs* bei *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 188 Fn. 138.

<sup>500</sup> *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 187.

<sup>501</sup> *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 187 f. m.w.N. vgl. auch *Peukert*, *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 28 (2005), 1, 63, der m.w.N. eine Unterscheidung zwischen verbotenen Formalitäten bzgl. der Genese und Formalitäten, die lediglich den Umfang des Urheberrechts betreffen, für immer noch gültig hält.

### bb) Genuss und Ausübung der Rechte

Dass Mitgliedstaaten Formalitäten vorsehen, ist mit Art. 5 Abs. 2 RBÜ grundsätzlich vereinbar. Es wird erst dann unzulässig, wenn die Formalitäten für den Genuss und die Ausübung von Rechten erfüllt werden müssen.<sup>502</sup>

#### (1) Genuss

Der Genuss meint die Existenz des Urheberrechts. Dazu gehört zum einen das Entstehen, zum anderen das Bestehenbleiben des Schutzes.<sup>503</sup> Förmlichkeiten sind deshalb unzulässig, wenn der urheberrechtliche Schutz nur bei ihrer Erfüllung eintritt, beispielsweise bei konstitutiven Formalitäten wie Registrierungserfordernissen. Förmlichkeiten sind außerdem unzulässig, wenn sie erfüllt werden müssen, damit ein einmal entstandenes Urheberrecht fortbesteht.

#### (2) Ausübung

Weniger klar ist dagegen, was unter der Ausübung der Rechte zu verstehen ist. Bei der Umgestaltung der Vorschrift zum Verbot im Jahr 1908 befürchtete man, dass Urheber zwar in den Genuss eines formfreien Schutzes kämen, dessen Geltendmachung aber wiederum von Formalitäten abhängig gemacht würde.<sup>504</sup> Ausübung bedeutet daher in erster Linie *Durchsetzung* des Rechts.<sup>505</sup> Voraussetzungen wie eine Registrierungspflicht, um das Urheberrecht gerichtlich geltend zu machen, sind daher unzulässig.<sup>506</sup>

Eine – nicht immer offengelegte – Auslegungsfrage ist, ob zur Ausübung auch die Rechtsbehelfe (*means of redress*) des Urhebers gehören. Teilweise sieht man einen Verstoß gegen das Formalitätenverbot schon darin, dass Urheber eine Förmlichkeit erfüllen müssen, um ihr Recht mittels Unterlassungsansprüchen exklusiv zu verwerten,<sup>507</sup> teilweise werden die Rechtsbehelfe aber auch außerhalb

---

<sup>502</sup> Wenn ex ante unklar ist, ob eine Formalität für Genuss und Ausübung zwingend erfüllt werden muss, sie aber Beeinträchtigungen mit Sicherheit auszuschließen vermag, spricht man von sog. „informal formalities“, s. *Tratos*, Intell. Prop. Brief 3 (2012), 18. Nach einer teleologischen Auslegung sind auch sie vom Verbot erfasst. Die Schwierigkeiten für Urheber, Formalitäten unbekannter Mitgliedsstaaten für den Schutz erfüllen zu müssen, stellen sich auch hier: Wenn nicht absehbar ist, ob eine Formalität zwingend zu erfüllen ist oder unerheblich bleiben wird, werden Urheber sie im Zweifel nämlich erfüllen müssen.

<sup>503</sup> *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 6.103; *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 194 ff.; *Ginsburg*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1590; *dies.*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 746.

<sup>504</sup> Vgl. *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 200 f.; *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 6.104.

<sup>505</sup> *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439, 442 Rn. 14.

<sup>506</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 200.

<sup>507</sup> Vgl. etwa *Peukert*, Hastings Comm. & Ent. L.J. 28 (2005), 1, 67; *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 6.108; *Ginsburg*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1593; *dies.*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 754 f., 763 f.

des Anwendungsbereiches des Verbots angesiedelt.<sup>508</sup> Weil die Anwendungsfälle gerade das Verbotsrecht betreffen, ist diese Frage vorgelagert im Wege der Auslegung zu klären:

Der Wortlaut der Norm spricht von der „Ausübung“ (*exercise*) der Rechte. Zur Ausübung können sowohl die gerichtliche Durchsetzung, als auch andere Arten des Rechtsgebrauchs zählen, wie etwa die Einräumung oder Wahrnehmung eines Rechts.<sup>509</sup> Deshalb ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass auch die Verwertung im Exklusivmodus Teil der Ausübung ist.

Systematisch auffällig ist die Trennung der Sätze 1 und 2 in Art. 5 Abs. 2 RBÜ: Satz 1 statuiert das Formalitätenverbot in Bezug auf Genuß und Ausübung von *Rechten* und macht sie unabhängig vom Schutz im Ursprungsland. In Satz 2 heißt es anschließend: „Infolgedessen richten sich der Umfang des Schutzes sowie die dem Urheber zur Wahrung seiner Rechte zustehenden *Rechtsbehelfe* ausschließlich nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem der Schutz beansprucht wird, soweit diese Übereinkunft nichts anderes bestimmt“ (Herv. v. Verf.). Diesem Satz wird eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen: *Sprigman* sieht darin eine Trennung zwischen Stammrecht und Rechtsfolge angelegt. Rechtsfolgen regelt die RBÜ – unstrittig – nur ausnahmsweise.<sup>510</sup> Weil das Formalitätenverbot sich auf Genuss und Ausübung nur von Rechten beziehe, seien Rechtsfolgen ohne ausdrückliche Anordnung davon nicht erfasst. Da sie nach Satz 2 ausschließlich dem Schutzland oblägen, könne „Ausübung“ von Rechten in Satz 1 folglich nur die Haftungsbegründung betreffen.<sup>511</sup> *Ginsburg* sieht dagegen keine Trennung zwischen Recht und Rechtsfolge für das Formalitätenverbot. Zwar stellten die Schutzländer die Rechtsfolgen bereit, doch könnten sie nicht selektiv Formalitäten einführen.<sup>512</sup> Anderenfalls bliebe vom Verbot nicht viel übrig.<sup>513</sup> Danach bleiben Rechtsfolgen Gegenstand des Formalitätenverbots.

Selbst wenn man dieser Ansicht *Ginsburgs* folgt und die Rechtsbehelfe zur Ausübung zählt, muss das allerdings nicht bedeuten, dass jede Formalität unzulässig ist, die für ein exklusives Recht zu erfüllen ist. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ bezieht sich nämlich auf „Ausübung“ an sich – nicht eine spe-

<sup>508</sup> Vgl. etwa *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 187 f., 210 f.; *Sprigman*, *Stan. L. Rev.* 57 (2004), 485, 557 ff.; *ders.*, *Berkeley Tech. L.J.* 28 (2013), 1565, 1568 ff.; *Gervais*, *Stan. Tech. L. Rev.* 1 (2011), 1, 3 Fn. 25.

<sup>509</sup> Vgl. *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 201; *Ficsor*, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO*, BC-5.8.: „aspect of enforcement of rights“.

<sup>510</sup> Etwa in Art. 16 Abs. 1 RBÜ zur Beschlagnahme unbefugt hergestellter Werkstücke.

<sup>511</sup> *Sprigman*, *Berkeley Tech. L.J.* 28 (2013), 1565, 1570 f.

<sup>512</sup> „Over and above the national treatment rule, they remain subject to the overall no-formalities proviso“, so *Ginsburg*, *Berkeley Tech. L.J.* 28 (2013), 1583, 1593; *dies.*, *B.U. L. Rev.* 96 (2016), 745, 754 f.

<sup>513</sup> *Ginsburg*, *B.U. L. Rev.* 96 (2016), 745, 763: „[...] if the no-formalities rule did not apply to national means of redress, the rule would be substantially eviscerated“.

zielle Art der Ausübung.<sup>514</sup> Das Verbot lässt sich auch so deuten, dass es nur einschlägig ist, wenn die Ausübung *insgesamt* und nicht nur hinsichtlich einer Art von einer Bedingung abhängig ist.<sup>515</sup> Dafür spricht zunächst das Telos des Verbots: Es soll Urheber von den Strapazen entlasten, den Schutz im Ursprungsland nachweisen oder mit Formalitäten aus unbekannten Rechtsordnungen umgehen zu *müssen* – und nicht eine bestimmte Art der Ausübung erleichtern.<sup>516</sup> Unter dieser Auslegung besteht auch nicht die Gefahr, die Grenzen zwischen der Ausübung auf der einen und den Konsequenzen des Schutzes auf der anderen Seite zu verwischen. Letztere sollen nach allgemeiner Ansicht gerade nicht vom Formalitätenverbot erfasst sein.<sup>517</sup>

Diese Auslegung steht auch im Einklang mit der von *Ginsburg* vertretenen Unterscheidung zwischen dem *Who* und *Whether* der Ausübung: Formalitäten, die das „Wer“ der Ausübung betreffen, berühren danach nicht die Ausübung des Rechts, sondern bloß die Inhaberschaft.<sup>518</sup> Erst wenn das „Ob“ der Ausübung von einer Formalität abhängt, greift Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ.<sup>519</sup> Danach kann nicht jede Bedingung unzulässig sein, die Urheber für ein Verbotsrecht erfüllen müssen. Denn auch, wenn eine Formalität zulässigerweise bloß in Bezug auf die Inhaberschaft des Rechts („Wer“) besteht, ist die exklusive Verwertung faktisch einer Formalität unterworfen.

Schließlich lässt sich auf diesem Wege auch eine sinnvolle Abgrenzung zum Drei-Stufen-Test erreichen. Auffällig häufig vermischen sich Argumentationen zum Formalitätenverbot mit der Frage, ob eine Regelung dem Drei-Stufen-Test standhält.<sup>520</sup> Zwar sind der Drei-Stufen-Test und das Formalitätenverbot eng verbunden – Wertungen des Drei-Stufen-Tests dürfen aber nicht ohne weiteres dem Formalitätenverbot untergeschoben werden und andersherum. Wenn eine Regelung dem Drei-Stufen-Test standhält, muss sie nicht auch mit dem Formalitätenverbot konform sein. Zu einer verbotenen Formalität wird sie wiederum

<sup>514</sup> *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 208.

<sup>515</sup> Vgl. *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 208, 212; *Peukert*, *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 28 (2005), 1, 64, der sich aber anschließend aus anderen Gründen (u.A. Drei-Stufen-Test) dagegen entscheidet; anders dagegen *Ficsor*, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO*, BC-5.8.: „[...] if *certain* remedies are only available if some formalities are fulfilled [...], it is in conflict with the principle of formality-free protection“ (Herv. vom Verf.).

<sup>516</sup> Zum Telos des Verbots *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 137, 146 f.

<sup>517</sup> S. dazu bereits D.V.1.b)aa). Die Unterscheidung von *Dr. Meyer*, s. *Bogsch*, *Berne Convention Centenary 1886–1986*, S. 94, ist noch heute gültig; vgl. *van Gompel*, *Formalities in Copyright Law*, S. 187 f.; *Ricketson/Ginsburg*, *International Copyright*, Rn. 6.103; *Peukert*, *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 28 (2005), 1, 63.

<sup>518</sup> *Ginsburg*, *Columbia Journal of Law & the Arts* 33 (2010), 311, 316; *dies.*, *Columbia Public Law Research Paper No. 14–564* / 2017, 3.

<sup>519</sup> Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, *International Copyright*, Rn. 6.105; *Ginsburg*, *B.U. L. Rev.* 96 (2016), 745, 772 f., 775; *dies.*, *Columbia Public Law Research Paper No. 14–564* / 2017, 3.

<sup>520</sup> So etwa bei *Peukert*, *Hastings Comm. & Ent. L.J.* 28 (2005), 1, 61 ff.; *Ginsburg*, *Berkeley Tech. L.J.* 28 (2013), 1583, 1594 f.; *dies.*, *B.U. L. Rev.* 96 (2016), 745, 770.

nur, weil Genuss und Ausübung von Förmlichkeiten abhängen, nicht dagegen, weil sie gegen den Drei-Stufen-Test verstößt.<sup>521</sup>

Folglich gehört es zwar zur Ausübung der Rechte, über ein Verbotsrecht zu verfügen. Das Formalitätenverbot ist aber erst dann berührt, wenn die Ausübung insgesamt von einer Förmlichkeit abhängig ist. Deshalb ist nicht jede Formalität verboten, die Urheber für ein negatives Verbotsrecht erfüllen müssen.

### *c) Einordnung von Handlungslasten*

Nachdem die Voraussetzungen abstrakt geklärt sind, stellt sich die Frage, wie sich die Anwendungsfälle zum Formalitätenverbot verhalten. Wann sind Handlungslasten eine verbotene Formalität und wann sind sie konventionsrechtlich unbedenklich? Weil Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ nach dem Objekt der Formalität unterscheidet (Genuss/Ausübung), sind auch die Anwendungsfälle zur Beantwortung dementsprechend zu gruppieren.

#### *aa) Widerspruch gegenüber einer Form der Gestattung*

##### *(1) EKL und nicht verfügbare Werke*

Im Fall von EKL und nicht verfügbaren Werken, die über eine EKL zugänglich gemacht werden, können Urheber gegen eine Rechtseinräumung einen Widerspruch erheben. Der Widerspruch besteht aus einer Erklärung gegenüber dem EUIPO (§ 52 Abs. 2 VGG) oder einer Verwertungsgesellschaft (§ 51 Abs. 2 VGG). Inhaltlich geht es deshalb um eine Art Rechtevorbalt und Hinweis, also um eine Förmlichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ.

Der Widerspruch betrifft nicht den Genuss der Rechte, weil sie vorher bereits entstanden sind und der urheberrechtliche Schutz auch bei Nichterfüllung weiter bestehen bleibt.<sup>522</sup> Möglicherweise ist allerdings die Ausübung der Rechte an den Widerspruch gebunden. Dagegen sprechen zwei Überlegungen: Zum einen sind EKL mit der Verwertungsgesellschaftenpflicht von Rechten vergleichbar. Die Verwertungsgesellschaftenpflicht ist nach herrschender Ansicht keine verbotene Formalität.<sup>523</sup> Zwischen Verwertungsgesellschaftenpflicht und EKL gibt es nur einen Unterschied: Unter einer EKL können Rechtsinhaber einer Kollektivierung widersprechen und ihre Rechte auch individuell wahrnehmen, haben also *mehr* Handlungsmöglichkeiten. Wenn nun EKL eine verbotene Formalität wären, die Verwertungsgesellschaftenpflicht aber nicht, würde es einen Verstoß be-

<sup>521</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 211.

<sup>522</sup> *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 403.

<sup>523</sup> Vgl. *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 6.105 Fn. 322; sowie *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 207 ff.; *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 219 m.w.N.

gründen, den Urheber besser zu stellen. Das läuft aber dem Zweck des Formalitätenverbots zuwider;<sup>524</sup> es soll gerade dem Schutz der Rechtsinhaber dienen.<sup>525</sup> Dieser Einwand lässt sich nur damit entkräften, dass die Berner Übereinkunft lediglich ein Minimum an Rechten festschreibt und keine Besserstellung des Urhebers über dieses Minimum hinaus anstrebt.<sup>526</sup>

Zum anderen erfolgt bei einer EKL auch ohne Widerspruch eine Ausübung der Rechte – nur keine individuelle, sondern eine kollektive Ausübung. Der Widerspruch bewirkt lediglich, dass sich Ansprüche des Rechtsinhabers nicht mehr an die Verwertungsgesellschaft, sondern den Nutzer richten.<sup>527</sup> Die Formalität entscheidet also nicht über Durchsetzung oder Umfang von Rechten („Ob“), sondern bloß über deren Inhaberschaft („Wer“) und den „mode of exploitation“.<sup>528</sup> Zudem sind auch die vom EuGH in der *Soulier*-Entscheidung zum Formalitätenverbot aufgestellten Grundsätze gewahrt: Urheber können die Ausübung von Rechten durch Dritte untersagen, ohne dass sie dafür den Nachweis erbringen müssen, dass andere Personen keine anderen Rechte an einem Werk innehaben.<sup>529</sup> EKL sind deshalb als zulässige „ownership declaration obligation“ zu verstehen.<sup>530</sup>

## (2) Unbekannte Nutzungsarten

Nach § 137 I Abs. 1 S. 1 UrhG gelten Rechte an unbekannten Nutzungsarten nicht als eingeräumt, wenn der Urheber widersprochen hat. Die Norm macht also eine Erklärung erforderlich, um sich Rechte vorzubehalten und begründet damit eine Förmlichkeit.<sup>531</sup> Die Formalität hat keinen Einfluss auf den Genuss der Rechte, da das Recht beim Urheber entsteht und nicht erlischt, falls der Widerspruch ausbleibt.<sup>532</sup> Möglicherweise betrifft sie aber die Ausübung der Rechte. Wenn Urheber nicht widersprechen, können sie das Recht hinsichtlich der bei Vertragsschluss unbekannten Nutzungsarten nicht mehr exklusiv verwerten.<sup>533</sup> Allerdings

<sup>524</sup> Kritisch auch *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, S. 406.

<sup>525</sup> Vgl. zum Telos *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 6.101.

<sup>526</sup> In diese Richtung *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 763, bezogen allerdings auf Formalitätenverbot und Drei-Stufen-Test.

<sup>527</sup> *Riis/Schovsbo*, Colum. J.L. & Arts 33 (2009), 471, 483.

<sup>528</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 209.

<sup>529</sup> *European Copyright Society*, Comment on the Implementation of ECL rules (Articles 8–12) CDSM Directive, <https://europeancopyrightsociety.org/portfolio/comment-on-the-implementation-of-ecl-rules-articles-8-12-cdsm-directive/>, archiviert unter [perma.cc/S2VA-UMXR](https://perma.cc/S2VA-UMXR); vgl. zu dieser Anforderung EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 51 – *Soulier und Doke*; a.A. *Rosati*, Copyright in the Digital Single Market, S. 231.

<sup>530</sup> Vgl. *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 14–564 / 2017, 3; s.a. generell *Rosati*, Copyright in the Digital Single Market, S. 230.

<sup>531</sup> So auch *Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Spindler*, § 137 I UrhG Rn. 25.

<sup>532</sup> So auch *Hohlefeldler*, Kollektivierung und Opt-Out, S. 746.

<sup>533</sup> Deshalb schließt *Hohlefeldler*, Kollektivierung und Opt-Out, S. 146 auf eine verbotene Formalität. Zu dieser Auslegungsfrage bereits zuvor D.V.1.b)bb).

regelt die Norm lediglich, wer die Ausübung vornehmen darf – nicht ob sie an sich erfolgen kann.<sup>534</sup> Mechanismen, um eine solche Vermutung einer Rechtseinräumung zu widerlegen, fallen nicht unter das Formalitätenverbot,<sup>535</sup> weil die RBÜ in die Beziehungen zwischen Urheber und Verwerter im Rahmen einer freiwilligen Rechtseinräumung nur ausnahmsweise eingreift.<sup>536</sup> Die Rechtseinräumung in § 137I Abs. 1 UrhG ist ausreichend freiwillig, weil Urhebern die Nutzungsabsicht mitgeteilt werden muss und sie eine Widerspruchsmöglichkeit haben. Das Widerspruchsrecht aus § 137I Abs. 1 S. 1 UrhG betrifft deshalb nicht die Ausübung der Rechte und ist keine verbotene Formalität.<sup>537</sup>

### (3) Bildersuchmaschinen

Bei Bildersuchmaschinen müssen Urheber ebenfalls einer Gestattungswirkung widersprechen. Dazu ist eine maschinenlesbare Erklärung erforderlich, die einem Rechtevorbehalt entspricht. Es handelt sich deshalb um eine externe Bedingung, also eine Formalität.<sup>538</sup> Sie betrifft weder Existenz noch Fortbestehen des Urheberrechts, könnte aber die Ausübung berühren. Materiell wirkt die schlichte Einwilligung wie eine Vermutungsregelung, dass Urheber Nutzungen gestatten wollen, wenn sie sich Rechte nicht vorbehalten. Der Widerruf richtet sich gegen diesen Erklärungsgehalt, Objekt ist also eine Vermutung der Gestattung – und nicht Bestehen oder Umfang des Urheberrechts.<sup>539</sup> Deshalb gelten die soeben dargelegten Grundsätze zu Rechtseinräumungen.<sup>540</sup> Mechanismen, welche die Vermutung einer Form der Gestattung widerlegen sollen, unterfallen nicht dem Formalitätenverbot.<sup>541</sup> Davon zu trennen ist die Frage, ob die schlichte Einwilligung möglicherweise mit dem Drei-Stufen-Test unvereinbar ist.<sup>542</sup>

<sup>534</sup> Anders aber *Hohlefelder*, Kollektivierung und Opt-Out, S. 146: „Die Wirkung der Regelung ist unmittelbar auf das Urheberrecht gerichtet.“

<sup>535</sup> So *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 14–564 / 2017, 4: „National rules providing for presumptions of transfer and establishing mechanisms to rebut those presumptions should similarly fall outside art. 5(2).“; vgl. auch *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 204.

<sup>536</sup> *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 14–564 / 2017, 3 f.; ähnlich auch *Fromm/Nordemann/J. Nordemann*, § 137I UrhG Rn. 3.

<sup>537</sup> So auch *Fromm/Nordemann/J. Nordemann*, § 137I UrhG Rn. 3; a.A. *Schricker/Lowenheim/Katzenberger/Spindler*, § 137I UrhG Rn. 25.

<sup>538</sup> *Guibault*, JIPITEC 1 (2010), 55, 57 Rn. 12: „formality in disguise“.

<sup>539</sup> Zu dieser Unterscheidung *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 771.

<sup>540</sup> Diese Verbindung zieht für Verlinkungen auch *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439, 445 Rn. 33.

<sup>541</sup> Vgl. zu Rechtseinräumungen *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 771; *dies.*, Columbia Public Law Research Paper No. 14–564 / 2017, 4; *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 204; *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439, 445 Rn. 33.

<sup>542</sup> *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 771 Fn. 91 stellt Konstellationen der implied license zulässigen Vermutungsregelungen gegenüber.

*bb) Besondere Vereinbarungen zum Umfang einer Rechtseinräumung*

Die Anwendungsfälle von Urhebern in Arbeits- und Dienstverhältnissen, besonderen Bestimmungen für Filme, die Ausstellung nach Veräußerung des Werkoriginals und Beiträge zu Sammlungen betreffen den *Umfang* einer bestehenden Rechtseinräumung – nicht ihren *Bestand*. Auch wenn keine bestimmte Form gefordert ist, um die Vermutungsregelungen zu widerlegen, wird aus Beweisgründen faktisch oft geboten sein, eine schriftliche Vereinbarung abzuschließen. Darin könnte man eine externe Bedingung sehen. Für die besonderen Bestimmungen für Filme trifft Art. 14<sup>bis</sup> Abs. 2 lit. b RBÜ allerdings eine Spezialregelung: Urheber, die Beiträge zur Herstellung des Filmwerks geleistet haben, können sich „bestimmten Nutzungshandlungen nicht widersetzen“, wenn keine „gegenteilig[e] oder besonder[e]“ Vereinbarung besteht. Die Regelung in § 89 Abs. 1 S. 1 UrhG ist also konventionsrechtlich gedeckt und das Formalitätenverbot insofern verdrängt.<sup>543</sup>

Den Genuss betreffen die übrigen Anwendungsfälle nicht, weil das Urheberrecht ungehindert entsteht und fortbesteht.<sup>544</sup> In Bezug auf die Ausübung ist schließlich zu differenzieren: zwischen Vorschriften, die *Rechtseinräumungen* betreffen, und Vorschriften, die die *Rechtsausübung* formalisieren. Erstere betreffen nur die Frage, *wer* ein Recht ausüben kann, berühren also die Ausübung an sich nicht und werden für zulässig gehalten.<sup>545</sup> Letztere regeln dagegen, *ob* ein Recht überhaupt ausgeübt werden kann und beeinflussen daher unzulässigerweise seine Effektivität. Die Anwendungsfälle bewirken nicht selbst eine Rechtseinräumung, sondern dienen lediglich Beweis Zwecken, indem sie einen bestimmten Rechteumfang vorgeben (sog. Formalitäten *ad probationem*).<sup>546</sup> Der Urheber kann Rechtseinräumungen also frei vornehmen – lediglich ein bestimmter Umfang wird vermutet. Deshalb fallen die Vermutungsregelungen nicht unter das Formalitätenverbot.<sup>547</sup>

*cc) Vorbehalt gegenüber einer Schrankennutzung*

Eine weitere Gruppe bilden Anwendungsfälle, in denen eine Schranke besteht, über die der Urheber disponieren kann.<sup>548</sup> Zunächst ist zu klären, ob es sich dabei um eine Förmlichkeit im Sinne des Verbots handelt. Erkenntnisse dazu kann

<sup>543</sup> Vgl. zum Spezialitätsgrundsatz *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 6.106.

<sup>544</sup> Auch § 69b Abs. 1 UrhG bewirkt eine Legalzession und keine originäre Urheberschaft des Arbeitgebers.

<sup>545</sup> In diese Richtung etwa *Ginsburg*, Columbia Journal of Law & the Arts 33 (2010), 311, 316.

<sup>546</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 204.

<sup>547</sup> Vgl. *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 14–564 / 2017, 4.

<sup>548</sup> Dazu gehören die Anwendungsfälle des TDM, Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare, verwaiste Werke, nicht verfügbare Werke auf Grundlage von § 61d UrhG sowie die Nutzung und Änderung von Werken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch.

Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 1 S. 1 RBÜ liefern. Die Norm erlaubt es den Verbandsländern, Nutzungen von Zeitungsartikeln über Tagesfragen durch die Presse zu erlauben, falls eine solche Nutzung „nicht ausdrücklich vorbehalten ist“. Es besteht Einigkeit, dass in Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 1 S. 1 RBÜ keine verbotene Formalität liegt.<sup>549</sup> Ob deshalb auch die anderen Anwendungsfälle im gleichen Muster zulässig sind, hängt von der Begründung ab: Wenn Art. 10<sup>bis</sup> keine Formalität ist, weil der Vorbehalt bloß den sachlichen Inhalt des Urheberrechts betrifft (*condition interne*), fallen sämtliche Schrankenregelungen mit Vorbehaltsmöglichkeit nicht unter das Formalitätenverbot. Wenn es sich dagegen zwar um eine Formalität handelt, das Formalitätenverbot aber durch die speziellere Regelung in Art. 10<sup>bis</sup> RBÜ verdrängt ist,<sup>550</sup> konfliktieren alle der genannten Anwendungsfälle außer § 49 Abs. 1 UrhG mit dem Formalitätenverbot, weil es für sie keine konventionsrechtliche Grundlage gibt.

Für die Auslegung ist die Genese der Vorschrift in den Blick zu nehmen: Bei Erlass des Formalitätenverbots 1908 hat man einen möglichen Konflikt von Art. 10<sup>bis</sup> RBÜ mit dem Formalitätenverbot antizipiert. Es heißt deshalb in Bezug auf die Vorgängervorschrift Art. 9 Abs. 2 RBÜ: „This is not a *formality* within the meaning of Article 4 and the accomplishment of the *condition* is necessary to guarantee the right“.<sup>551</sup> Die klare Abgrenzung zum Formalitätenverbot spricht dafür, dass es sich schon inhaltlich nicht um eine verbotene Formalität handelt. Denn wenn die Vorbehaltsmöglichkeit eine Formalität wäre und das Verbot nur durch die speziellere Regelung verdrängt wäre, hätte man der Norm nicht von vornherein den Charakter als Formalität absprechen müssen. Auch der letzte Satzteil unterstützt diese Interpretation: Danach handelt es sich um eine Bedingung, die erfüllt sein muss, um das Recht für einen speziellen Fall zu gewährleisten. Betroffen ist also nicht der Schutz an sich, sondern der sachliche Inhalt in Bezug auf eine spezielle Konstellation. Solche Bedingungen sind *conditions internes*: „This [eine interne Bedingung; D.R.] is the case, for instance, when conditions must be fulfilled to invoke a specific right or to avoid a possible limitation of copyright“.<sup>552</sup> Schranken, die nicht eingreifen, wenn Urheber bestimmte Bedingungen erfüllen, sind danach keine Formalitäten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ.<sup>553</sup>

Es ist aber zweifelhaft, ob Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 1 S. 1 RBÜ als Vorbild für die anderen Anwendungsfälle dienen kann. Denn bei Erlass der Vorgängernorm wurden Zeitungsartikel nur ausnahmsweise geschützt, wenn sich Rechtsinhaber die Rechte vorbehalten.<sup>554</sup> Der Vorbehalt war ursprünglich also eine Bedingung, um den

<sup>549</sup> So *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 187, 190 f.; *Ginsburg*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1604 f.

<sup>550</sup> So *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 6.106; *Peukert*, Hastings Comm. & Ent. L.J. 28 (2005), 1, 66.

<sup>551</sup> *Bogsch*, Berne Convention Centenary 1886–1986, S. 149 (Herv. i. O.).

<sup>552</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 187 (Herv. v. Verf.).

<sup>553</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 190 f. m.w.N.

<sup>554</sup> *Ginsburg*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1605.

Schutz für ein Objekt *herbeizuführen*, das eigentlich außerhalb des Schutzbereiches lag – und keine Bedingung, um eine Schranke zu *beseitigen*.<sup>555</sup> Deshalb eignet sich die Norm nach einer Ansicht nicht, um allgemeine Schlüsse für ähnliche Fälle zu ziehen.<sup>556</sup> Allerdings lässt der Wortlaut der heutigen Fassung der Norm erkennen, dass der Vorbehalt nicht mehr konstitutiv für den Schutz ist. Denn die Mitgliedstaaten dürfen Nutzungen nur dann freistellen, wenn das Recht *nicht* ausdrücklich vorbehalten ist (vgl. Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 1 S. 1 RBÜ a.E.). Wenn der Vorbehalt den Schutz erst begründen würde, wäre eine Schrankenregelung für den Fall, dass es keinen Vorbehalt gibt, gar nicht erforderlich. Deshalb kann Art. 10<sup>bis</sup> RBÜ jedenfalls in seiner heutigen Gestalt als Vorbild für die anderen Anwendungsfälle dienen.

Gegen die Einordnung als zulässige Bedingungen könnte aber schließlich das Telos des Formalitätenverbots sprechen.<sup>557</sup> Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 1 RBÜ ist international harmonisiert, die anderen Anwendungsfälle sind es nur vereinzelt. Wenn es Mitgliedstaaten möglich wäre, die Rechte von Urhebern einzuschränken und nur unter bestimmten Bedingungen einzuräumen, ist zu befürchten, dass ausländische Urheber Aufwand hätten, um lokale Schranken und die Vorbehaltsmöglichkeiten zu ermitteln.<sup>558</sup> Allerdings spricht das nicht gegen das Modell einer bedingten Schranke an sich, sondern nur gegen zu strapaziöse Bedingungen. Auch wenn eine Formalität besteht, muss das nicht bedeuten, dass dadurch Genuss und Ausübung der Rechte derart erschwert sind. In Bezug auf Schutzgegenstände im Internet etwa können sich Urheber ihre Rechte durch eine simple Erklärung mit weltweiter Wirkung vorbehalten. Das ist nicht mit den Formalitäten vergleichbar, gegen die das Verbot eingesetzt wurde. Deshalb spricht auch eine teleologische Auslegung *grundsätzlich* nicht dagegen, bedingte Schranken nicht als Formalität zu behandeln.

Damit erscheint es überzeugender, die Vorbehaltsmöglichkeit in Schranken als *conditions internes* und nicht als Formalitäten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ einzuordnen.<sup>559</sup> Das bedeutet freilich nicht, dass Mitgliedstaaten durch sehr weit gefasste Schranken zu „Formalitäten alter Schule“<sup>560</sup> zurückkehren können. Dem setzt allerdings nicht das Formalitätenverbot, sondern der Drei-Stufen-Test eine Grenze, indem er solche Ausnahmen auf bestimmte Sonderfälle beschränkt.<sup>561</sup> Das Zusammenspiel beider Regelungen macht es so entbehrlich, das

<sup>555</sup> Ginsburg, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1605 f.

<sup>556</sup> Vgl. Ginsburg, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1605 f.

<sup>557</sup> Vgl. van Gompel, Formalities in Copyright Law, S. 137, 146: Urheber müssen nicht mehr den Schutz im Ursprungsland demonstrieren und die Formalitäten fremder Länder erforschen.

<sup>558</sup> Ginsburg, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1608 f.; dies., B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 764 ff.

<sup>559</sup> So auch van Gompel, Formalities in Copyright Law, S. 190 f.

<sup>560</sup> Grünberger, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), FS 50 Jahre UrhG, S. 421, 428.

<sup>561</sup> van Gompel, Formalities in Copyright Law, S. 191. Dazu sogleich unter D.V.2.

Formalitätenverbot übermäßig weit auf Vorbehalte gegenüber einer Schranken-nutzung anzuwenden.

*dd) Handlung zur Erfüllung eines Haftungstatbestandes*

Schließlich verbleiben die Anwendungsfälle der Verlinkungen und Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten. Es erscheint nicht abwegig, in diesen Handlungen Formalitäten im Sinne von Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ zu sehen:<sup>562</sup> Entweder müssen Urheber sich Rechte vorbehalten (technische Schutzmaßnahmen gegenüber bestimmten Nutzungsformen ergreifen) oder einen Hinweis auf die eigene Rechtsinhaberschaft (Diensteanbietern Informationen übermitteln, Lizenzangebot machen) oder sonstige Erklärungen erteilen (Beschwerde einlegen oder Vermutung der Zulässigkeit nach § 5 UrhDaG widerlegen). Es kann sich daher um externe Bedingungen handeln.

Die Anwendungsfälle regeln, ob ein bestehendes Recht verletzt ist – nicht, wie ein bestehendes und verletztes Recht durchgesetzt werden kann.<sup>563</sup> Es geht also um den Schutzzumfang<sup>564</sup> und damit den Genuss der Rechte.<sup>565</sup> Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 RBÜ lässt keinen Schluss darauf zu, ob der Schutzzumfang dem Formalitätenverbot entzogen ist.<sup>566</sup> Erkenntnisse liefert aber die Entstehungsgeschichte des Verbots. Zum Umfang des Schutzes heißt es: „[...] the effects and consequences of protection [...], notably with respect to the *extent of protection*, have to remain subject to the principle of treatment on the same footing as nationals“.<sup>567</sup> Diese engere Interpretation hat sich auch bei Schaffung des Verbots 1908 durchgesetzt.<sup>568</sup> Bedingungen hinsichtlich des Schutzzumfanges sollen deshalb nicht vom Verbot erfasst sein, weil sie die inneren Charakteristika des Rechts

<sup>562</sup> Das befürworten etwa *Tiessen*, IWRZ 2021, 124, 125; *von Welser*, GRUR-Prax 2021, 206; sowie *Rosati*, Stockholm University Research Paper No. 99 / 2021, 14.

<sup>563</sup> Vgl. auch die Abgrenzung von *Sprigman*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1565, 1570 f.: „finding of liability“ und nicht „what follows from such a finding“.

<sup>564</sup> Für Diensteanbieter *Senfleben*, GRUR 2022, 221, 226; für Verlinkungen Generalanwalt beim EuGH ECLI:EU:C:2020:696, Rn. 130 – VG Bild-Kunst; *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439, 443 Rn. 22. Selbst wenn man das neue Publikum als Einwilligungslösung begreifen würde – so *Ohly*, GRUR 2021, 706, 710 f. – würde es sich um eine zulässige Vermutung einer Gestattung handeln, s. den Fall der Bildersuchmaschinen unter D.V.1.c)aa(3). Im Übrigen spricht mehr für eine Interpretation als objektive Zugangsregel und damit Frage des Schutzzumfanges, vgl. *Grünberger*, ZUM 2022, 321, 330; *Schricker/Loewenheim/von Ungern-Sternberg*, § 15 UrhG Rn. 85; *Rendas*, Exceptions in EU Copyright Law, S. 69.

<sup>565</sup> So auch für Verlinkungen *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439, 442 f. Rn. 19; anders in Bezug auf Diensteanbieter aber *Senfleben*, GRUR 2022, 221, 226, der zusätzlich davon ausgeht, dass auch die Ausübung betroffen ist, indem Urheber Informationen bereitstellen müssen. Da allerdings nur eine zusätzlich eingeräumte Art der Ausübung betroffen ist – die Rechtsinhaber können in beiden Fällen immer noch gegen die jeweiligen Uploader vorgehen – ergibt sich kein Unterschied.

<sup>566</sup> Dagegen *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 763.

<sup>567</sup> *Bogsch*, Berne Convention Centenary 1886–1986, S. 95 (Herv. v. Verf.).

<sup>568</sup> *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 184.

und nicht den Schutz als solchen berühren.<sup>569</sup> Es ist folglich in den Anwendungsfällen zulässig, den Schutzzumfang von internen Bedingungen abhängig zu machen.<sup>570</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Auch wenn das Formalitätenverbot Handlungslasten Grenzen setzt, eröffnen sich durchaus Argumentationswege für die Zulässigkeit der Anwendungsfälle. Diese Auslegungsvarianten sind einer strikten Wortlautinterpretation schon aus methodischen Gründen vorzuziehen, können freilich aber genauso wenig in Anspruch nehmen, die einzig vertretbare Auslegung zu sein. Das Verbot ist zunächst nicht anwendbar, soweit es nur um den Schutz im Ursprungsland geht. Die erste inhaltliche Stellschraube liegt auf der Ebene des Begriffs der Förmlichkeit. Interne Bedingungen sind davon unstreitig nicht erfasst – unklar ist lediglich, was darunterfällt. Dabei sprechen Systematik, Entstehungsgeschichte und Telos (auch) dafür, dass der Schutzzumfang und die Rechtsbehelfe Objekt von Formalitäten sein können. Selbst mit der Gegenansicht lässt sich nicht durchhalten, dass jede Bedingung, die für einen exklusiven Schutz zu erfüllen ist, gegen das Formalitätenverbot verstößt. Die zweite Stellschraube ist die Frage, ob die Formalität den Genuss oder die Ausübung der Rechte bindet. Entscheidend für die Ausübung ist die Differenzierung zwischen dem „Ob“ und dem „Wer“ oder „Wie“: Vieles spricht dafür, dass die Ausübung als Ganze betroffen sein muss („Ob“), damit das Verbot verletzt ist. Damit ist zulässig, lediglich eine Art der Ausübung zum Gegenstand einer Formalität zu machen. Auch das Telos des Verbots muss für die Auslegung herangezogen werden: Weil sich die Umstände der Rechtsausübung geändert haben, bestehen häufig nicht mehr die Gefahren, die das Verbot verhindern soll. Zudem können Formalitäten zur Inhaberschaft von Rechten zulässigerweise eingesetzt werden, denn sie betreffen nur die Frage, von wem und nicht ob das Recht ausgeübt werden darf. Handlungslasten, die eine Einräumungsvermutung mit Widerlegungsmöglichkeit vorsehen, gehen deshalb mit hoher Wahrscheinlichkeit mit dem Formalitätenverbot konform. Sie sind daher die attraktivste Option, um eine nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ zulässige Handlungslast einzusetzen.

<sup>569</sup> Vgl. *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 187 ff., 212: „The Berne prohibition on formalities does not extent to formalities that regulate the extent of protection“; s. in diesem Zusammenhang auch *Rendas*, Exceptions in EU Copyright Law, S. 68 f., der das Kriterium des neuen Publikums zu den „limitations to the scope of rights that result from their very definition“ zählt. Sie seien „integral parts of the rights“ und „inherent requirements“.

<sup>570</sup> Vgl. für Diensteanbieter *Senftleben*, GRUR 2022, 221, 226; *ders. u. a.* JIPITEC 13 (2022), 67, 83 f. Rn. 45 ff.; ähnlich für Verlinkungen *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 911: Das Formalitätenverbot stehe einer prozeduralen Restrukturierung nicht entgegen; a.A. Generalanwalt beim EuGH ECLI:EU:C:2020:696, Rn. 130 – VG Bild-Kunst.

## 2. Drei-Stufen-Test

Eine weitere Anforderung des internationalen Urheberrechts an Handlungslasten ist der sog. Drei-Stufen-Test. Begrenzungen und Ausnahmen sind danach nur zulässig, wenn sie drei Stufen kumulativ gerecht werden: Sie dürfen nur bestimmte Sonderfälle betreffen (Stufe 1), die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen (Stufe 2), noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzen (Stufe 3). Dadurch sollen die Interessen von Rechtsinhabern und Nutzern sachgerecht ausgeglichen werden.<sup>571</sup>

Zunächst war der Test in Art. 9 Abs. 2 RBÜ für das dortige Vervielfältigungsrecht vorgesehen. Inzwischen ist er auch an vielen anderen Stellen im internationalen Urheberrecht verankert (s. etwa Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT und Art. 5 Abs. 4 InfoSoc-RL).<sup>572</sup> Trotz kleiner Unterschiede im Wortlaut werden die Voraussetzungen dabei einheitlich ausgelegt.<sup>573</sup> Der Test richtet sich an die Gesetzgeber beim Erlass von Schranken, im Unionsurheberrecht bindet er auch Gerichte bei der Auslegung.<sup>574</sup> Wenn Handlungslasten als Beschränkungen oder Ausnahmen wirken, müssen sie deshalb die Voraussetzungen des Drei-Stufen-Tests erfüllen.

### a) Anwendungsbereich

Der Test gilt seinem Wortlaut nach für „Beschränkungen und Ausnahmen“. Es geht also um Vorschriften, die eine Nutzung eines Werks erlauben, obwohl sie einem in den Abkommen garantierten Verwertungsrecht unterfällt und der Rechtsinhaber keine Erlaubnis erteilt hat.<sup>575</sup> Deshalb fallen in den Anwendungsbereich die Anwendungsfälle des TDM, Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare, verwaiste Werke, nicht verfügbare Werke bei Nutzung nach § 61d UrhG sowie die Nutzung und Änderung von Werken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch. Einbezogen sind auch definitorische Grenzen der Verwertungsrechte wie im Fall der Verlinkungen und Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten.<sup>576</sup>

<sup>571</sup> *Senftleben*, GRUR Int 2004, 200, 202, 205.

<sup>572</sup> Zu den Zusammenhängen *Jongsma*, in: Rosati (Hrsg.), EU Copyright Law, S. 338, 339 ff.

<sup>573</sup> Schricke/Loewenheim/Stieper, UrhG, Vor §§ 44a ff. Rn. 20; zu Unterschieden *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 13.102; *Jongsma*, in: Rosati (Hrsg.), EU Copyright Law, S. 338, 341.

<sup>574</sup> Vgl. *Rendas*, Exceptions in EU Copyright Law, S. 106 ff.; umstritten ist darüber hinaus, ob er auch für den einzelnen Nutzungsvorgang gilt, s. *Jongsma*, in: Rosati (Hrsg.), EU Copyright Law, S. 338, 345 ff.

<sup>575</sup> *Axhamn/Guibault*, Amsterdam Law School Research Paper No. 22 / 2012, 47.

<sup>576</sup> Nach teilweise vertretener Ansicht sollen nur separate Vorschriften, die einem Verwertungsrecht grundsätzlich unterfallende Handlungen freistellen, vom Test erfasst sein (sog. Ausnahmen oder *exceptions*) – nicht aber definitorische Grenzen der Verwertungsrechte (sog. Beschränkungen oder *limitations*), s. etwa *Rendas*, Exceptions in EU Copyright Law, S. 98

Ausgenommen sind dagegen Anwendungsfälle, die eine Form der freiwilligen Gestattung und damit keine Ausnahme oder Beschränkung beinhalten: die urhebervertragsrechtlichen Anwendungsfälle, die Nutzung durch Bildersuchmaschinen und die Übertragung eines Nutzungsrechts bei Unternehmensteilveräußerung. Einen Grenzfall bilden EKL: Einerseits erteilen Außenstehende dort gerade keine Gestattung, andererseits können EKL unter bestimmten Umständen auch als konkludente Zustimmung konstruiert werden. Im zweitgenannten Fall sind EKL mit Opt-out-Möglichkeit vom Drei-Stufen-Test ausgenommen.<sup>577</sup>

#### *b) Bestimmte Sonderfälle (Stufe 1)*

Auf der ersten Stufe scheiden Anwendungsfälle aus, die nicht bestimmte Sonderfälle betreffen. Bestimmt genug sind Schranken, die mit Blick auf die privilegierten Nutzungen hinreichend unterscheidbar und rechtssicher sind.<sup>578</sup> Diese Anforderungen erfüllen alle Anwendungsfälle, die im Anwendungsbereich liegen. Das Merkmal „Sonderfall“ stellt daneben Anforderungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht: Die Schranke muss sich einerseits qualitativ auf ein Interesse beziehen, welches rationalerweise eine Beschränkung rechtfertigen kann.<sup>579</sup> Andererseits müssen die Anzahl der betroffenen Rechte und Werke und der privilegierte Nutzerkreis quantitativ einen Ausnahmecharakter wahren. Allerdings ist das quantitative Element auf der ersten Stufe einschränkend auszulegen, damit es nicht zu Verschleifungen mit der zweiten Stufe kommt.<sup>580</sup>

#### *aa) Grundsätzliche Eignung als Sonderfall*

Zweifelhaft ist zunächst, ob Handlungslasten des Urhebers überhaupt „Sonderfälle“ im Sinne der ersten Stufe sein können. Die erste Teststufe soll sicherstellen, dass Exklusivität der Normalfall und Schranken eine Ausnahme bleiben.<sup>581</sup> Sobald eine Handlungslast besteht, kehrt sich dieses Verhältnis allerdings um, weshalb kein Sonderfall mehr vorläge. Doch würde diese Interpretation das Telos der ersten Stufe verkennen: Sie begrenzt Schranken auf Sonderfälle, damit regel-

---

m.w.N. Diese Unterscheidung würde die Anwendbarkeit des Tests den Gesetzgebern überlassen, weil es sich um eine Frage der Gesetzestechnik handelt; sie kann daher nicht maßgeblich sein, so auch *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 115.

<sup>577</sup> *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 14–564 / 2017, 5 f.; *Schovsbo/Riis/Rosenmeier*, ZUM 2022, 405, 410 ff.

<sup>578</sup> *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 137; *WTO*, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 33 Rn. 6.108.

<sup>579</sup> *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 144 ff.

<sup>580</sup> Gegen die Anwendung quantitativer Kriterien bereits auf dieser Stufe deshalb *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 140 ff.; *Peukert*, Hastings Comm. & Ent. L.J. 28 (2005), 1, 32.

<sup>581</sup> *WTO*, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 33 Rn. 6.109.

mäßig eine exklusive Verwertung möglich ist<sup>582</sup> – geht also davon aus, dass ein Entweder-oder-Verhältnis zwischen Schranke und exklusiver Verwertung besteht.<sup>583</sup> Sonst würde es keinen wirtschaftlichen Grund geben, Schranken auf Sonderfälle zu begrenzen.<sup>584</sup> Unter einer Handlungslast besteht aber gerade keine solche Alternativität; Urheber können Werke über die Opt-out-Möglichkeit stets auch exklusiv verwerten. Das Ausschließlichkeitsrecht muss zwar eingesetzt werden, steht dann aber genauso zur Verfügung wie in anderen Fällen. Die dabei für Urheber entstehenden Strapazen sind am Formalitätenverbot zu messen, nicht am Drei-Stufen-Test. Weil eine exklusive Verwertung also möglich bleibt, sind Handlungslasten abstrakt mit der ersten Stufe vereinbar.

#### *bb) Qualitative Sonderfälle*

Die Anwendungsfälle sind auch Sonderfälle im qualitativen Sinne. Sie alle dienen qualifizierten Interessen der Allgemeinheit, die eine Beschränkung rechtfertigen können: der Funktionsfähigkeit des Internets, dem freien Zugang zu Wissen, dem freien Fluss von Informationen und der demokratischen Meinungsbildung, dem Zugang zum kulturellen Erbe und dem Allgemeininteresse an der Religionspflege.<sup>585</sup> Diese Rechtfertigungen sind so stark, dass eine sinnvolle Abwägung mit berechtigten Interessen des Urhebers nicht ausgeschlossen erscheint.<sup>586</sup>

#### *cc) Quantitative Sonderfälle*

Bei der quantitativen Betrachtung ist dagegen zu differenzieren: Die Anwendungsfälle der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, TDM, Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare, verwaisten Werke, nicht verfügbaren Werke nach § 61d UrhG und die Änderung und Nutzung in Sammlungen für den religiösen Gebrauch sind aufgrund des beschränkten Anwendungsbereichs Sonderfälle. Sie betreffen entweder nur spezielle Werkarten oder privilegieren lediglich bestimmte Nutzerkreise und berühren nicht alle Verwertungsrechte. Verlinkungen erfassen zwar alle im Internet zugänglichen Werke und zum begünstigten Nutzerkreis gehört jeder Linksetzer, allerdings handelt es sich um eine spezielle Art der Nutzung bestimmter Werkkategorien, betroffen ist außerdem nur das

---

<sup>582</sup> *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 567; eine Verbindung zur normalen Auswertung des Werks auf der zweiten Stufe sieht auch *WTO*, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 33 Rn. 6.109.

<sup>583</sup> Vgl. in diese Richtung *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 567.

<sup>584</sup> Vgl. zur Verbindung mit der zweiten Teststufe *WTO*, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 33 Rn. 6.109.

<sup>585</sup> S. im Einzelnen D.I.1.a)aa).

<sup>586</sup> So der Maßstab von *Senfileben*, GRUR Int 2004, 200, 207.

Recht der öffentlichen Wiedergabe.<sup>587</sup> In Anbetracht der gebotenen einschränkenden Auslegung handelt es sich deshalb auch dabei um einen Sonderfall.

Ob eine EKL der Normalfall oder ein Sonderfall ist, entscheidet die Repräsentativität der Verwertungsgesellschaft. Denn je größer die Zahl an Rechteinhabern ist, deren Rechte die Verwertungsgesellschaft auf vertraglicher Grundlage wahrnimmt, desto eher handelt es sich bei Außenstehenden um Sonderfälle.<sup>588</sup> Nach § 51b Abs. 1 VGG ist Repräsentativität gegeben, wenn die Verwertungsgesellschaft für eine „ausreichend große Zahl von Rechteinhabern“ die gegenständlichen Rechte wahrnimmt – genaue Grenzen bestehen aber nicht.<sup>589</sup> Um die Mehrheit der Rechteinhaber muss es sich jedenfalls nicht handeln, da auch mehrere Verwertungsgesellschaften repräsentativ sein können.<sup>590</sup> Es hängt daher vom Einzelfall ab, ob die jeweilige Verwertungsgesellschaft ein hinreichend großes Repertoire mit Blick auf Umfang der Lizenzvergabe hinsichtlich der betroffenen Nutzungsrechte und Werkarten vertritt.<sup>591</sup>

Auch wenn die Anwendungsfälle für sich betrachtet quantitativ die erste Stufe passieren mögen, könnte man schließlich argumentieren, dass sie *kumulativ* kein Sonderfall mehr sind. So führt *Ginsburg* an, dass eine Masse an Einzelfällen die exklusive Verwertung insgesamt zur Ausnahme machen könne, was dem Test zuwiderlaufe.<sup>592</sup> Doch kann das nicht dazu führen, dass eine sachlich gerechtfertigte Schranke kein Sonderfall mehr ist. Anderenfalls gäbe es einen Kippunkt, ab dem jede beliebige Schranke – unabhängig von den sachlichen Gründen und

<sup>587</sup> Fraglich ist daneben, inwieweit Verlinkungen überhaupt dem Anwendungsbereich des Tests unterfallen. Zur öffentlichen Zugänglichmachung sieht Art. 8 WCT ein ausschließliches Recht der Urheber vor, „die öffentliche drahtlose [...] Wiedergabe ihrer Werke zu erlauben, einschließlich der Zugänglichmachung ihrer Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“. Nach dem Wortlaut müssen Verlinkungen nicht darunterfallen, weil sie nur auf bereits zugänglich gemachte Werke aufmerksam machen. Art. 8 WCT muss also nicht jede Art der Verlinkung erfassen. Das bezeugen auch einige Mitgliedstaaten der WCT, die keine täterschaftliche Verantwortlichkeit für Linksetzer vorsehen, s. *Ginsburg/Budiardjo*, Colum. J.L. & Arts 41 (2017), 153, 160 Fn. 21.

<sup>588</sup> *Ginsburg*, Columbia Public Law Research Paper No. 14–564 / 2017, 8.

<sup>589</sup> Der Gesetzgeber sieht aktuell insoweit auch keinen Regelungsbedarf, vgl. *BMJV*, Entwurf einer Verordnung über ergänzende Bestimmungen zur Nutzung nicht verfügbarer Werke nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Verwertungsgesellschaftengesetz, <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/NvWV.html>, archiviert unter [perma.cc/9YWV-Z7HA](https://perma.cc/9YWV-Z7HA), S. 10 f.

<sup>590</sup> *Henke*, ZUM 2019, 400, 403; *Staats*, in: Schmidt/Staemmler/Wandtke (Hrsg.), FS Ehrhardt, S. 61, 65; *Dreier/Schulze/Raue*, § 51b VGG Rn. 3.

<sup>591</sup> Auf den jeweiligen Lizenzvertrag abstellend *Staats*, in: Schmidt/Staemmler/Wandtke (Hrsg.), FS Ehrhardt, S. 61, 65 f.; vgl. zu den Voraussetzungen *BMJV*, Entwurf einer Verordnung über ergänzende Bestimmungen zur Nutzung nicht verfügbarer Werke nach dem Urheberrechtsgesetz und dem Verwertungsgesellschaftengesetz, <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/NvWV.html>, archiviert unter [perma.cc/9YWV-Z7HA](https://perma.cc/9YWV-Z7HA), S. 10.

<sup>592</sup> Vgl. *Ginsburg*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1611; *dies.*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 767.

Interessen – unzulässig wäre.<sup>593</sup> Darauf ist der Test ersichtlich nicht angelegt, wie das Erfordernis eines auch *qualitativen* Sonderfalls der ersten Stufe und die Abwägung der Interessen auf der dritten Stufe zeigen. Folglich sind die Anwendungsfälle einzeln auf ihre Eigenschaft als Sonderfall zu prüfen – überspringen sie diese Hürde, kommt es auf andere Schrankenregelungen nicht an.<sup>594</sup>

### c) Keine Beeinträchtigung der normalen Auswertung (Stufe 2)

Die zweite Stufe legt fest, dass Beschränkungen die normale Auswertung von Werken nicht beeinträchtigen dürfen. Auswertung meint dabei, einen wirtschaftlichen Nutzen aus einem Werk durch die Verwertung im Exklusivmodus zu ziehen.<sup>595</sup> Was eine *normale* Auswertung ist, lässt sich in einem empirischen und normativen Sinne verstehen: Einerseits sind damit Nutzungen angesprochen, die in unmittelbarem Wettbewerb zu *herkömmlichen* Formen der Werknutzung treten.<sup>596</sup> Andererseits sind aber auch Nutzungen erfasst, die *potentielle und zukünftige* Formen der Verwertung beeinträchtigen.<sup>597</sup> Mit dieser normalen Auswertung geraten Schranken in Konflikt, die – gemessen an der Gesamtverwertung – Einnahmemöglichkeiten von wesentlicher Bedeutung entziehen.<sup>598</sup> Ob Rechteinhaber im Gegenzug eine Vergütung erhalten, ist auf der zweiten Stufe irrelevant.<sup>599</sup>

Anwendungsfälle von Handlungslasten haben ein geringes Konfliktpotential mit der zweiten Stufe, denn sie treten häufig dort auf, wo keine normale Auswertung besteht.

### aa) Mangelndes Auswertungsinteresse

Zunächst mangelt es in einigen Anwendungsfällen am Auswertungsinteresse.<sup>600</sup> Bei nicht verfügbaren und verwaisten Werken etwa ziehen Urheber keinen wirtschaftlichen Nutzen aus dem Werk. Deshalb gibt es dort keine herkömmliche Auswertung, mit der die Schranken konfligieren könnten.<sup>601</sup> Ein mangelndes

<sup>593</sup> *Riis/Schovsbo*, Colum. J.L. & Arts 33 (2009), 471, 487.

<sup>594</sup> So auch *Riis/Schovsbo*, Colum. J.L. & Arts 33 (2009), 471, 487.

<sup>595</sup> Vgl. *WTO*, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 48, Rn. 6.183; *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 13.16.

<sup>596</sup> *Bornkamm*, in: Ahrens (Hrsg.), FS Erdmann, S. 29, 34.

<sup>597</sup> Vgl. *WTO*, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 44, Rn. 6.166; *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 178 f.; *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 13.18; kritisch *Jongsma*, in: Rosati (Hrsg.), EU Copyright Law, S. 338, 342.

<sup>598</sup> *WTO*, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 48, Rn. 6.183; strenger *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 184 ff., der „ganz erhebliche Umsatzeinbußen“ verlangt.

<sup>599</sup> *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 13.25; *Bornkamm*, in: Ahrens (Hrsg.), FS Erdmann, S. 29, 47.

<sup>600</sup> S. im Einzelnen schon D.I.1.b).

<sup>601</sup> Vgl. *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 762: „there is no ‚conflict with a normal exploitation of the work‘ because an out-of-print book isn’t being exploited, [...]“.

Auswertungsinteresse zeigt sich daneben auch bei § 49 Abs. 1 UrhG und der Nutzung und Änderung von Werken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch. Allerdings stellen diese Anwendungsfälle tatbestandlich nicht sicher, dass Rechteinhaber auch tatsächlich kein Interesse an der Verwertung haben. Eine Beeinträchtigung und damit Verletzung der zweiten Stufe ist dort deshalb nicht ausgeschlossen.

#### *bb) Mangelnde Auswertungsmöglichkeit*

In anderen Fällen mangelt es dagegen an der Auswertungsmöglichkeit, weshalb Urheber aus Werken keinen wirtschaftlichen Nutzen ziehen *können*. Das ist aufgrund unverhältnismäßig hoher Transaktionskosten der Fall beim TDM, Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten, EKL, Verlinkungen und der Nutzung und Änderung in Sammlungen für den religiösen Gebrauch.<sup>602</sup> In diesen Fällen kann eine Schranke nicht in Konflikt mit der zweiten Teststufe geraten, denn die Teststufe soll Verwertungsmöglichkeiten dort erhalten, wo der Urheber sie kontrollieren kann.<sup>603</sup> Wo ein Marktsegment dagegen nicht intakt ist, besteht keine normale Auswertung unter Kontrolle des Urhebers. In den Anwendungsfällen entzieht schon das Marktversagen dem Urheber die Auswertungsmöglichkeiten, nicht erst die zu dessen Behebung eingesetzte Beschränkung. Sie beeinträchtigt also nicht die Auswertung, sondern verbessert möglicherweise sogar die Position des Urhebers, indem sie andere Verwertungsmöglichkeiten eröffnet.

#### *cc) Opt-out-Möglichkeit*

Anwendungsfälle, in denen kein Auswertungsinteresse besteht, und Anwendungsfälle, in denen es an der Auswertungsmöglichkeit fehlt, stehen demnach nicht im Konflikt mit der *herkömmlichen*, möglicherweise aber der *potentiellen* oder *künftigen* Auswertung. Einen Einfluss darauf kann die Untersagungsmöglichkeit durch den Opt-out haben.<sup>604</sup> Sie verhindert, dass es zu einer relevanten Beeinträchtigung der Verwertung kommt, denn Urheber können jederzeit die Ausnahme oder Beschränkung außer Kraft setzen.<sup>605</sup> Tun sie das nicht, ist entweder die Beeinträchtigung nicht relevant, weil kein Markt für die Auswertung

<sup>602</sup> S. dazu bereits im Einzelnen D.I.2.

<sup>603</sup> Das heißt allerdings im Gegenzug nicht, dass eine Schranke immer dort ausscheidet, wo eine Marktlösung denkbar ist, s. *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 180 ff.

<sup>604</sup> Vgl. *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 191; *Ginsburg*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 761 f.; *Peukert*, Hastings Comm. & Ent. L.J. 28 (2005), 1, 65.

<sup>605</sup> Vgl. *Senftleben*, Berkeley Tech. L.J. Comment 2014 (2014), 1, 14; *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 191.

besteht,<sup>606</sup> oder die jeweiligen Urheber sind nicht an einer exklusiven Verwertung interessiert.<sup>607</sup> In beiden Fällen kommt es nicht zu einem Konflikt zwischen Schranke und Verwertung. Diese Annahmen gelten allerdings nur unter den bereits zuvor entwickelten Bedingungen: Um aus der Untätigkeit auf ein Desinteresse der Urheber zu schließen, müssen sie zum einen Kenntnis haben; zum anderen darf es nicht zu kompliziert sein, die jeweilige Ausnahme oder Beschränkung außer Kraft zu setzen.<sup>608</sup>

In den Anwendungsfällen wissen Urheber zumindest abstrakt, mit welchen Nutzungen sie rechnen müssen oder erhalten konkrete Informationen oder Hinweise, die an sie abgesendet werden oder ihnen zugehen müssen.<sup>609</sup> Die Kenntnis von der Möglichkeit des Opt-outs ist dagegen nicht einheitlich sichergestellt, sondern fehlt bei Verlinkungen, TDM, Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten sowie Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren.<sup>610</sup> In diesen Fällen kann die Opt-out-Möglichkeit allein daher keine Konformität mit der zweiten Teststufe herstellen. Für die Beurteilung des Aufwands für den Opt-out bietet sich eine Orientierung am Formalitätenverbot an. Es kann erwartet werden, dass Urheber für eine Verwertung den Aufwand erbringen, der ihnen nach Art. 5 Abs. 2 RBÜ zulässigerweise aufgebürdet werden kann. Wenn eine Handlungslast also mit dem Formalitätenverbot konform ist und Urheber ihr – trotz entsprechender Kenntnis – nicht nachkommen, kann man darauf schließen, dass keine Beeinträchtigung der normalen Auswertung besteht. Insgesamt macht also der Opt-out allein eine Schranke nicht stets konform mit der zweiten Teststufe,<sup>611</sup> kann aber die Vereinbarkeit verbessern, indem er Konflikte mit der normalen Auswertung entschärft.<sup>612</sup>

<sup>606</sup> Vgl. *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 562: „Failure to comply is a signal that the net present value of expected future revenues from a work is lower than the cost of compliance“.

<sup>607</sup> *Ginsburg*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1607: „[...] if the author or rightsholder doesn't opt-out, that must mean there is no actual or potential market for the work, or that the author or rightsholder doesn't 'care' about exploiting it“; s.a. *dies.*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 762.

<sup>608</sup> Sonst bleiben auch Urheber untätig, die eigentlich eine eigene Verwertung wollen, vgl. *Ginsburg*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1609.

<sup>609</sup> Dazu im Einzelnen schon D.II.2.

<sup>610</sup> S. schon D.II.2.a)bb).

<sup>611</sup> So auch für EKL *Schovsbo/Riis/Rosenmeier*, ZUM 2022, 405, 411.

<sup>612</sup> A.A. *Ginsburg*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1611: „As a general proposition, an exception should pass three-step muster on its own merits; if it does not, then, as this analysis has shown, adding an opt-out feature will not save the exception from Berne-incompatibility.“; sowie *dies.*, B.U. L. Rev. 96 (2016), 745, 763 f. Fn. 72, 768.

d) *Keine unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen (Stufe 3)*

Auf der dritten Stufe werden schließlich Schranken ausgeschlossen, die berechnete (nicht-)ökonomische Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen. Die Interessen sind berechnete, wenn sie sich mit Blick auf den Schutzzweck des Urheberrechts normativ rechtfertigen lassen.<sup>613</sup> Weil jede Ausnahme oder Beschränkung ein Interesse des Urhebers zu verletzen vermag, muss die Verletzung *unzumutbar*, also unverhältnismäßig oder unangemessen, sein.<sup>614</sup> Zu berücksichtigen ist dafür, ob Verletzungen durch Vergütungsansprüche kompensiert werden.<sup>615</sup> Die Zumutbarkeit bestimmt sich auch mit Blick auf das die Schranke tragende Interesse, das nur mit dem mildesten Mittel verfolgt werden darf.<sup>616</sup>

aa) *Opt-out-Möglichkeit*

Unter einer Handlungslast sind Urheber durch die Opt-out-Möglichkeit in der Lage, jede Art von Verletzung abzuwenden.<sup>617</sup> Deshalb ist zweifelhaft, ob Beschränkungen die Interessen von Urhebern überhaupt verletzen oder ob eine Verletzung unzumutbar ist.<sup>618</sup> Bei einstufigen Anwendungsfällen tritt eine mögliche Verletzung gleichzeitig mit der Handlungslast ein; daran ändert es auch nichts, dass Urheber die Verletzung anschließend wieder beseitigen können.<sup>619</sup> Die Opt-out-Möglichkeit hat dort also keinen Einfluss auf die Verletzung an sich. Bei zweistufigen Anwendungsfällen kann eine Verletzung der Interessen dagegen durch den Opt-out abgewendet werden, bevor die Schranke greift.

Darüber hinaus beeinflusst die Opt-out-Möglichkeit auch, ob eine Verletzung unzumutbar ist. Dass der Urheber keinen Opt-out erklärt, wird nämlich nur der Fall sein, wenn es für ihn vorteilhafter ist, eine Verletzung hinzunehmen, als das Exklusivrecht herbeizuführen. Dann kann eine Verletzung aber nicht unzumutbar sein, denn sie stellt den Urheber besser als er unter dem stets zumutbaren Normalzustand ohne Ausnahme oder Beschränkung stünde. Allerdings gelten dafür dieselben Bedingungen wie schon zuvor unter der zweiten Stufe: Nur soweit Urheber Kenntnis von der Handlungslast haben und die Schranke mit ver-

<sup>613</sup> *WTO*, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 58 Rn. 6.224; *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 13.24.

<sup>614</sup> *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 13.26; *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 236.

<sup>615</sup> *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 13.25, 13.27; *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 237 f.

<sup>616</sup> *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 236.

<sup>617</sup> *Ginsburg*, Berkeley Tech. L.J. 28 (2013), 1583, 1607: „[...] the exception does not unreasonably prejudice the legitimate rights of the author because the opt-out enables the author to avoid all prejudice, unreasonable or otherwise“; so auch angedeutet von *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439, 444 Rn. 28. Es ist anhand des Formalitätenverbots zu prüfen, ob dadurch nur die Einführung einer Formalität verschleiert wird.

<sup>618</sup> Ablehnend für das ökonomische Interesse *Sprigman*, Stan. L. Rev. 57 (2004), 485, 562.

<sup>619</sup> S. zu einstufigen und zweistufigen Anwendungsfällen schon D.III.1.

hältnismäßigem Aufwand außer Kraft setzen können, ist es ein bewusster Entschluss, die Schranke anwendbar zu lassen.

Im Übrigen sind die Anwendungsfälle auch ein milderes Mittel als Schranken ohne Opt-out-Möglichkeit, denn es kommt nie zu einer dauerhaften Verletzung (außer-)ökonomischer Interessen des Urhebers. Eine Handlungslast ist deshalb eher zumutbar als eine dauerhafte Schranke.

#### *bb) Schrankenbegründendes Interesse*

Um zu bestimmen, ob eine Verletzung unzumutbar ist, muss sie außerdem ins Verhältnis zum schrankenbegründenden Interesse gesetzt werden. Alle dem Test unterworfenen Anwendungsfälle von Handlungslasten verfolgen qualifizierte Allgemeininteressen.<sup>620</sup> Demgegenüber ist das Interesse der Urheber am Verbot oft vermindert oder es besteht sogar ein positives Interesse an Nutzungen.<sup>621</sup> In diesen Fällen überwiegen die Interessen des Urhebers also nicht die Vorteile daraus, stattdessen die Interessen von Nutzern und der Allgemeinheit zu realisieren.<sup>622</sup> Allerdings setzen es Handlungslasten tatbestandlich nicht voraus, dass ein qualifiziertes Allgemeininteresse oder vermindertes Verbotsinteresse besteht. Das Interesse muss also im Einzelfall geprüft werden.

#### *cc) Vergütung*

Schließlich spielt es für die Zumutbarkeit von Verletzungen auch eine Rolle, ob unter der Beschränkung eine Vergütung zu zahlen ist. Je intensiver die Verletzung ist, also je umfangreicher die Freistellung ist,<sup>623</sup> desto eher muss der Eingriff durch eine Vergütung kompensiert werden, um noch zumutbar zu sein. Für die Höhe der Vergütung ist auch das Interesse zu berücksichtigen, das die Schranke trägt – je bedeutsamer es ist, desto höher kann der Verletzungsgrad auch ohne Vergütung sein.<sup>624</sup>

Die Anwendungsfälle zeigen, dass auch die Vergütung kein immanenter Bestandteil von Handlungslasten ist.<sup>625</sup> Eine angemessene Vergütung ist nur bei Nutzungen auf Grundlage von EKL einschließlich nicht verfügbarer Werke (§ 34 i.V.m. §§ 51 Abs. 3, 52 Abs. 3 VGG), Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren (§ 49 Abs. 1 S. 2 UrhG), verwaisten Werken (§ 61b S. 2 UrhG) und der Nutzung in Sammlungen für den religiösen Gebrauch (§ 46 Abs. 4 UrhG) geschuldet.

---

<sup>620</sup> S. dazu bereits D.I.1.a).

<sup>621</sup> S. dazu D.I.1.b).

<sup>622</sup> Vgl. etwa für Art. 10<sup>bis</sup> RBÜ *Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, S. 232 f.

<sup>623</sup> Für Art. 9 Abs. 2 RBÜ wird etwa nach der Anzahl der Vervielfältigungen unterschieden, s. *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright, Rn. 13.27.

<sup>624</sup> *Senftleben*, GRUR Int 2004, 200, 211.

<sup>625</sup> S. schon D.III.2.b).

Die Anwendungsfälle stellen also nicht stets sicher, dass Interessensverletzungen kompensiert werden und deshalb zumutbar sind.

Wenn man davon ausgeht, dass die Opt-out-Möglichkeit allein eine Verletzung nicht schon hinreichend zumutbar macht, gewinnt die Vergütung Bedeutung. Die ökonomischen Interessen eines Urhebers sind beispielsweise überhaupt nicht verwirklicht, wenn einerseits für die Schrankennutzung keine Vergütung anfällt und andererseits zwar eine Opt-out-Möglichkeit besteht, eine individuelle Verwertung aber faktisch ausscheidet. Die Zumutbarkeit steigert es dann, wenn Schrankennutzungen nur gegen eine Vergütung möglich sind. In solchen Fällen müssen Handlungslasten in Gestalt von definitiven Beschränkungen der Verwertungsrechte ausscheiden, weil bei ihnen keine Vergütung festgesetzt werden kann. Wenn eine angemessene Vergütung und die Opt-out-Möglichkeit zusammen auftreten, kann man im Gegenschluss davon ausgehen, dass keine unzumutbare Verletzung der außerökonomischen und ökonomischen Interessen vorliegt. Denn dann besteht in jedem Fall die Möglichkeit, sowohl eine Vergütung zu erlangen als auch unerwünschte Nutzungen zu unterbinden.

#### *e) Zwischenergebnis*

Der Drei-Stufen-Test stellt sich damit als überwindbare Hürde für Anwendungsfälle von Handlungslasten heraus. Durch den begrenzten Anwendungsbereich sind von vornherein nur Beschränkungen und Ausnahmen dem Test unterworfen; Handlungslasten in Gestalt einer freiwilligen, vermuteten Gestattung müssen sich dagegen nicht daran messen. Die Opt-out-Möglichkeit wirkt sich auf allen Teststufen aus: Es handelt sich um bestimmte Sonderfälle im Sinne der ersten Teststufe, weil unter einer Handlungslast stets der Weg in die exklusive Verwertung offensteht. Außerdem gibt es keinen Konflikt mit der herkömmlichen normalen Auswertung im Sinne der zweiten Teststufe, denn viele Anwendungsfälle greifen tatbestandlich nur bei einem mangelnden Verwertungsinteresse oder einer mangelnden Verwertungsmöglichkeit ein. Im Übrigen können Urheber Auswirkungen auf die Verwertung durch den Opt-out selbst regulieren. Tun sie das nicht, sind relevante Beeinträchtigungen der potentiellen oder künftigen normalen Auswertung unter zwei Bedingungen ausgeschlossen: Urheber müssen von Nutzung sowie Opt-out-Möglichkeit wissen und den Opt-out mit verhältnismäßigem Aufwand bewerkstelligen können. Die dritte Teststufe – keine unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen – wahren Anwendungsfälle von Handlungslasten schließlich, weil es durch die Opt-out-Möglichkeit nicht zu einer Verletzung kommen muss oder sie zumutbar ist. Wenn Urheber eine Verletzung bewusst hinnehmen, ist die Schranke für sie vorteilhafter als die stets zumutbare exklusive Verwertung. Im Übrigen wird die Zumutbarkeit einer Verletzung gesteigert, wenn es sich um eine vergütungspflichtige Schranke handelt – das stellen allerdings nicht alle Anwendungsfälle tatbestandlich sicher.

Insgesamt verbessert die Opt-out-Möglichkeit damit die Chancen, dass eine Ausnahme oder Beschränkung mit dem Drei-Stufen-Test vereinbar ist. Sie kann

allerdings lediglich auf der zweiten und dritten Stufe eine hinreichende Bedingung dafür sein, dass die Anforderungen gewahrt sind. Als entscheidende, aber beherrschbare Grenze für Handlungslasten stellt sich damit die erste Stufe heraus.<sup>626</sup>

### 3. Grundsatz der vorherigen Zustimmung

Auch das Unionsrecht formuliert Anforderungen, denen Handlungslasten des Urhebers gerecht werden müssen. Die vollharmonisierten Art. 2 S. 1, Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL sind nämlich als „Rechte vorbeugender Art“<sup>627</sup> ausgestaltet.<sup>628</sup> Urheber können sich deshalb einschalten, um Vervielfältigungen oder öffentliche Wiedergaben ihrer Schutzgegenstände ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten. Daraus leitet der EuGH den sog. „Grundsatz der vorherigen Zustimmung“ ab, wie er ihn in den Sachen *Soulier und Doke* und *Spedidam/INA* ausformuliert hat.<sup>629</sup> Weil Handlungslasten Nutzungen auch ohne Zutun des Urhebers erlauben, können sie damit in Konflikt geraten. Es ist im Folgenden zu untersuchen, ob in den Anwendungsfällen eine Zustimmung des Urhebers erforderlich ist und besteht.

#### a) Anwendungsbereich

Der Grundsatz der vorherigen Zustimmung gilt allerdings nicht in allen Anwendungsfällen. Er ist nicht einschlägig für Nutzungen, die weder das Vervielfältigungsrecht noch das Recht der öffentlichen Wiedergabe berühren und greift auch nicht, soweit unionsrechtlich gedeckte Ausnahmen oder Beschränkungen bestehen.<sup>630</sup> Dort ist von Gesetzes wegen gerade keine Zustimmung erforderlich, weil das Recht vorbeugender Art begrenzt ist. Schließlich findet der Grundsatz keine Anwendung auf sekundäres Unionsurheberrecht, soweit es die gewährten Rechte erst ausgestaltet. Der Grundsatz gilt folglich nur für den Anwendungsfall

<sup>626</sup> Vgl. auch *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 191.

<sup>627</sup> Gemeint sind damit Ausschließkeitsrechte, was in der Gegenüberstellung mit „Rechten mit Entschädigungscharakter“ deutlich wird, s. EuGH ECLI:EU:C:2016:379, Rn. 30 – *Reha-Training*; sie gewähren lediglich einen Vergütungsanspruch, vgl. *Grünberger*, GRUR 2016, 977, 978.

<sup>628</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2019:970, Rn. 38 – *Spedidam u.A./INA*; EuGH ECLI:EU:C:2018:634, Rn. 29 – *Córdoba*; EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 33 – *Soulier und Doke*; EuGH ECLI:EU:C:2016:379, Rn. 30 – *Reha-Training*; EuGH ECLI:EU:C:2012:140, Rn. 75 – *SCF*.

<sup>629</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 37 – *Soulier und Doke*; EuGH ECLI:EU:C:2019:970, Rn. 40 – *Spedidam u.A./INA*; s. zur „preventive nature“ auch *Rosati*, Copyright and the Court of Justice of the European Union, S. 60 f.

<sup>630</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 34 – *Soulier und Doke*; EuGH ECLI:EU:C:2019:970, Rn. 38 – *Spedidam u.A./INA*: „vorbehaltlich der in Art. 5 der RL 2001/29 erschöpfend aufgeführten Ausnahmen und Beschränkungen“.

der Bildersuchmaschinen, die rechtsgeschäftlichen Anwendungsfälle und die Nutzung auf unbekannte Nutzungsarten nach § 137I UrhG.

#### b) Zustimmung

Eine ausdrückliche Zustimmung gibt es in den genannten Anwendungsfällen nicht – vielmehr setzen sie gerade voraus, dass Urheber keine solche Zustimmung erteilt haben. Allerdings legen Art. 2 lit. a und Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL nicht fest, wie eine vorherige Zustimmung erteilt werden muss. Deshalb geht der EuGH davon aus, dass auch eine konkludente Zustimmung ausreichend sein kann<sup>631</sup> – etwa, indem Urheber einer Nutzung nicht widersprechen.<sup>632</sup> In den Anwendungsfällen kann die Zustimmung also darin liegen, dass Urheber ihre Dispräferenz nicht signalisieren.<sup>633</sup> Allerdings gelten für eine konkludente Zustimmung besondere Voraussetzungen, damit der Grundsatz der vorherigen Zustimmung nicht erodiert.<sup>634</sup> Erforderlich ist, dass Urheber „tatsächlich informiert“ werden – zum einen über die künftige Nutzung an sich und zum anderen darüber, wie sie die Nutzung untersagen können.<sup>635</sup> Anderenfalls bleibt hypothetisch, ob eine Zustimmung wirklich vorliegt.<sup>636</sup> Sie müssen allerdings nicht von jeder künftigen Nutzung tatsächlich Kenntnis haben. Ausreichend ist nach *Spedidam/INA*, dass aufgrund des Verhaltens der Urheber davon auszugehen ist, dass eine Nutzung der Werke für sie absehbar und von ihnen bezweckt ist.<sup>637</sup> Im Folgenden ist zu prüfen, ob es nach diesem Maßstab in den Anwendungsfällen eine konkludente Zustimmung gibt.

#### aa) Bildersuchmaschinen

Wenn Urheber Bilder im Internet frei zugänglich machen (lassen), erklären sie nach der BGH-Rechtsprechung eine schlichte Einwilligung gegenüber Bildersuchmaschinen – sie stimmen Nutzungen also zu.<sup>638</sup> Zwar erhalten Urheber nicht zwingend tatsächliche Kenntnis von einzelnen Nutzungen und Untersagungsmöglichkeiten.<sup>639</sup> Dennoch sind die Voraussetzungen des Grundsatzes der vor-

<sup>631</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 35 – Soulier und Doke; EuGH ECLI:EU:C:2019:970, Rn. 40 – Spedidam u.A./INA.

<sup>632</sup> Vgl. EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 43 – Soulier und Doke.

<sup>633</sup> Dazu bereits D.II.1.

<sup>634</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 37 – Soulier und Doke.

<sup>635</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 38 – Soulier und Doke.

<sup>636</sup> EuGH ECLI:EU:C:2016:878, Rn. 39 – Soulier und Doke.

<sup>637</sup> Dort lag eine konkludente Zustimmung zur Aufzeichnung und Verwertung einer Darbietung darin, dass ein ausübender Künstler zum einen an der Aufzeichnung mitwirkte und daher anwesend war und zum anderen seine Darbietung zum Zweck der Verwertung erbrachte, vgl. EuGH ECLI:EU:C:2019:970, Rn. 43 – Spedidam u.A./INA; vgl. auch *Grünberger*, ZUM 2020, 50, 52.

<sup>638</sup> Im Detail schon C.III.3.i).

<sup>639</sup> S. dazu schon D.II.2.b)bb)(2).

herigen Zustimmung gewährt: Wer Abbildungen im Internet bewusst offen bereitstellt, hat genauso Kenntnis von sich anschließenden Wiedergaben wie etwa der ausübende Künstler aus dem Verfahren *Spedidam/INA*, der seine Darbietung bewusst filmen lässt. Für gewöhnlich werden Inhalte gerade zu diesem Zweck im Internet zugänglich gemacht. In der Bereitstellung ohne technische Einschränkungen liegt also eine konkludente Zustimmung.

*bb) Rechtsgeschäftliche Anwendungsfälle*

Eine konkludente Zustimmung findet sich auch in den Anwendungsfällen der Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen, der besonderen Bestimmungen für Filme, Beiträge zu Sammlungen und Ausstellungen nach Veräußerung des Werkoriginals. Die Zustimmung folgt konkludent daraus, dass Urheber sich Nutzungsrechte nicht vorbehalten. Wenn Urheber einen Arbeitsvertrag eingehen, sich zur Mitwirkung bei der Herstellung eines Filmwerks verpflichten oder ein Werkoriginal veräußern, haben sie abstrakt Kenntnis von einer Nutzung ihrer Schöpfungen und erbringen ihre Leistung (auch) zu diesem Zweck. Es ist absehbar, dass ihre Werke von der anderen Partei genutzt werden sollen. Deshalb kann man im Einklang mit dem Grundsatz vorheriger Zustimmung annehmen, dass sie zukünftigen Nutzungen konkludent zustimmen, wenn sie sich die Rechte nicht vorbehalten.

*cc) Unbekannte Nutzungsarten nach § 137l UrhG*

Auch für Nutzungen nach § 137l UrhG liegt eine konkludente Zustimmung darin, dass Urheber der Nutzung nicht widersprechen. Die Unionsrechtskonformität der Norm stand zunächst in Zweifel, weil Urheber nach § 137l Abs. 1 S. 3 UrhG nicht „tatsächlich informiert“ sein müssen, sondern es ausreicht, eine Information an den Urheber abzusenden.<sup>640</sup> Auf Grundlage der Maßstäbe aus *Spedidam/INA* ist das Recht vorbeugender Art allerdings gewährt: Wer Nutzungsrechte in dem weiten Umfang einräumt, wie es § 137l Abs. 1 S. 1 UrhG fordert, weiß auch, dass sein Werk in weitestmöglichem Umfang genutzt werden soll und geht in der Regel zu diesem Zweck den Vertrag gerade ein. Deshalb kann man von einer konkludenten Zustimmung auch hinsichtlich unbekannter Nutzungsarten ausgehen, solange kein Widerspruch existiert. Dass Urheber keine Kenntnis von bei Vertragsschluss noch unbekannten Nutzungsarten haben können, ist für die Zustimmung unschädlich. Auch in *Spedidam/INA* konnte man nicht davon ausgehen, dass ausübende Künstler von Rundfunkeinspielungen zwischen 1959 und 1978 der damals unbekannten digitalen Verwertung ihrer Darbietungen zustimmen – dennoch hat der EuGH eine konkludente Zustimmung angenommen.<sup>641</sup> Der Grundsatz vorheriger Zustimmung ist also gewährt.

<sup>640</sup> Vgl. Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Spindler, § 137l UrhG Rn. 12a. Zur Information schon D.II.2.b)bb)(2).

<sup>641</sup> Grünberger, ZUM 2020, 50, 52.

*c) Zwischenergebnis*

Die Anwendungsfälle zeigen mit Blick auf den Grundsatz der vorherigen Zustimmung ein gemischtes Bild: Sie sind dem Anwendungsbereich entzogen, wenn es sich um Schranken und unionsrechtliche Ausgestaltungen der Rechte handelt oder die Rechte der Vervielfältigung und öffentlichen Wiedergabe nicht betroffen sind. Die übrigen Anwendungsfälle setzen zwar keine ausdrückliche Zustimmung des Urhebers voraus, wahren aber die Anforderungen des EuGH an eine konkludente Zustimmung. Sie kann darin liegen, dass Urheber einer Nutzung nicht widersprechen – in den Anwendungsfällen also ihre Dispräferenz nicht signalisieren. Erforderlich ist allerdings, dass aufgrund des Verhaltens der Urheber davon auszugehen ist, dass sie Kenntnis von Nutzungen haben und sie zu diesem Zweck erbringen. In den Anwendungsfällen sind Nutzungen für die Urheber aufgrund der Umstände absehbar und häufig gerade bezweckt, weshalb von einer konkludenten Zustimmung auszugehen ist.

## VI. Maßstab für Handlungslasten des Urhebers

Die Analyse hat die gemeinsamen Grundstrukturen der Anwendungsfälle hinsichtlich Anwendungsbereich, Wirkungen und Grenzen offengelegt und evaluiert. Dadurch haben Handlungslasten des Urhebers als Rechtsfigur Konturen gewonnen. Um die Figur für gegenwärtige und künftige Anwendungsfälle operabel zu machen, sind die Erkenntnisse noch mit Blick auf die Forschungsfrage zusammenzutragen: Wann sind Handlungslasten nun sinnvoll und zulässig? Unter welchen Umständen sollen sie Einsatz finden, wie sind sie auszugestalten? Grundlage dafür sind die durch die Analyse offengelegten Strukturmerkmale der Rechtsfigur. Im Hinblick auf vier Aspekte lässt sich das Feld abstecken, innerhalb dessen Anwendungsfälle von Handlungslasten des Urhebers zulässig und zweckmäßig sind: den Anwendungsbereich, der dogmatischen Einkleidung, der Kenntnis des Urhebers und das Gewicht der Last.

### *1. Anwendungsbereich*

Handlungslasten treffen mit zwei Umständen zusammen: einer Interessenlage, die von der gesetzlich angelegten abweicht, und verschwenderischen bis prohibitiv hohen Transaktionskosten. Sie reagieren darauf mit einer Re-Strukturierung des Ausschließlichkeitsrechts und einer Re-Allokation von Kosten. Die Analyse zeigt zum Anwendungsbereich, dass die Wirkungen der Handlungslast nur unter den genannten Umständen zweckmäßig sind. Denn nur, wenn Urheber in der Regel keine individuelle Verwertung wünschen oder ein besonderes Interesse an der Nutzung besteht, wird eine Handlungslast den Interessen gerecht und es kann Allokationseffizienz erreicht werden. Diese Interessenlage rechtfertigt außerdem, dass in den Anwendungsfällen ein Unterlassen des Urhebers rechtlich

erheblich wird: Nutzer dürfen aufgrund des mangelnden Verbotsinteresses darauf vertrauen, dass Urheber eine Dispräferenz signalisieren. Schließlich erfüllen Handlungslasten unter diesen Umständen ihre Funktion als Baustein von Zugangsregeln. Das Urheberrecht muss die Irritation des Wirtschaftssystems, dass es keines exklusiven Schutzes bedarf, aufnehmen können, wenn Urheber kein Interesse an einer exklusiven Verwertung zeigen oder die Verwertung aufgrund der Transaktionskosten zum Scheitern verurteilt ist. Es ist also eine Bedingung für die Zweckmäßigkeit von Handlungslasten, dass die geschilderte Interessenlage und Transaktionskostenverteilung bestehen.

Das Problem wird für Gesetzgeber häufig darin liegen, festzustellen, ob diese Umstände tatsächlich vorliegen. Gerade dann zeigen Handlungslasten aber ihre Stärke als Gesetzgebungstechnik: Durch die Prozeduralisierung entlasten sie Gesetzgeber davon, materielle Festlegungen unter Ungewissheit zu treffen, indem Entscheidungen an die Urheber selbst delegiert werden. Urheber, die ein Verbotsrecht wünschen, geben sich selbst zu erkennen. Wenn zweifelhaft ist, ob ein Verbotsrecht zu einer effizienten Ressourcenallokation führt, können Handlungslasten sicherstellen, dass die jeweils effizientere Lösung greift. Zum Verbotsrecht kommt es nämlich nur, wenn es sich für den Urheber lohnt, anderenfalls bleibt es bei einer Freistellung. Wenn Nutzungen aus Unkenntnis über den Rechtsinhaber oder Schutzstatus unterbleiben, führen Handlungslasten zu einer angemessenen Verteilung des Prognoserisikos. Nutzer müssen das Risiko einer Rechtsverletzung nur dann tragen, wenn sie auch über die Informationen verfügen, um es richtig einzuschätzen. Wenn schließlich ungewiss ist, ob sich die Nutzungsumstände schnell verändern, stellen Handlungslasten mit der *Loperty Rule* eine ausreichend flexible Befugnis bereit. Sie kann sich wandelnden Gegebenheiten anpassen. Zum Anwendungsbereich gehören deshalb auch Fälle, in denen die Interessenlage, die Effizienz des Verbotsrechts, die Verteilung des Prognoserisikos und Änderungen der Nutzungsumstände ungewiss sind. Voraussetzung dafür ist freilich, dass die in der Analyse herausgebildeten, nachstehenden Kriterien erfüllt sind. Unzweifelhaft nicht eröffnet ist der Anwendungsbereich von Handlungslasten hingegen, wenn nach der Interessenlage eindeutig individuelle Transaktionen stattfinden sollen und können. Dort würden Lasten dysfunktional wirken, weil sich die Kosten für Urheber und Nutzer erhöhten.

## 2. Dogmatische Gestaltung

Dass sich die dogmatischen Gestaltungen der bestehenden Anwendungsfälle deutlich unterscheiden, ist den verschiedenen Handlungsspielräumen von Gesetzgebern und Gerichten geschuldet. Nach der Analyse scheidet keine Form der Last von vornherein aus – es gehen aber Vor- und Nachteile mit bestimmten dogmatischen Einkleidungen einher. Das zeigt sich etwa mit Blick auf die Vergütung: Nach dem urheberrechtlichen Beteiligungsgrundsatz sind Nutzungen normalerweise zu vergüten, es sei denn, es liegt ein gesteigertes öffentliches Interesse vor. Die Vergütung hat außerdem einen Einfluss darauf, ob eine Schranke

der dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests gerecht wird. Bei Handlungslasten auf Ebene des Tatbestands oder der Rechtswidrigkeit können aber keine Vergütungen festgelegt werden für den Zeitraum, bevor der Urheber der Handlungslast nachgekommen ist. Vorzugswürdig sind deshalb Handlungslasten in Form von Schranken, weil der Gesetzgeber dort detaillierte Vorgaben für eine angemessene Vergütung treffen kann.

Das dogmatische Vehikel macht auch für das Formalitätenverbot einen Unterschied: Regelungen zum „Ob“ der Ausübung sind unzulässig – das „Wie“ oder „Wer“ darf hingegen unter eine Bedingung gestellt werden. Grund dafür ist, dass Regelungen, die eine Rechtseinräumung oder ihren Umfang vermuten und Mechanismen, um diese Rechtseinräumung zu widerlegen, nicht unter das Formalitätenverbot fallen.<sup>642</sup> Deshalb sind Gestaltungen, die an ein rechtsgeschäftliches Handeln des Urhebers anknüpfen, gegenüber einer Schranke oder Tatbestandsbeschränkung vorzuziehen. Das gilt auch für den Drei-Stufen-Test: Formen der freiwilligen Gestattung fallen nicht in den Anwendungsbereich und müssen sich deshalb nicht am Test messen lassen. Was die Gestaltungsform angeht, ist insgesamt also eine Vermutung der Gestattung die attraktivste Option für neue Anwendungsfälle.

### *3. Kenntnis*

Das wohl wichtigste Element für Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit von Handlungslasten ist die Kenntnis des Urhebers. Urheber können einer Handlungslast nur nachkommen, wenn sie auch davon wissen. Die Kenntnis taucht in der Analyse deshalb immer wieder als Voraussetzung dafür auf, dass eine Handlungslast sinnvoll ist und inner- und außerrechtlichen Maßstäben genügt. Zunächst erklärt sie, warum ein Unterlassen des Urhebers relevant wird: Nutzer dürfen auf ein Signal der Dispräferenz von Urhebern vertrauen, weil Urheber ein mangelndes Verbotsinteresse zeigen. Dass dieses Signal ausbleibt, ist Urhebern in bestimmten Fällen aber nur zurechenbar, wenn sie Kenntnis von Nutzungen und ihrer Verbotsmöglichkeit haben. Die Kenntnis ist deshalb ein entscheidender Baustein, um das passive Element der Anwendungsfälle von Handlungslasten zu erklären (Legitimationsfunktion). Auch die Steuerung des Prognoserisikos über eine Handlungslast setzt die Kenntnis des Urhebers voraus. Urheber müssen wissen, welche Handlungsoptionen sie haben – nur dann kann es dazu kommen, dass sie Nutzern bestimmte Informationen offenbaren. Gleiches gilt für den Unterscheidungsmechanismus: Urheber, die nicht an einer Verwertung interessiert sind, lassen sich nur selektieren, wenn sie Kenntnis vom Sachverhalt haben, aber dennoch passiv bleiben. Auch Fristen sind lediglich dann sinnvoll, wenn der Urheber Kenntnis hat. Darüber hinaus ist die Kenntnis des Urhebers auch Bedingung für

---

<sup>642</sup> Dabei muss eine hinreichende Freiwilligkeit gesichert sein; dafür können die folgenden Merkmale der Kenntnis und der Schwere der Last sorgen.

die Effizienzüberlegenheit von Handlungslasten: Loperty Rules sind gegenüber (Zero-Price) Liability Rules nur zu bevorzugen, wenn Urheber Marktlösungen herbeiführen, sobald diese möglich sind. Dafür muss das Eigeninteresse des Urhebers mobilisiert werden, wofür wiederum sein Wissen entscheidend ist. Der Urheber kann allein dann eine rationale und nutzenmaximierende Entscheidung treffen, wenn er von den Nutzungen und seiner Verbotsmöglichkeit weiß. Die Kenntnis hat des Weiteren auch Bedeutung dafür, dass die Opt-out-Möglichkeit unter dem Drei-Stufen-Test mitigierend wirkt. Lediglich bei Kenntnis kann aus der Untätigkeit von Urhebern geschlossen werden, dass sie nicht an einer normalen Auswertung interessiert sind (zweite Teststufe) und, dass keine unzumutbare Verletzung berechtigter Interessen besteht (dritte Teststufe). Eine konkludente Zustimmung unter dem Grundsatz der vorherigen Zustimmung setzt schließlich voraus, dass aufgrund des Verhaltens davon auszugehen ist, dass Urheber Kenntnis von Nutzungen haben.

Hinsichtlich des Inhalts der Kenntnis muss dem Urheber nicht nur die Nutzung, sondern auch die Handlungsoption bekannt sein. Wenn sowieso eine Information über die Nutzung erfolgen muss, erzeugt es keinen zusätzlichen Aufwand, zugleich auch über die Handlungsoption zu informieren. Das bedeutet aber nicht, dass bei jeder Handlungslast eine Information erforderlich ist, durch die der Urheber positive Kenntnis erhält. Ausreichend ist, dass eine Kenntnisnahme einerseits möglich und andererseits so wahrscheinlich ist, dass an Exklusivität interessierte Urheber sich positive Kenntnis verschaffen werden. Die Kenntnis der Umstände ist damit eine zentrale Voraussetzung für Zweckmäßigkeit und Zulässigkeit von Handlungslasten – es ist immer sicherzustellen, dass Urheber von der Nutzung an sich (betroffenes Werk, Nutzer und Umfang) und ihrer Handlungsmöglichkeit wissen können.

#### 4. Schwere der Last

Die Schwere der Last ist schließlich ein weiterer Parameter der Zweckmäßigkeit und Zulässigkeit. Eine Handlungslast, die zu hohe Anforderungen stellt, wird nicht erfüllt werden, selbst wenn das eigentlich vom Urheber gewollt und vorteilhaft wäre. Deshalb reicht nicht nur die Kenntnis der Umstände – vielmehr muss der Urheber seiner Last auch mit verhältnismäßigem Aufwand nachkommen können. Die Bedeutung zeigt sich etwa beim Unterscheidungsmechanismus: Um zwischen am Verbotsrecht interessierten und uninteressierten Urhebern zu unterscheiden, muss sichergestellt sein, dass interessierte Urheber der Last genügen können. Auch der Drei-Stufen-Test verlangt, dass die Last nicht zu schwer ausfällt, denn das Unterlassen des Urhebers hat auf der zweiten und dritten Teststufe nur dann einen Erklärungswert, wenn ein Tätigwerden möglich wäre. Der Aufwand wirkt sich auch auf die Steuerung des Prognoserisikos aus, denn Urheber werden Informationen nur offenbaren, wenn es mit verhältnismäßigem Aufwand möglich ist. Das ist auch Bedingung für eine effiziente Ressourcenallokation: Die Figur des Cheapest Cost Avoider zeigt, wer den geringeren Auf-

wand hat, aber nicht, ob sich dieser Aufwand auch lohnt und Transaktionen erfolgen können. Damit Urheber anhand der Last eine effiziente Allokation bewirken, müssen sie mit verhältnismäßigem Aufwand handeln können. Die Last darf deshalb nie schwerer wiegen, als das Maß, in dem ihr Eigeninteresse sie zum Tätigwerden motiviert.

Als Maßstab bietet sich dafür etwa das Formalitätenverbot an. Was Urhebern danach zulässigerweise aufgebürdet werden darf, muss jedenfalls angemessen sein. Abgesehen davon hängt der zumutbare Aufwand aber von den Umständen des Einzelfalls ab, wie den zur Verfügung stehenden Informationen und dem Kenntnisgrad. Er ist letztlich mit dem vom Nutzer zu betreibenden Restaufwand auszugleichen; beides führt im Zusammenwirken zu einer optimalen Lösung.

Diese vier Kriterien geben den Rahmen vor, innerhalb dessen sich bestehende und zukünftige Anwendungsfälle von Handlungslasten bewegen können. Sie zeigen, dass Schrankenlösungen und rechtsgeschäftliche Anwendungsfälle strukturell vorzugswürdig sind. Außerdem geben sie klar zu erkennen, dass Lasten dysfunktional wirken, wenn sie den Anwendungsbereich aus Interessenlage und Transaktionskostenproblematik verlassen, überhaupt keine Kenntnis des Urhebers vorsehen oder unverhältnismäßigen Aufwand erfordern, um der Last nachzukommen. Ob hinsichtlich der Kenntnis und der Schwere der Last die Anforderungen konkret gewahrt sind, ist aber mit Blick auf die Voraussetzungen im Einzelnen zu beurteilen. Es muss immer gesichert sein, dass die Funktionen der Re-Strukturierung und Re-Allokation der Kosten ihr Ziel erreichen: ein Urheberrecht, das der Interessenlage der Beteiligten gerecht wird und *bei Bedarf* Marktlösungen ermöglicht.

## E. Gesamtergebnis

Dieses abschließende Kapitel führt die Ergebnisse der Arbeit entsprechend dem Verlauf der Untersuchung zusammen. Die Untersuchung gliederte sich sachlich in zwei große Komplexe: Zunächst ging es darum, Handlungslasten des Urhebers als Rechtsbegriff zu erfassen. Dazu war ein Transfer des Lastenbegriffs vom Zivilverfahrensrecht in das materielle Zivilrecht, seine Anwendung auf Ausschließlichkeitsrechte und schließlich seine Übertragung ins Urheberrecht erforderlich (Kapitel B. und C.) Anschließend hat die Untersuchung Handlungslasten des Urhebers – um dogmatische Aussagen und Regeln zum Umgang ergänzt – als Rechtsfigur strukturiert und operationalisiert. Kern der Arbeit war dazu eine Analyse der Entstehungsumstände, Voraussetzungen, Rechtsfolgen und insbesondere der Funktionen, sowie der Grenzen des internationalen Urheberrechts (Kapitel D.).

### I. Handlungslasten im Recht

Ausgangspunkt von Handlungslasten als Rechtsbegriff im Abschnitt B.I. war das Zivilprozessrecht. Zivilprozessuale Lasten beschreiben eine Prozessrechtslage, in der eine Partei einen ihr drohenden Nachteil durch eigenes Prozessverhalten abwenden kann.<sup>1</sup> Sie haben eine Steuerungswirkung, weil sie dem Belasteten einen Nachteil als hypothetischen Erfolg vor Augen führen. Rationale Belastete werden solche Erfolge vermeiden wollen; die Wirkungslogik der Lasten basiert also auf der Rationalität der Belasteten.<sup>2</sup> Diese Motivationswirkung ist auch im materiellen Zivilrecht denkbar, sodass sich ein Transfer des Begriffes anbot. Die Untersuchung beschränkte sich dabei auf Lasten, bei deren Nichterfüllung für den Belasteten ein *Nachteil* eintritt. Anderenfalls verspricht der Begriff wenig Erkenntnisgewinn, denn nach dem Gedanken der Privatautonomie muss grundsätzlich immer eine Person tätig werden, damit ein Vorteil eintritt.<sup>3</sup> Handlungslasten im materiellen Recht sind also keine Initiativlasten, die immer entweder auf die eine oder andere Partei entfallen – vielmehr handelt es sich um situationsspezifische Belastungen einer Partei einen Nachteil abzuwenden. Er-

---

<sup>1</sup> S. B.I.1.

<sup>2</sup> S. B.I.2.

<sup>3</sup> S. B.II.1.a).

forderlich ist deshalb, zwischen Vor- und Nachteilen zu unterscheiden. Dafür diene der normative Normalfall als Referenzpunkt: Ein Nachteil droht dann, wenn die Rechtslage nach der Last von der Rechtslage negativ abweicht, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eintritt.<sup>4</sup> Dazu ist der jeweilige Regelungszusammenhang normativ-wertend zu betrachten.

Tatbestände, die solche Nachteile in Aussicht stellen, wurden anschließend in Abschnitt B.II. in die *Dogmatik* der zivilrechtlichen Verhaltensanforderungen eingefügt. Sie grenzen sich von Pflichten und Obliegenheiten nach dem Grad des „Sollens“ hinsichtlich Rechtsfolge und Interessenlage ab: Die Erfüllung von Pflichten liegt stets im Interesse des Berechtigten und ist bei einem Verschulden rechtlich erzwingbar, ihre Nichterfüllung ist also rechtlich bewehrt.<sup>5</sup> Die Erfüllung von Obliegenheiten liegt häufig ebenfalls im Interesse der anderen Partei und ihr Verstoß setzt ein Verschulden voraus, allerdings ist ihre Nichterfüllung nicht rechtswidrig.<sup>6</sup> Obliegenheiten führen nur zu einem Nachteil in der Rechtsphäre des Trägers und sind deshalb nicht erzwingbar. Lasten hingegen grenzen sich auf der einen Seite von Pflichten ab, indem es dem Belasteten freisteht, der Last nachzukommen. Die Nichterfüllung ist also nicht rechtlich bewehrt; es besteht kein Forderungsrecht, sondern nur eine Verhaltenserwartung.<sup>7</sup> Im Gegensatz zu Obliegenheiten auf der anderen Seite erfordert die Last keinen schuldhaften Verstoß und die unbelastete Partei hat nie ein Interesse an ihrer Erfüllung.<sup>8</sup> Auf dieser Grundlage gewann die Untersuchung anschließend einen *positiven Begriff* der Handlungslast: Handlungslasten bestehen in Rechtslagen, die ein ausschließlich im Eigeninteresse liegendes Tun oder Unterlassen zwar nicht erzwingen, aber erforderlich machen, um eine negative Abweichung vom normativen Normalfall abzuwenden.<sup>9</sup>

Schließlich wurde der Begriff in Abschnitt B.III. noch für vermögenswerte Ausschließlichkeitsrechte wie das Urheberrecht konkretisiert. Anknüpfungspunkt für eine Handlungslast des Rechtsinhabers eines Ausschließlichkeitsrechts kann nur die *Wirkung* des Rechts sein. Grund ist, dass die Entstehung des Rechts für den Rechtsinhaber stets ein Vorteil ist und die Durchsetzung immer zur Last des Rechtsinhabers fällt – beide also keinen Nachteil bedeuten.<sup>10</sup> Normativer Normalfall der Wirkung ist, dass der Rechtsinhaber einen Unterlassungsanspruch, also ein Verbotsrecht hat, wenn die Rechtsfolge Unterlassen für das jeweilige Ausschließlichkeitsrecht nur für bestimmte Fälle ausgeschlossen ist.<sup>11</sup> Eine Abweichung von diesem Normalfall liegt also immer dann vor, wenn kein Verbotsrecht besteht.

<sup>4</sup> S. B.II.1.b).

<sup>5</sup> S. B.II.2.a).

<sup>6</sup> S. B.II.2.b).

<sup>7</sup> S. B.II.2.a).

<sup>8</sup> S. B.II.2.b).

<sup>9</sup> S. B.II.3.

<sup>10</sup> S. B.III.1, B.III.3.

<sup>11</sup> S. B.III.2.c).

## II. Handlungslasten des Urhebers

Auf dieser Grundlage wurde der Begriff in Kapitel C. auf das Urheberrecht angewandt. Dabei galt es, zunächst den normativen Normalfall des Urheberrechts zu ermitteln. Abschnitt C.I. zeigte, dass – obwohl das Urheberrecht häufig normativ als ein Ausgleich zwischen Ausschließlichkeit und Zugangsfreiheit gedeutet wird – die Ausschließlichkeit strukturell bevorzugt ist. Sie ist der verfahrensmäßige und inhaltliche Grundfall des Urheberrechts.<sup>12</sup> Handlungslasten können also bestehen, wenn von der Ausschließlichkeit abgewichen wird. Auf Basis dieser Prämisse konnte im folgenden Abschnitt C.II. der Begriff der Handlungslasten des Urhebers schrittweise präzisiert werden: Weil es sich um Fälle handeln muss, in denen der Urheber eine Abweichung von der Ausschließlichkeit verhindern kann, grenzen sich Handlungslasten von dauerhaften Exklusivitätseinschränkungen ab.<sup>13</sup> Außerdem muss das Handeln des Urhebers eine rechtliche Wirkung haben – Fälle, in denen Urheber bloß faktisch den Verlust von Ausschließlichkeit verhindern können, sind folglich keine Handlungslasten.<sup>14</sup> Darüber hinaus betreffen Handlungslasten unilaterales und nicht bloß konsensuales Handeln.<sup>15</sup> Nach dem normativen Normalfall ist der Belastete außerdem grundsätzlich der Urheber.<sup>16</sup> Schließlich können nach den Umständen des Einzelfalls Situationen ausscheiden, in denen Urheber Nachteile freiwillig eingehen.<sup>17</sup> Mithilfe dieser Festlegungen und Abgrenzungen erschloss sich dann eine urheberrechtsspezifische Definition des Rechtsbegriffs:

*Handlungslasten des Urhebers bestehen in Rechtslagen, die ein Verhalten des Urhebers erfordern, um oktroyierte Abweichungen von der Ausschließlichkeit abzuwenden.*<sup>18</sup>

Auf Grundlage dieser Definition ergaben sich in Abschnitt C.III. 16 bestehende *Anwendungsfälle* von Handlungslasten des Urhebers: Den Tatbestand von Verwertungsrechten betreffen die Anwendungsfälle der Nutzung durch Verlinkung und durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten nach §§ 4 ff. UrhDaG.<sup>19</sup> Auf Schrankenebene gibt es Anwendungsfälle von Handlungslasten hinsichtlich Nutzungen durch TDM nach § 44b UrhG, von Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren nach § 49 Abs. 1 UrhG, von verwaisten Werken nach §§ 61 ff. UrhG und für Sammlungen für den religiösen Gebrauch nach § 46 UrhG, sowie die Änderung von Werken in solchen Sammlungen nach § 62 Abs. 5 UrhG.<sup>20</sup> Schließlich betreffen Anwendungsfälle von Handlungslasten die Ein-

<sup>12</sup> S. C.I.2.c).

<sup>13</sup> S. C.II.1.a).

<sup>14</sup> S. C.II.1.b).

<sup>15</sup> S. C.II.1.c).

<sup>16</sup> S. C.II.3.

<sup>17</sup> S. C.II.4.

<sup>18</sup> S. C.II.5.

<sup>19</sup> S. C.III.1.

<sup>20</sup> S. C.III.2.

räumung einer Form der Gestattung für unbekannte Nutzungsarten nach § 1371 Abs. 1 UrhG, über EKL nach §§ 51 ff. VGG, für nicht verfügbare Werke nach §§ 51a ff. VGG sowie § 61d UrhG, für die Ausstellung nach Veräußerung des Werkoriginals nach § 44 Abs. 2 UrhG, für Urheber in Arbeits- und Dienstverhältnissen nach § 69b UrhG, über besondere Bestimmungen für Filme nach §§ 88 Abs. 1, 89 Abs. 1 UrhG, für Beiträge zu Sammlungen nach § 38 Abs. 1 UrhG, bei der Übertragung von Nutzungsrechten bei Unternehmens(teil)übertragung nach § 34 Abs. 3 UrhG und für Bildersuchmaschinen im Wege einer schlichten Einwilligung.<sup>21</sup>

### III. Analyse der Anwendungsfälle

Den Kern der Arbeit bildete die sich anschließende Analyse der Anwendungsfälle in Kapitel D. Sie vollzog den Schritt von der Konkretisierung des Rechtsbegriffs hin zur Konstruktion einer *Rechtsfigur* der Handlungslasten des Urhebers. Einerseits legte sie dazu die gemeinsame Grundstruktur und die verbindenden Hintergrundannahmen der Anwendungsfälle offen, andererseits evaluierte sie, welche dieser Elemente zu Handlungslasten des Urhebers gehören sollen und schrieb sie fort.

#### 1. Entstehungsumstände

Hinsichtlich der Entstehungsumstände ergab die Analyse in Abschnitt D.I., dass Handlungslasten zwei Umstände voraussetzen. Sie bedingen einerseits eine spezielle *Interessenlage*: Auf Nutzerseite befindet sich regelmäßig ein qualifiziertes Allgemein- oder Partikularinteresse an der Nutzung und auf Urheberseite regelmäßig ein verringertes Verbotsinteresse.<sup>22</sup> Es ist die Ausnahme, dass Urheber das Verbotsrecht für individuelle Verhandlungen und Transaktionen einsetzen möchten. Indikator dafür ist ihr aktives Vorverhalten.<sup>23</sup> Sie halten Schutzgegenstände in einem offenen Medium bereit oder eröffnen rechtsgeschäftlich bestimmte Nutzungsmöglichkeiten, die weitere Nutzungsmöglichkeiten nahelegen. Andererseits bestehen in den Anwendungsfällen entweder prohibitiv hohe oder verschwenderische *Transaktionskosten*. Sie ergeben sich zum einen aus einer hohen Anzahl zu nutzender Schutzgegenstände, betroffener Rechtsinhaber oder beabsichtigter Nutzungen.<sup>24</sup> Zum anderen geraten Transaktionskosten in ein prohibitives Ausmaß, wenn die Such- und Präferenzermittlungskosten von Nutzern außer Verhältnis zum Nutzungsvorteil stehen.<sup>25</sup> Schließlich sind die Transakti-

<sup>21</sup> S. C.III.3.

<sup>22</sup> S. D.I.1.

<sup>23</sup> S. D.I.1.b).

<sup>24</sup> S. D.I.2.b).

<sup>25</sup> S. D.I.2.c).

onskosten verschwenderisch, wenn es zu unnötigen expliziten Transaktionen kommen muss.<sup>26</sup>

## 2. Voraussetzungen und Rechtsfolgen

Abschnitt D.II. untersuchte daraufhin die Voraussetzungen der Tatbestände. Allen Anwendungsfällen ist gemein, dass sie an ein Unterlassen des Urhebers anknüpfen. Trotz unterschiedlicher Phänotypen hat das Unterlassen einen gemeinsamen Nenner: *Urheber unterlassen es, zu signalisieren, dass sie Nutzungen ohne individuelle Transaktion dispräferieren*.<sup>27</sup> Positiv gewendet müssen sie deshalb zeigen, dass sie über die Befugnis individuell verhandeln wollen. Dass die Anwendungsfälle dem Unterlassen des Urhebers eine Wirkung beimessen, lässt sich auf das Verbot widersprüchlichen Verhaltens zurückführen.<sup>28</sup> Nutzer dürfen erwarten, dass Urheber eine Dispräferenz signalisieren, weil es ein Gebot der Urheber gibt, zu handeln. Das Gebot entsteht durch das ein mangelndes Verbotinteresse zeigende Vorverhalten oder die bloße Kenntnis der Urheber von den Nutzungen und ihrer Handlungsmöglichkeit. Zwei weitere Tatbestandsmerkmale flankieren dieses passive Element und fungieren als Sicherheit für den Urheber: die *Information* des Urhebers und die *Frist*. Hinsichtlich Inhalt und Kenntnisgrad der Information unterscheiden sich die Anwendungsfälle stark.<sup>29</sup> Anders als es geboten wäre, ist nicht stets abgesichert, dass Urheber von Nutzungen und ihrer Verbotsmöglichkeit Kenntnis haben. Die Fristen wirken nutzungsaufschiebend zugunsten des Urhebers und entscheidungserzwingend zu seinen Lasten.<sup>30</sup> Sie sind nur dort sinnvoll, wo auch eine Information erfolgt und die Verbotsmöglichkeit noch besteht.

In Abschnitt D.III. richtete sich der Blick auf die *Rechtsfolgen* der Anwendungsfälle. Bei sog. einstufigen Handlungslasten des Urhebers fallen Exklusivitätseinschränkung und Handlungsbelastung zusammen. Auch wenn dann noch eine Verbotsmöglichkeit besteht, tritt bereits eine Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall ein.<sup>31</sup> Bei zweistufigen Anwendungsfällen fallen die Rechtsfolge und die Handlungslast dagegen auseinander. Eine Abweichung vom urheberrechtlichen Normalfall der Exklusivität besteht erst, wenn die Rechtsfolge eintritt; zuvor handelt es sich bei der Last um eine bloße Ausübungsregelung.<sup>32</sup> Der von den Anwendungsfällen freigestellte Nutzungsumfang begrenzt sich auf das erforderliche Maß. Aufgrund der unterschiedlichen dogmatischen Einkleidungen sind Vergütungen nur unsystematisch angeordnet.

<sup>26</sup> S. D.I.2.d).

<sup>27</sup> S. D.II.1.a).

<sup>28</sup> S. D.II.1.c).

<sup>29</sup> S. D.II.2.

<sup>30</sup> S. D.II.3.

<sup>31</sup> S. D.III.1.a).

<sup>32</sup> S. D.III.1.b).

### 3. Funktionen

Den Schwerpunkt der Analyse bildete anschließend die Betrachtung der Funktionen von Handlungslasten in Abschnitt D.IV. Funktionen sind tatsächlich eintretende und nicht nur intendierte Wirkungen, die aber über die unmittelbar angelegten Rechtsfolgen hinausgehen.

#### a) Re-Strukturierung des Ausschließlichkeitsrechts

Handlungslasten des Urhebers bewirken danach zunächst eine Re-Strukturierung des Ausschließlichkeitsrechts. Die Analyse unterscheidet zwischen zwei Unterfunktionen: der *Flexibilisierung* und der *Prozeduralisierung* des Ausschließlichkeitsrechts. Handlungslasten flexibilisieren das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers, indem sie die herkömmliche Taxonomie der Befugnisse von *Calabresil Melamed* anhand des Faktors Zeit weiter ausdifferenzieren.<sup>33</sup> Mit der sog. *Loperty Rule* kommt eine Befugnis zum Einsatz, die die Diskussion um den richtigen Einsatz von Property Rules und Liability Rules weiter befruchtet. Sie ist ein Amalgam beider Schutzniveaus, in dem sie in Status A als (Zero-Price) Liability Rule und in Status B als Property Rule wirkt.<sup>34</sup> Diese Doppelnatur verbindet sich mit zwei Vorteilen: Zum einen werden so die statischen Befugnisse der herkömmlichen Taxonomie dynamisiert – sie können also auf sich ändernde Bedingungen reagieren und mit Zielen wie ökonomischer Effizienz, Gerechtigkeit oder Privatautonomie synchronisiert werden.<sup>35</sup> Zum anderen werden die Vorteile von Property Rule und Liability Rule so kombiniert, dass sich die jeweiligen Nachteile ausstechen. Es kommt einerseits zur Freistellung der Nutzung, sodass keine Transaktionskosten anfallen – andererseits steht auch der Verhandlungsmechanismus zur Verfügung, sodass es keine Bepreisung abseits vom Markt geben muss.<sup>36</sup>

Die Struktur des Ausschließlichkeitsrechts verändert sich außerdem durch eine *Prozeduralisierung*. Mit einer Handlungslast verlagert der Gesetzgeber die materielle Entscheidung über das Schutzniveau des Ausschließlichkeitsrechts in ein formelles Verfahren. Weil dieses Verfahren in der Hand des Urhebers liegt, tritt an die Stelle des Opt-in-Systems ein Opt-out-System.<sup>37</sup> Dadurch gelingt es einerseits, das *Prognoserisiko* der Nutzer zu steuern: Weil Status A der Loperty Rule zulasten von Urhebern wirkt, die eine exklusive Verwertung wünschen, haben sie einen Anreiz, Status B herbeizuführen. Mit dem dazu notwendigen Akt der Disposition offenbaren sie Nutzern zugleich Informationen zum Schutzstatus des Werks, ihrer Identität und Präferenz gegenüber Nutzungen. Wenn Ur-

<sup>33</sup> S. D.IV.1.a).

<sup>34</sup> S. D.IV.1.a)cc).

<sup>35</sup> S. D.IV.1.a)cc)(1).

<sup>36</sup> S. D.IV.1.a)cc)(2).

<sup>37</sup> S. D.IV.1.b)bb).

heber Exklusivität herbeiführen möchten, müssen sie also zugleich das Informationsdefizit der Nutzer ausgleichen. Nutzer tragen deshalb nur dann ein Prognoserisiko, wenn sie auch ausreichend Kenntnis haben, um es zu überblicken – es kommt zu einer Koinzidenz von Transaktionserforderlichkeit und -möglichkeit.<sup>38</sup> Die Prozeduralisierung fungiert andererseits auch als *Mechanismus der Unterscheidung*: Die Handlungslast erlaubt, zu identifizieren, welche Urheber an einer exklusiven Verwertung interessiert sind und welche nicht. Eingriffe in Rechte Dritter durch das Verbotsrecht werden so an die Grundbedingung gebunden, dass ein exklusiver Schutz nur dort besteht, wo die Interessen eines Urhebers ihn verlangen – einem Freiheitsverlust auf Nutzerseite steht also stets ein materielles Interesse eines Urhebers gegenüber, wodurch Legitimation und Akzeptanz des Rechts gestärkt werden.<sup>39</sup>

#### b) Re-Allokation von Kosten

Eine weitere Funktion von Handlungslasten des Urhebers liegt darin, die *Kosten für eine Nutzung zwischen Urheber und Nutzer zu re-allozieren*. Durch eine Handlungslast werden einerseits Nutzer entlastet, indem ihre Suchkosten in Recherche- und Hinweiskosten umstrukturiert werden, Präferenzermittlungskosten sich zu Detektionskosten wandeln und die Verhandlungskosten um die Spezifizierungslast gekürzt werden.<sup>40</sup> Andererseits werden Urheber mit zusätzlichen Kosten belastet, indem für sie Beobachungskosten entstehen, Handlungskosten anfallen, wenn sie ihrer Last nachkommen wollen und sie weitere Verhandlungskosten tragen müssen.<sup>41</sup>

Die Entlastung der Nutzer ist in den Anwendungsfällen ökonomisch legitim, weil eine Zugangsbeschränkung nicht gerechtfertigt ist. Die marktfunktionale Begründung des Exklusivrechts nach dem Property Rights-Ansatz verlangt, dass der Nutzen der Zugangsbeschränkung größer sein muss als die daraus entstehenden Kosten. Zu den Kosten gehören auch die Markttransaktionskosten, die in den Anwendungsfällen prohibitiv hoch bis verschwenderisch sind. Dass die urheberrechtliche Exklusivität hier aufgehoben wird und Nutzer dadurch von den Kosten entlastet werden, ist deshalb aus ökonomischer Sicht geboten.<sup>42</sup>

Die Belastung der Urheber ist dagegen ökonomisch gerechtfertigt, wenn sich dadurch eine Marktlösung einstellt, die gegenüber einer dauerhaften Aufhebung des Verbotsrechts effizienzüberlegen ist. Die ökonomische Analyse des Urheberrechts verlangt herkömmlicherweise immer dann nach einer (dauerhaften) Schranke, wenn die sozialen Kosten der Nutzungsbeschränkung zu hoch sind. Die Untersuchung zeigte dagegen, dass noch eine zusätzliche Trennlinie gezogen

<sup>38</sup> S. D.IV.1.b)cc).

<sup>39</sup> S. D.IV.1.b)dd).

<sup>40</sup> S. D.IV.2.a)aa).

<sup>41</sup> S. D.IV.2.a)bb).

<sup>42</sup> S. D.IV.2.b)aa).

werden muss: Wenn die sozialen Kosten zu hoch sind, weil es an der *Transaktionsbereitschaft* fehlt, ist eine dauerhafte Aufhebung des Verbotsrechts durch eine Schranke geboten. Wenn aber die sozialen Kosten zu hoch sind, weil es schon an der *Transaktionsmöglichkeit* fehlt, muss man das Verbotrecht nicht dauerhaft aufheben, sondern kann versuchen, den Marktmechanismus wieder in Gang zu setzen.<sup>43</sup> Dem dient die *Loperty Rule*. Sie ist folglich immer dann in Erwägung zu ziehen, wenn das Problem nicht in der Transaktionsbereitschaft, sondern in der Transaktionsmöglichkeit liegt.

Damit eine *Loperty Rule* gegenüber einer (*Zero-Price*) *Liability Rule* effizienzüberlegen ist, muss aber eine Bedingung erfüllt sein: Die Kosten dafür, den Marktmechanismus zum Laufen zu bringen, müssen geringer sein, als die Kosten dafür, einfach eine dauerhafte Schranke einzusetzen.<sup>44</sup> Die Untersuchung identifizierte zwei Umstände, unter denen das der Fall ist: Zum einen muss die zwischen den Parteien relativ effizienteste Kostenallokation gefunden sein, der Urheber muss also *Cheapest Cost Avoider* sein. Zum anderen muss die *Loperty Rule* sicherstellen, dass es auch wirklich zur optimalen Allokation von Ressourcen über die Verhandlungslösung kommt, der Marktmechanismus also funktioniert, wenn er eingreift.

*Cheapest Cost Avoider* sind die Urheber, weil sich durch ihre Inanspruchnahme die Kosten insgesamt verringern lassen. Die Analyse zeigte, dass die Beobachtungskosten der Urheber und Recherche- und Hinweiskosten der Nutzer bei einer Handlungslast die Suchkosten der Nutzer im Normalfall unterschreiten; gleiches gilt für die Handlungslasten der Urheber und Detektionskosten der Nutzer unter einer Handlungslast im Vergleich zu den Präferenzermittlungskosten der Nutzer im Normalfall.<sup>45</sup> Generell sinken die Kosten durch die Inanspruchnahme des Urhebers, je höher die Anzahl der zu nutzenden Werke ist, je besser Nutzungen erkennbar sind und je einfacher sie sich untersagen lassen.

Darüber hinaus ist eine *Loperty Rule* einer Schranke absolut effizienzüberlegen, wenn Befugnisse über den Markt gehandelt werden können. Dafür müssen Handlungslasten einerseits das Eigeninteresse des Urhebers mobilisieren:<sup>46</sup> Urheber werden nur in das Verbotrecht wechseln, wenn es sich für sie lohnt – wenn also die Kosten für die Marktlösung nicht höher sind als die Kosten unter einer dauerhaften Schranke. Bedingung dafür ist allerdings, dass sie *Kenntnis* von der Handlungslast haben und ihr mit zumutbarem Aufwand nachkommen können. Andererseits müssen Handlungslasten das Verbotrecht an eine effektive Verhandlungslösung koppeln: Die *informationsoffenbarende Wirkung* des Wechsels in Status B muss bestehen, damit Transaktionen nicht an zu hohen Informationsbeschaffungskosten scheitern.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> S. D.IV.2.b)bb)(1).

<sup>44</sup> S. D.IV.2.b)bb)(1).

<sup>45</sup> S. D.IV.2.b)bb)(2).

<sup>46</sup> S. D.IV.2.b)bb)(3)(a).

<sup>47</sup> S. D.IV.2.b)bb)(3)(b).

## c) Baustein von Zugangsregeln

Die dritte Funktion von Handlungslasten liegt darin, einen *Baustein von Zugangsregeln* zu bilden. Die Untersuchung verschob dafür die Perspektive vom Urheber als Individuum auf gesellschaftliche Funktionssysteme. Weil Werke Kommunikationsvorgänge darstellen, erhält das Urheberrecht eine Gestaltungsmacht darüber, wie in den Systemen kommuniziert werden kann. Es beeinflusst, wie aus dezentral verteiltem Wissen ein Systemwissen generiert werden kann, die sog. Wissensteilung.<sup>48</sup> Das Urheberrecht folgt dabei der Logik des Wirtschaftssystems: Es kommodifiziert die Kommunikationen und stellt sie nur im Wege einvernehmlicher Transaktionen über einen Markt bereit. Zugangsregeln demgegenüber sollen sicherstellen, dass das Urheberrecht auch die Nutzungspraktiken anderer Systeme berücksichtigen kann – Ausschließlichkeit und Nutzungsfreiheit also systemspezifisch abgestimmt sind.<sup>49</sup>

Ein dogmatisches Vehikel dafür sind Handlungslasten: Sie sensibilisieren das Urheberrecht dafür, wann das ökonomische System überhaupt nach einer Zugangsbeschränkung verlangt; nur dann gewährt das Recht auch eine exklusive Befugnis und bietet Verträge als Mechanismen struktureller Kopplung an.<sup>50</sup> In den Fällen der Bildersuche und Verlinkungen führt das etwa zu medienspezifischen Zugangsregeln, die die Funktionsfähigkeit des Mediums Internet sicherstellen. Hinsichtlich des TDM sowie verwaister und nicht verfügbarer Werke kommt es zu Zugangsregeln, die Wissensteilung in Form des freien wissenschaftlichen Diskurses zugunsten des Wissenschaftssystems ermöglichen. Wenn der Vertrag als strukturelle Kopplung wieder greifen kann, weil Urheber aufgrund der Handlungslast die für eine Transaktion erforderlichen Informationen offenbart haben, erbringt das Urheberrecht auch wieder das Exklusivrecht als Leistung.

## 4. Vereinbarkeit mit internationalem Urheberrecht

In Abschnitt D.V. richtete die Analyse ihren Blick schließlich auf Grenzen, die das internationale Urheberrecht Handlungslasten zieht. Zunächst setzte sie sich mit dem *Formalitätenverbot* auseinander: Der Begriff der Formalität umfasst auch externe Bedingungen – interne Bedingungen, wie etwa Regelungen zum sachlichen Inhalt von Rechten, unterfallen dem Begriff dagegen nicht und sind deshalb zulässig.<sup>51</sup> Formalitäten und externe Bedingungen sind nur verboten, wenn sie den Genuss oder die Ausübung von Rechten betreffen. Genuss meint das Entstehen und Fortbestehen des Urheberrechts, Ausübung im Grundsatz seine Durchsetzung. Einzelne Rechtsbehelfe können dagegen zum Gegenstand

---

<sup>48</sup> S. D.IV.3.a).

<sup>49</sup> S. D.IV.3.b).

<sup>50</sup> S. D.IV.3.c).

<sup>51</sup> S. D.V.1.b)aa).

einer Formalität gemacht werden, weil nach Wortlaut und Telos des Verbots nur die Ausübung an sich und nicht eine bestimmte Art der Ausübung formalitätenfrei bleiben muss.

Handlungslasten scheitern folglich nicht am Verbot, wenn sie nicht das „Ob“, sondern nur das „Wer“ der Ausübung betreffen.<sup>52</sup> Das ist etwa der Fall, wenn durch eine Formalität lediglich die Ausübung von einer kollektiven auf eine individuelle umzustellen ist oder Vermutungsregelungen zu einer Rechtseinräumung oder zu einem bestimmten Umfang einer freiwilligen Rechtseinräumung zu widerlegen sind. Handlungslasten in Gestalt von Schranken mit Vorbehaltsmöglichkeit haben ein konventionsrechtliches Vorbild und richten sich auf den Schutzzumfang und damit den sachlichen Inhalt des Rechts. Nach der Historie und dem Telos sind sie deshalb als interne Bedingung einzuordnen, die keine Formalität ist.<sup>53</sup> Ebenfalls den Schutzzumfang betreffen auch tatbestandliche Ausnahmen; auch sie sind deshalb nicht dem Verbot unterworfen.<sup>54</sup> Damit ergab die Analyse durchaus Raum für Handlungslasten, den Anforderungen des Formalitätenverbots gerecht zu werden.

Mit dem *Drei-Stufen-Test* untersuchte die Arbeit anschließend eine weitere Anforderung des internationalen Urheberrechts. Der Test ist nur für Beschränkungen und Ausnahmen anwendbar – Anwendungsfälle, die mit einer Form der freiwilligen Gestattung einhergehen, müssen sich deshalb nicht daran messen lassen. Die erste Teststufe beschränkt Ausnahmen auf bestimmte, qualitative und quantitative Sonderfälle. Obwohl Handlungslasten das Regel-Ausnahme-Verhältnis umkehren, scheiden sie nicht generell als Sonderfall aus, weil unter einer Handlungslast eine exklusive Verwertung möglich bleibt.<sup>55</sup> Die bestehenden Anwendungsfälle sind darüber hinaus bestimmt genug und stellen aufgrund der qualifizierten Nutzungsinteressen und des restriktiven Nutzungsumfangs Sonderfälle dar. Einzig EKL sind hinsichtlich des quantitativen Elements problematisch – ob sie noch ein Sonderfall sind, hängt von der Repräsentativität der jeweiligen Verwertungsgesellschaft ab. Dass viele Anwendungsfälle einzelner Lasten kumulativ zu einem Sonderfall werden können, ist aufgrund der Anlage des Tests abzulehnen.

Die folgende zweite Stufe des Tests schließt Schranken aus, die die normale Auswertung beeinträchtigen. Handlungslasten sind nur bei einem mangelnden Auswertungsinteresse des Urhebers oder einer mangelnden Auswertungsmöglichkeit wegen der Transaktionskosten denkbar – dann besteht aber kein Konflikt mit der herkömmlichen Auswertung, weil keine Auswertung stattfindet.<sup>56</sup> Sie konfliktieren außerdem auch nicht mit der künftigen Auswertung, weil Urheber durch die Opt-out-Möglichkeit Beeinträchtigungen selbst abwenden kön-

<sup>52</sup> S. D.V.1.b)bb).

<sup>53</sup> S. D.V.1.c)cc).

<sup>54</sup> S. D.V.1.c)dd).

<sup>55</sup> S. D.V.2.b)aa).

<sup>56</sup> S. D.V.2.c).

nen.<sup>57</sup> Entweder tritt also keine Beeinträchtigung ein, oder sie ist so irrelevant, dass deshalb kein Opt-out erforderlich ist. Voraussetzung dafür ist erneut, dass Urheber Kenntnis von der Handlungslast nehmen können und ihr mit zumutbarem Aufwand nachkommen können.

Die dritte Teststufe unterbindet schließlich unzumutbare Verletzungen berechtigter Interessen des Urhebers. Auch hier wirkt die Opt-out-Möglichkeit der Handlungslasten mitigierend: Entweder kommt es gar nicht erst zu einer Verletzung, wenn es sich um einen zweistufigen Anwendungsfall einer Handlungslast handelt, oder eine Verletzung ist zumutbar, weil Urheber sich bewusst gegen eine exklusive Verwertung entscheiden.<sup>58</sup> Die Ausnahme oder Beschränkung ist in diesem Fall günstiger als der Grundfall des Verbotsrechts und damit in jedem Fall zumutbar. Daneben mildern auch das qualifizierte Nutzungsinteresse und eine etwaige Vergütung mögliche Verletzungen.<sup>59</sup> Vergütungen sind zwar in einigen Anwendungsfällen angeordnet, allerdings kein immanenter Bestandteil von Handlungslasten. Im Ergebnis können Handlungslasten also auch den Dreistufen-Test passieren.

Schließlich widmete sich die Analyse dem unionsrechtlichen *Grundsatz der vorherigen Zustimmung*. Er findet insbesondere keine Anwendung, wenn eine Handlungslast auf einer unionsrechtlich gedeckten Schranke basiert. Nach dem Grundsatz muss die Zustimmung nicht ausdrücklich, sondern kann auch konkludent erfolgen. Dafür ist keine tatsächliche Kenntnis erforderlich; wenn aufgrund des Verhaltens des Urhebers davon auszugehen ist, dass er Kenntnis von Nutzungen hat und Schutzgegenstände zu diesem Zweck beibringt, ist das ausreichend.<sup>60</sup> In den Anwendungsfällen ist der Grundsatz deshalb gewahrt.

#### IV. Maßstab für Handlungslasten des Urhebers

In einem letzten Schritt trug die Untersuchung die Ergebnisse der Analyse dann mit Blick auf die Forschungsfrage zusammen: Wann Handlungslasten zulässig und sinnvoll sind, welche Charakteristika sie jedenfalls aufweisen müssen, indiziert der *Maßstab* des Abschnitts D.VI. Danach stecken vier Elemente das Feld zweckmäßiger und legaler Handlungslasten ab:

Zunächst muss der Anwendungsbereich auf Fälle reduziert sein, in denen ein verringertes Verbotsinteresse des Urhebers und ein qualifiziertes Nutzungsinteresse der Nutzer vorherrschen und prohibitiv hohe, mindestens aber verschwenkerische Transaktionskosten bestehen.<sup>61</sup> Ist das nicht der Fall, laufen Handlungslasten leer oder wirken gar dysfunktional. Aufgrund ihrer informationsoffen-

<sup>57</sup> S. D.V.2.c)cc).

<sup>58</sup> S. D.V.2.d).

<sup>59</sup> S. D.V.2.d)bb).

<sup>60</sup> S. D.V.3.b).

<sup>61</sup> S. D.VI.1.

barenden Wirkung und Flexibilität können Handlungslasten aber auch zum Einsatz kommen, wenn Ungewissheit über die Umstände herrscht.

Hinsichtlich der dogmatischen Gestaltung ist über alle Anwendungsfälle und Voraussetzungen hinweg die attraktivste Option eine Vermutung der Rechteinräumung, die vom Urheber zu widerlegen ist.<sup>62</sup> Sie ist den internationalen Vorgaben nämlich nur eingeschränkt unterworfen. Wenn ein besonderes Allgemeininteresse die Nutzungsprivilegierung rechtfertigt, kann außerdem eine Schranke in Betracht zu ziehen sein, weil dort eine detaillierte Vergütungsregelung getroffen werden kann.

Das zentrale Element für die Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit einer Handlungslast ist aber die Information des Urhebers.<sup>63</sup> Nur wenn Urheber Kenntnis haben, kann ihr Unterlassen rechtserheblich sein, lässt sich das Prognoserisiko steuern, funktioniert der Unterscheidungsmechanismus, sind Loperty Rules effizienzüberlegen und es besteht eine Vereinbarkeit mit dem Drei-Stufen-Test über den Opt-out. Die Kenntnis muss sich aber auf die gesamte Handlungslast, also auch die Handlungsoption beziehen. Sie muss zwar nicht positiv vermittelt werden, aber einerseits muss eine Kenntnisnahme möglich und andererseits so wahrscheinlich sein, dass an Exklusivität interessierte Urheber sich positive Kenntnis verschaffen werden.

Damit zusammen hängt schließlich die Schwere der Last.<sup>64</sup> Sie ist ebenfalls Funktionsbedingung für Handlungslasten: Wenn einer Handlungslast nur mit unverhältnismäßigem Aufwand nachzukommen ist, wird sie nicht erfüllt werden. Die Steuerung des Prognoserisikos und Identifikation von an Exklusivität interessierten Urhebern würde dann nicht funktionieren, die Loperty Rule nicht stets zur Kosteneffizienz führen, weil es nicht zur Marktlösung kommt, und der Opt-out als mitigierender Faktor für den Drei-Stufen-Test ausfallen. Urhebern ist deshalb nur das zuzumuten, was nach dem Formalitätenverbot zulässig ist. Letztlich müssen die Umstände des Einzelfalls über das angemessene Maß an Belastung entscheiden – zu berücksichtigen ist aber auch der korrespondierende Aufwand der Nutzer. Denn nur im Zusammenwirken können Urheber und Nutzer die für beide Seiten beste Lösung herbeiführen.

---

<sup>62</sup> S. D.VI.2.

<sup>63</sup> S. D.VI.3.

<sup>64</sup> S. D.VI.4.

## Literaturverzeichnis

- Albrecht, Steffen*, Verwaiste Werke: Vom rechtlichen Problem zur rechtspraktischen Herausforderung bei der Nutzung vorbestehender Inhalte, Karlsruhe 2017.
- Andes, Roy H.*, Open Range Law in the American West, in: Bakken, Gordon Morris (Hrsg.), Law in the Western United States, Oklahoma City 2000, S. 72–92.
- Axhamn, Johan/Guibault, Lucie*, Cross-Border Extended Collective Licensing: A Solution to Online Dissemination of Europe's Cultural Heritage, Amsterdam Law School Research Paper No. 22 / 2012, <https://ssrn.com/abstract=2001347>, archiviert unter [perma.cc/EY9M-JJF8](https://perma.cc/EY9M-JJF8).
- Ayres, Ian/Gertner, Robert*, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, Yale Law Journal 99 (1989), S. 87–130.
- Baer, Susanne*, Rechtssoziologie, 4. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Band, Jonathan*, Google and Fair Use Google: An Intersection of Business and Technology, Journal of Business & Technology Law 3 (2008), S. 1–28.
- Bandilla, Kai*, Urheberrecht im Kaiserreich: Der Weg zum Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst vom 19. Juni 1901, Frankfurt am Main 2005.
- Bar-Gill, Oren/Ben-Shahar, Omri*, Rethinking Nudge: An Information-Costs Theory of Default Rules, University of Chicago Law Review 88 (2021), S. 531–604.
- Barudi, Malek* (Hrsg.), Das neue Urheberrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast, Band 1: Grundlagen, 4. Auflage, Köln 2018.
- Bechtold, Stefan*, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, GRUR 2010, S. 282–289.
- Ders.*, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts: Ein rechtsökonomischer Beitrag zu einer Rechtsetzungslehre des Privatrechts, Tübingen 2010.
- BeckOGK zum Zivilrecht*, hrsg. von Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stefan/Reymann, Christoph, Stand: 1.6.2022, München 2022.
- BeckOK BGB*, hrsg. von Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 62. Edition, München 2022.
- BeckOK Urheberrecht*, hrsg. von Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter/Lauber-Rönsberg, Anne, 35. Edition, München 2022.
- Becker, Maximilian*, Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können: "Upload-Filter" und technische Rechtsdurchsetzung, ZUM 2019, S. 636–648.
- Beier, Friedrich-Karl*, Gewerblicher Rechtsschutz, Soziale Marktwirtschaft und Europäischer Binnenmarkt, GRUR 1992, S. 228–238.
- Ders.*, Ausschließlichkeit, gesetzliche Lizenzen und Zwangslizenzen im Patent- und Musterrecht, GRUR 1998, S. 185–195.
- Bell, Abraham/Parchomovsky, Gideon*, Pliability Rules, Michigan Law Review 101 (2002), S. 1–79.
- Bellia, Patricia L.*, Defending Cyberproperty, New York University Law Review 79 (2004), S. 2164–2273.

- Berger, Christian*, Verträge über unbekannte Nutzungsarten nach dem „Zweiten Korb“, GRUR 2005, S. 907–912.
- Berger, Christian/Degenhart, Christoph*, Rechtsfragen Elektronischer Pressespiegel: Verfassungsrechtliche und urheberrechtliche Aspekte, AfP 2002, S. 557–583.
- Bisges, Marcel* (Hrsg.), Handbuch Urheberrecht, 1. Auflage, Berlin 2016.
- Blomeyer, Arwed*, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 1. Auflage, Berlin 1963.
- Bogsch, Arpad*, Berne Convention Centenary 1886–1986, Genf 1986.
- Bohne, Michael/Elmers, Christine*, Die Digitalisierung von Wissen in der Informationsgesellschaft und ihre rechtliche Regulierung, WRP 2009, S. 586–599.
- Borkkamm, Joachim*, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung: Karriere eines Begriffs, in: Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Köln 2002, S. 29–48.
- Bracha, Oren*, Standing Copyright Law on Its Head? The Googlization of Everything and the Many Faces of Property, Texas Law Review 85 (2006), S. 1799–1870.
- Bräutigam, Peter* (Hrsg.), IT-Outsourcing und Cloud-Computing. Eine Darstellung aus rechtlicher, technischer, wirtschaftlicher und vertraglicher Sicht, 4. Auflage, Berlin 2019.
- Bucher, Eugen*, Für mehr Aktionendenken, AcP 186 (1986), S. 1–73.
- Bumke, Christian*, Rechtsdogmatik: Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 2014, S. 641–650.
- Ders.*, Rechtsdogmatik: Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017.
- Ders.*, Erzeugung und Gebrauch von Wissen in der Rechtsdogmatik, in: Augsberg, Ino/Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.), Wissen und Recht, Baden-Baden 2022, S. 443–486.
- Calabresi, Guido*, The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis, New Haven 1970.
- Calabresi, Guido/Hirschhoff, Jon T.*, Toward a Test for Strict Liability in Torts, Yale Law Journal 81 (1971), S. 1055–1085.
- Calabresi, Guido/Melamed, A. Douglas*, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 85 (1972), S. 1089–1128.
- Calliess, Galf-Peter*, Prozedurales Recht, Baden-Baden 1999.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, in: Walter Wilburg zum 70. Geburtstag: Festschrift, Graz 1975, S. 77–99.
- Carroll, Michael W.*, A Realist Approach to Copyright Law's Formalities Symposium: Reform(aliz)ing Copyright for the Internet Age, Berkeley Technology Law Journal 28 (2013), S. 1511–1536.
- Ders.*, Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining Is Lawful, UC Davis Law Review 53 (2019), S. 893–964.
- Centner, Terence J.*, Reforming Outdated Fence Law Provisions: Good Fences Make Good Neighbors Only If They Are Fair, Journal of Environmental Law and Litigation 12 (1997), S. 267–304.
- Coase, R. H.*, The Problem of Social Cost, Journal of Law & Economics 3 (1960), S. 1–44.
- Conrad, Albrecht*, Anmerkung zu BGH, Urt. vom 29. April 2010, I ZR 69/08 – Vorschau-bilder I, ZUM 2010, S. 585–587.
- Ders.*, Kuck' mal, wer da spricht: Zum Nutzer des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung anlässlich von Links und Frames, CR 2013, S. 305–318.
- Conrad, Albrecht/Nolte, Georg*, Schrankenbestimmungen im Anwendungsbereich des UrhDaG: Zu viele Rollen der Diensteanbieter beim urheberrechtlichen Interessenausgleich?, ZUM 2021, S. 111–124.

- Conrad, Albrecht/Schubert, Tobias, How to Do Things with Code, GRUR 2018, S. 350–358.
- Cziupka, Johannes, Dispositives Vertragsrecht, Tübingen 2010.
- Dambach, Otto, Fünfzig Gutachten über Nachdruck und Nachbildung, Leipzig 1891.
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner (Hrsg.), BGB. Schuldrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2021.
- de la Durantaye, Katharina, Wofür wir Google dankbar sein müssen, ZUM 2011, S. 538–542.
- Dies., Die Nutzung verwaister und vergriffener Werke – Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, ZUM 2013, S. 437–445.
- Dies., Weit und kollektiv – Vergriffene Werke und kollektive Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung nach der DSM-RL, GRUR 2020, S. 7–14.
- Dies., Back to Basics – European Copyright Law after the DSM Directive, IIC 2022, S. 1–4.
- de la Durantaye, Katharina/Kuschel, Linda, Regelungen zu nicht verfügbaren Werken: Kommentar zum Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, ZUM 2021, S. 785–793.
- de la Durantaye, Katharina/Grünberger, Michael, Urheberrecht 2030 – Memorandum zur Zukunft des kreativen Ökosystems in Europa, GRUR 2020, S. 1176.
- de la Durantaye, Katharina/Hofmann, Franz, Regulierungsansätze, -defizite und -trends im Urheberrecht 2021, ZUM 2021, S. 873–881.
- Demsetz, Harold, Toward a Theory of Property Rights, The American Economic Review 57 (1967), S. 347–359.
- Dölemeyer, Barbara/Klippel, Diethelm, Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, in: Beier, Friedrich-Karl/Kraft, Alfons/Schricker, Gerhard/Wadle, Elmar (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland – Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht und ihrer Zeitschrift, Band 1, Weinheim 1991, S. 185–237.
- Dregelies, Max, Von Kontrahierungszwängen, Verkehrspflichten und Obliegenheiten im UrhDaG, ZGE 14 (2022), S. 223–249.
- Dreier, Thomas, Primär- und Folgemärkte, in: Schricker, Gerhard/Dreier, Thomas/Kur, Annette (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden 2001, S. 51–81.
- Ders., „Opt in“ and „opt out“ mechanisms in the internet era – towards a common theory, Computer Law & Security Review 26 (2010), S. 144–150.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot/Raue, Benjamin/Specht-Riemenschneider, Luisa (Hrsg.), Urheberrecht. Kommentar, 7. Auflage, München 2022.
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Hentsch, Christian-Henner (Hrsg.), Urheberrecht. Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz, 4. Auflage, Heidelberg 2018.
- Eichelberger, Jan/Wirth, Thomas/Seifert, Fedor (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz. Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2022.
- Eidenmüller, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen 2015.
- Ekardt, Felix, Information, Partizipation, Rechtsschutz: Prozeduralisierung von Gerechtigkeit und Steuerung in der Europäischen Union – unter besonderer Berücksichtigung der Aarhus-Konvention, Berlin 2010.

- Elkin-Koren, Niva*, Can Formalities Save the Public Domain? Reconsidering Formalities for the 2010s, *Berkeley Technology Law Journal* 28 (2013), S. 1537–1564.
- Ellickson, Robert C.*, Of Coase and Cattle: Dispute Resolution Among Neighbors in Shasta County, *Stanford Law Review* 38 (1985), S. 623–688.
- Engst, Kathrin*, Patientenpflichten und -lasten: Eine rechtsdogmatische und systematische Untersuchung zur Mitwirkungsverantwortung eines Patienten im Rahmen der medizinischen Behandlung, Berlin 2008.
- Erdmann, Willi*, Sacheigentum und Urheberrecht, in: Erdmann, Willi/Gloy, Wolfgang/Herber, Rolf (Hrsg.), *Festschrift für Henning Piper*, München 1996, S. 655–677.
- Ders.*, Benachteiligt das geltende Ausstellungsrecht den Künstler?, *GRUR* 2011, S. 1061–1065.
- Faust, Florian*, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Baden-Baden 2020.
- Ficsor, Mihály*, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO, Genf 2003.
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*, Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Auflage, Berlin 2022.
- Fischman Afori, Orit*, Flexible Remedies as a Means to Counteract Failures in Copyright Law, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 29 (2011), S. 1–46.
- Dies., Orit*, Proportionality – A New Mega Standard in European Copyright Law, *IIC* 2014, S. 889–914.
- Fleck, Wolfgang*, Die Redlichkeitspflichten der Parteien im Zivilprozess: Geltungsgrund und Funktion, München 2004.
- Fleischer, Holger*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, München 2001.
- Frentz, Wolfgang Frhr Raitz von/Masch, Christian L.*, Rechtshandelsunternehmen und Unternehmenskauf: Besonderheiten bei der Übertragung und Einräumung von Nutzungsrechten (Lizenzen) und Vertriebsrechten beim Unternehmenskauf von Filmhändlern, Spielhändlern und sonstigen Softwarehändlern sowie Filmproduzenten, Spieleproduzenten und Softwareproduzenten im Wege des Asset-Deal, Share-Deal und der Umwandlung, *ZUM* 2009, S. 354–367.
- Freyer, Simon*, Urheberrechte als Kreditsicherheit, Baden-Baden 2018.
- Fries, Martin*, Schadensersatz ex machina, *NJW* 2019, S. 901–905.
- Frischmann, Brett M./Lemley, Mark A.*, Spillovers, *Columbia Law Review* 107 (2007), S. 257–302.
- Frosio, Giancarlo*, Reconciling Copyright with Cumulative Creativity: The Third Paradigm, Cheltenham 2018.
- Gamm, Otto-Friedrich von*, Urheberrechtsgesetz. Kommentar, München 1968.
- Geiger, Christophe*, „Constitutionalising“ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, *IIC* 2006, S. 371–406.
- Ders.*, Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung – Freie Gedanken zur Ausschließlichkeit im Urheberrecht, *GRUR Int* 2008, S. 459–468.
- Geiger, Christophel/Frosio, Giancarlo/Bulayenko, Oleksandr*, Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform: Making the EU Ready for an Age of Big Data?, *IIC* 2018, S. 814–845.
- Geiger, Christophel/Griffiths, Jonathan/Hilty, Reto M.*, Declaration on a Balanced Interpretation of the „Three-Step Test“ in Copyright Law, *IIC* 2008, S. 707–713.

- Gervais, Daniel*, The Google Book Settlement and the TRIPS Agreement, *Stanford Technology Law Review* 1 (2011), S. 1–10.
- Gierke, Otto von*, *Deutsches Privatrecht*, Leipzig 1895.
- Gilles, Stephen G.*, Negligence, Strict Liability, and the Cheapest Cost-Avoider, *Virginia Law Review* 78 (1992), S. 1291–1375.
- Ginsburg, Jane C.*, The U.S. Experience with Copyright Formalities: A Love/Hate Relationship, *Colum. J. L. & Arts* 33 (2010), S. 311–348.
- Dies.*, „With Untired Spirits and Formal Constancy“: Berne Compatibility of Formal Declaratory Measures to Enhance Copyright Title-Searching, *Berkeley Tech. L. J.* 28 (2013), S. 1583.
- Dies.*, Berne-Forbidden Formalities and Mass Digitization, *Boston University Law Review* 96 (2016), S. 745–776.
- Dies.*, Extended Collective Licenses in International Treaty Perspective: Issues and Statutory Implementation, *Columbia Public Law Research Paper* No. 14–564 / 2017, <http://ssrn.com/abstract=3068997>, archiviert unter [perma.cc/MU5S-L6R8](http://perma.cc/MU5S-L6R8).
- Ginsburg, Jane C./Budiardjo, Luke Ali*, Liability for Providing Hyperlinks to Copyright-Infringing Content: International and Comparative Law Perspectives, *Columbia Journal of Law & the Arts* 41 (2017), S. 153–224.
- Goldschmidt, James*, *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens*, Berlin 1925.
- Ders.*, *Zivilprozessrecht*, Berlin, Heidelberg 1929.
- Gordon, Wendy J.*, Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, *Columbia Law Review* 82 (1982), S. 1600–1657.
- Grages, Jan-Michael*, *Verwaiste Werke: Lizenzierung in Abwesenheit des Rechteinhabers*, Tübingen 2013.
- Greenberg, Brad A.*, More than Just a Formality: Instant Authorship and Copyright’s Opt-Out Future in the Digital Age Comment, *UCLA Law Review* 59 (2011), S. 1028–1075.
- Grohmann, Hans*, *Das Recht des Urhebers, Entstellungen und Änderungen seines Werkes zu verhindern*, Erlangen-Nürnberg 1971.
- Grosse Ruse-Khan, Henning*, Automated Copyright Enforcement Online: From Blocking to Monetization of User-Generated Content, *PIJIP Research Paper Series* 51 / 2020, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/research/51/>, archiviert unter [perma.cc/9EZH-3X3B](http://perma.cc/9EZH-3X3B).
- Grünberger, Michael*, Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft: Anmerkungen zur Mitteilung der Kommission v. 19.10.2009, *GPR* 2010, S. 29–35.
- Ders.*, Digitalisierung und Zugänglichmachung verwaister Werke, *ZGE/IPJ* 4 (2012), S. 321–390.
- Ders.*, Aspekte eines umweltsensiblen Urheberrechts: Eine Einleitung, in: Grünberger, Michael/Leible, Stefan (Hrsg.), *Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten*, Tübingen 2014, S. 1–21.
- Ders.*, Zurück in die Zukunft? Zur Schutzdauerverkürzung und (Wieder-)Einführung von Formalitäten, in: Dreier, Thomas/Hilty, Reto M. (Hrsg.), *Vom Magnettonband zu Social Media: Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG)*, München 2015, S. 421–437.
- Ders.*, Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken, *ZUM* 2015, S. 273–290.
- Ders.*, Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke, *ZUM* 2016, S. 905–919.

- Ders.*, Einheit und Vielfalt im Recht der öffentlichen Wiedergabe, GRUR 2016, S. 977–983.
- Ders.*, Vergütungsansprüche im Urheberrecht. Ein Beitrag zum Verhältnis von property rights und liability rules, ZGE/IPJ 9 (2017), S. 188–209.
- Ders.*, Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018), S. 213–296.
- Ders.*, Öffentliche Wiedergabe bei der Verlinkung (Framing) und der Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen – Unsicherheiten in Karlsruhe: Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 25.4.2019 – I ZR 113/18 – Deutsche Digitale Bibliothek, ZUM 2019, S. 573–580.
- Ders.*, Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2018, ZUM 2019, S. 281–308.
- Ders.*, Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, AcP 219 (2019), S. 924–942.
- Ders.*, Prozeduralisierung im Urheberrecht – Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.11.2019 – C-484/18 – Spedidam u. a./INA, ZUM 2020, S. 50–53.
- Ders.*, Medienspezifische Zugangsregeln im Internet: Framing/Embedding: Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 9.3.2021 – C-392/19 – VG Bild-Kunst/Stiftung Preussischer Kulturbesitz, ZUM 2021, S. 395–400.
- Ders.*, Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2021, ZUM 2022, S. 321–364.
- Grünberger, Michael/Jansen, Nils*, Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute: Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, Tübingen 2017, S. 1–44.
- Grünberger, Michael/Reinelt, André*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, Tübingen 2020.
- Guibault, Lucie*, Copyright Limitations and Contracts. An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright, 2002.
- Dies.*, Why Cherry-Picking Never Leads to Harmonisation: The Case of the Limitations on Copyright under Directive 2001/29/EC, JIPITEC 1 (2010), S. 55–66.
- Guibault, Lucie/Schroff, Simone*, Extended Collective Licensing for the Use of Out-of-Commerce Works in Europe: A Matter of Legitimacy Vis-à-Vis Rights Holders, IIC 2018, S. 916–939.
- Haberstumpf, Helmut*, Recht der öffentlichen Werkwiedergabe im harmonisierten Urheberrecht, JIPITEC 10 (2019), S. 187–199.
- Hähnchen, Susanne*, Obliegenheiten und Nebenpflichten: Eine Untersuchung dieser besonderen Verhaltensanforderungen im Privatversicherungsrecht und im allgemeinen Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung der Dogmengeschichte, Tübingen 2010.
- Hanau, Peter*, Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung, AcP 165 (1965), S. 220–284.
- Handke, Christian/Guibault, Lucie/Vallbé, Joan-Josep*, Is Europe Falling Behind in Data Mining? Copyright's Impact on Data Mining in Academic Research, in: Schmidt, Birgit/Dobrevá, Milena (Hrsg.), New Avenues for Electronic Publishing in the Age of Infinite Collections and Citizen Science: Scale, Openness and Trust: Proceedings of the 19th International Conference on Electronic Publishing, Amsterdam 2015, S. 120–130.
- Hansen, Gerd*, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden 2009.
- Hau, Wolfgang*, Die Klagelast als Rechtsfigur und Regelungsproblem, ZZP 2016, S. 133–152.
- Heller, Michael A.*, The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, Harvard Law Review 111 (1997), S. 621–688.
- Hellgardt, Alexander*, Regulierung und Privatrecht: Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.

- Henke, Hannes*, Europäische Regelungen über die Nutzung vergriffener Werke: Vortrag auf dem III. ZUM-Symposion "EU-Urheberrechtsreform – Ergebnisse und Analysen" des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 1.2.2019 in München, ZUM 2019, S. 400–408.
- Henß, Olaf*, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main 1988.
- Hilty, Reto M.*, Sündenbock Urheberrecht?, in: Ohly, Ansgar/Klippel, Diethelm (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 107–144.
- Hilty, Reto M./Senfleben, Martin*, Rückschnitt durch Differenzierung? Wege zur Reduktion dysfunktionaler Effekte des Urheberrechts auf Kreativ- und Angebotsmärkte, in: Dreier, Thomas/Hilty, Reto M. (Hrsg.), Vom Magnettonband zu Social Media: Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München 2015, S. 317–338.
- Hirschberger, Sebastian*, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht: Die Verfahrensdimension der Grundfreiheiten und des Beihilfenrechts, Berlin 2010.
- Hofmann, Franz*, Grundsatz der Technikneutralität im Urheberrecht? Zugleich Gedanken zu einem more technological approach, ZGE/IPJ 8 (2016), S. 482–512.
- Ders.*, Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärhaftung im Allgemeinen? Vortrag auf dem Symposion "Internetplattformen – Aktuelle Herausforderungen der digitalen Ökonomie an das Urheber- und Medienrecht" am 4.11.2016 in München, ZUM 2017, S. 102–109.
- Ders.*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Tübingen 2017.
- Ders.*, Linking und Framing. Ein paar Gedanken aus urheber- und lauterkeitsrechtlicher Sicht, in: Specht, Louisa/Lauber-Rönsberg, Anne/Becker, Maximilian (Hrsg.), Medienrecht im Medienumbruch – Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht, Baden-Baden 2017, S. 137–148.
- Ders.*, Mittelbare Verantwortlichkeit im Internet, JuS 2017, S. 713–719.
- Ders.*, Die Systematisierung des Interessenausgleichs im Urheberrecht am Beispiel des Rechts der öffentlichen Wiedergabe: Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 7.8.2018 – C-161/17, ZUM 2018, S. 641–649.
- Ders.*, Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht?, GRUR 2018, S. 21–29.
- Ders.*, Disziplinarität, Intradisziplinarität und Interdisziplinarität am Beispiel der Grundsätze "mittelbarer Verantwortlichkeit", JZ 2018, S. 746–754.
- Ders.*, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – "Much Ado About Nothing"?, ZUM 2019, S. 617–627.
- Ders.*, Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL, GRUR 2019, S. 1219–1229.
- Ders.*, Plattformregulierung im Lichte des Unionsrechts: Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 24.6.2020 zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, ZUM 2020, S. 665–670.
- Ders.*, Update für das Urheberrecht, GRUR 2021, S. 895–903.
- Hohlefelder, Olaf*, Kollektivierung und Opt-Out – Die neue Grundnorm des Urheberrechts?, Göttingen 2015.
- Holznagel, Bernd*, Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL: Vortrag auf der 7. Urheberrechtskonferenz der Initiative Urheberrecht am 11.11.2019 in Berlin, ZUM 2020, S. 1–7.
- Hopt, Klaus J./Kumpan, Christoph/Leyens, Patrick C./Merkt, HannolRoth, Markus* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch: mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 41. Auflage, München 2022.

- Höppner, Thomas/Rieger, Felicitas*, Moving Towards a World of Selfies? – A Critical View of the European Legal Framework for the Online Use of Third Party Images, GRUR Int 2016, S. 633–639.
- Ders./Schaper, Felicitas*, Frame sucht Einwilligung: Die neue Google-Bildersuche auf dem Prüfstand, MMR 2017, S. 512–518.
- Hugenholtz, P. Bernt/Velze, Sam C. van*, Communication to a New Public? Three Reasons Why EU Copyright Law Can Do Without a „New Public“, IIC 2016, S. 797–817.
- Jacob, Jan*, Ausschließlichkeitsrechte an immateriellen Gütern: Eine kantische Rechtfertigung des Urheberrechts, Tübingen 2010.
- Jarass, Hans D./Kment, Martin* (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 17. Auflage, München 2022.
- Jänich, Volker*, Geistiges Eigentum – eine Komplementärserscheinung zum Sacheigentum?, Tübingen 2002.
- Jongsma, Daniël*, The Nature and Content of the Three-Step Test in EU Copyright Law, in: Rosati, Eleonora (Hrsg.), The Routledge Handbook of EU Copyright Law, Milton 2021, S. 338–354.
- Jüngels, Leoniel/Raue, Benjamin*, Die Quadratur des Kreises – (Online-)Medienregulierung durch Urheberrecht: die Auswirkungen der RL 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL) auf Medienzugang und -nutzung, KritV 105 (2021), S. 83–105.
- Kaesling, Katharina/Knapp, Jakob*, »Massenkreativität“ in sozialen Netzwerken, MMR 2020, S. 816–821.
- Kaplow, Louis/Shavell, Steven*, Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis, Harvard Law Review 109 (1995), S. 713–790.
- Katz, Ariel*, The Orphans, the Market, and the Copyright Dogma: A Modest Solution for a Grand Problem, Berkeley Technology Law Journal 27 (2012), S. 1285–1346.
- Katzenberger, Paul*, Zwangsdigitalisierung urheberrechtlich geschützter Werke in den USA und in Deutschland: Das Projekt Google Book Search und § 137l UrhG, GRUR Int 2010, S. 563–573.
- Klass, Nadine*, Die Annahme schlichter Einwilligungen im Internet: Implikationen der Vorschaubilder-Entscheidungen des BGH auf das (Schranken-)System des Urheberrechts, in: Leible, Stefan (Hrsg.), Der Schutz des geistigen Eigentums im Internet, Tübingen 2012, S. 165–204.
- Dies.*, Die deutsche Gesetzesnovelle zur „Nutzung verwaister und vergriffener Werke und einer weiteren Änderung des Urheberrechtsgesetzes“ im Kontext der Retrodigitalisierung in Europa, GRUR Int 2013, S. 881–894.
- Dies.*, Neue Internettechnologien und das Urheberrecht: Die schlichte Einwilligung als Rettungsanker? Zugleich Besprechung der Vorschaubilder I und II-Entscheidungen des BGH, ZUM 2013, S. 1–10.
- Dies.*, Das Urheberrecht in Arbeits- und Dienstverhältnissen, GRUR 2019, S. 1103–1114.
- Klippel, Diethelm*, Geistiges Eigentum, Privileg und Naturrecht in rechtshistorischer Perspektive, ZGE/IPJ 7 (2015), S. 49–76.
- Köhler, Helmut*, BGB Allgemeiner Teil, 45. Auflage, München 2021.
- Köhler, Sebastian*, Die Haftung privater Internetanschlussinhaber: Familie und Privatheit innerhalb der Durchsetzung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, Tübingen 2018.
- Koo, Justin*, The EU Right of Communication to the Public – Still Looking for a Good Link, in: Rosati, Eleonora (Hrsg.), The Routledge Handbook of EU Copyright Law, Milton 2021, S. 173–192.

- Korobkin, Russell*, Status Quo Bias and Contract Default Rules, *Cornell Law Review* 83 (1997), S. 608–687.
- Krebs, Peter*, Die Begründungslast, *AcP* 195 (1995), S. 171–211.
- Krier, James E./Schwab, Stewart J.*, Property Rules and Liability Rules: The Cathedral in Another Light, *New York University Law Review* 70 (1995), S. 440–484.
- Kur, Annette/Schovsbo, Jens*, Expropriation or fair game for all? The gradual dismantling of the IP exclusivity paradigm, in: Kur, Annette/Levin, Marianne (Hrsg.), *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System: Proposals for Reform of TRIPS*, Cheltenham 2011, S. 408–451.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Subjektive Rechte und Theorie der Prozeduralisierung: Vom Universalismus des Rechts zur rechtlichen Modellbildung unter Ungewißheitsbedingungen, *KJ* 1994, S. 42–57.
- Landes, William M./Posner, Richard A.*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge 2003.
- Lang, Bernard*, Orphan Works and the Google Book Search Settlement: An International Perspective, *N.Y. L. Sch. L. Rev.* 55 (2010), S. 111–156.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1995.
- Leistner, Matthias*, Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren: Referat auf der Konferenz “Die Zukunft des Urheberrechts – 50 Jahre Urheberrecht in Deutschland” am 1. Dezember 2015 in Berlin, *ZUM* 2016, S. 580–594.
- Ders.*, Die „The Pirate Bay“-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber, *GRUR* 2017, S. 755–760.
- Ders.*, „In jedem Ende liegt ein neuer Anfang“ – das BGH-Urteil “Vorschaubilder III“, seine Bedeutung für die Bildersuche und für die weitere Entwicklung des Haftungssystems im Urheberrecht, *ZUM* 2018, S. 286–292.
- Leistner, Matthias/Stang, Felix Laurin*, Die Bildersuche im Internet aus urheberrechtlicher Sicht: Einige grundlegende Überlegungen aus Anlass des Urteils des OLG Jena vom 27.2.2008, *CR* 2008, S. 499–507.
- Lemley, Mark A./Weiser, Philip J.*, Should Property or Liability Rules Govern Information, *Texas Law Review* 85 (2006), S. 783–842.
- Litman, Jessica*, Sharing and Stealing, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal* 27 (2004), S. 1–50.
- Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 3. Auflage, München 2021.
- Loewenheim, Ulrich/Leistner, Matthias/Ohly, Ansgar* (Hrsg.), *Urheberrecht. Kommentar*, 6. Auflage, München 2020.
- Looschelders, Dirk*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999.
- Luhmann, Niklas*, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1992.
- Ders.*, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1994.
- Ders.*, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1995.
- Merges, Robert P.*, Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations, *California Law Review* 84 (1996), S. 1293–1394.
- Mestmäcker, Ernst/Schulze, Erich* (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen Urheberrecht*, Loseblatt, Stand: 9/2011, Frankfurt am Main 2011.
- Metzger, Axel/Pravemann, Timm*, Der Entwurf des UrhDaG als Umsetzung von Art. 17 DSM-RL – Ein gesetzgebungstechnischer Drahtseilakt, *ZUM* 2021, S. 288–299.
- Metzger, Axel/Senftleben, Martin/Derclaye, Estelle*, Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law: Comment of the European Copyright Society, *JIPITEC* 11 (2020), S. 115–131.

- Michaels, Ralf*, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford 2006, S. 339–382.
- Moreno, Felipe Romero*, ‚Upload filters‘ and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, International Review of Law, Computers & Technology 34 (2020), S. 153–182.
- Möslein, Florian*, Dispositives Recht: Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2011.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang* (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 19. Auflage, München 2022.
- Müller, Ernst*, Das deutsche Urheber- und Verlagsrecht, München 1901.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperf, Bettina, Band 2, 9. Auflage, München 2022.
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, hrsg. von Drescher, Ingo/Fleischer, Holger/Schmidt, Karsten, Band 5, 5. Auflage, München 2021.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, hrsg. von Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang, Band 1, 6. Auflage, München 2020.
- Münkler, Laura*, Der Nichtakt: Eine dogmatische Rekonstruktion, Berlin 2015.
- Mysoor, Poorna*, Implied Licenses in Copyright Law, Oxford 2021.
- Neuner, Jörg*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2020.
- Nolte, Georg*, Paperboy oder die Kunst den Informationsfluss zu regulieren, ZUM 2003, S. 540–549.
- Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd/Czychowski, Christian* (Hrsg.), Urheberrecht, 12. Auflage, Stuttgart 2018.
- Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch. Kommentar, 7. Auflage, München 2021.
- Ohly, Ansgar*, „Volenti non fit iniuria“: Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002.
- Ders.*, „Patenttrolle“ oder: Der patentrechtliche Unterlassungsanspruch unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalt? – Aktuelle Entwicklungen im US-Patentrecht und ihre Bedeutung für das deutsche und europäische Patentsystem, GRUR Int 2008, S. 787–798.
- Ders.*, Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet, GRUR 2012, S. 983–992.
- Ders.*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, S. 308–318.
- Ders.*, Anm. zu EuGH, Urt. v. 8.9.2016 – C-160/15 – GS-Media, GRUR 2016, S. 1155–1157.
- Ders.*, Unmittelbare und mittelbare Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach dem „Córdoba“-Urteil des EuGH, GRUR 2018, S. 996–1004.
- Ders.*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.3.2021 – C-392/19 – Deutsche Digitale Bibliothek, GRUR 2021, S. 706–711.
- Oskén, Marc*, Die schlichte Einwilligung im Urheberrecht: Eine Untersuchung unter Berücksichtigung der Vorschäbilder-Rechtsprechung des BGH, Frankfurt am Main 2014.
- Ott, Stephan*, Urheber- und wettbewerbsrechtliche Probleme von Linking und Framing, Stuttgart 2004.
- Paulus, Andreas*, Urheberrecht und Verfassung, in: Dreier, Thomas/Hilty, Reto M. (Hrsg.), Vom Magnettonband zu Social Media: Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München 2015, S. 55–77.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Vergriffene und verwaiste Werke: Gesetzliche Lösung in Sicht?, GRUR-Prax 2011, S. 1–4.
- Perlmutter, Shira*, Freeing Copyright from Formalities, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 13 (1994), S. 565–588.

- Peters, Nils/Schmidt, Jan Hendrik*, Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde, GRUR Int 2019, S. 1006–1016.
- Peukert, Alexander*, Neue Techniken und ihre Auswirkung auf die Erhebung und Verteilung gesetzlicher Vergütungsansprüche, ZUM 2003, S. 1050–1061.
- Ders.*, Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, in: Hilty, Reto M./Peukert, Alexander (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 11–46.
- Ders.*, A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, Hastings Communications and Entertainment Law Journal 28 (2005), S. 1.
- Ders.*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008.
- Ders.*, Individual, Multiple and Collective Ownership of Intellectual Property Rights – Which Impact on Exclusivity?, in: Kur, Annette/Mizaras, Vytautas (Hrsg.), The Structure of Intellectual Property Law – Can One Size Fit All?, Cheltenham 2011, S. 195–225.
- Ders.*, Die Gemeinfreiheit: Begriff, Funktion, Dogmatik, Tübingen 2012.
- Ders.*, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beil. 2014, S. 77–93.
- Ders.*, Die Expansion des Urheberrechts – eine polanyische Perspektive, in: Dreier, Thomas/Hilty, Reto M. (Hrsg.), Vom Magnettonband zu Social Media: Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), 2017, S. 305–316.
- Ders.*, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, Tübingen 2018.
- Ders.*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 19. Auflage, München 2023.
- Picker, Eduard*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, Bonn 1972.
- Ders.*, Der vindikatorische Herausgabeanspruch, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas/Hopt, Klaus J./Roxin, Claus/Schmidt, Karsten/Widmaier, Günther (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band 1, München 2000, S. 693–752.
- Posner, Eric A.*, There Are No Penalty Default Rules in Contract Law Default Rules in Private and Public Law: An Exchange on Penalty Default Rules, Florida State University Law Review 33 (2005), S. 563–588.
- Pravemann, Timm*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, S. 783–788.
- Raue, Benjamin*, Das subjektive Vervielfältigungsrecht – eine Lösung für den digitalen Werkgenuss?, ZGE/IPJ 9 (2017), S. 514–538.
- Ders.*, Text und Data Mining: Die neue Urheberrechtsschranke des § 60d UrhG, CR 2017, S. 656–662.
- Ders.*, Das Urheberrecht der digitalen Wissen(schaft)sgesellschaft, GRUR 2017, S. 11–19.
- Ders.*, Kein öffentliches Zugänglichmachen eines urheberrechtlich geschützten Gegenstands durch Vorhalten auf dem eigenen Server? – Anmerkung zu GA Sánchez-Bordona, Schlussanträge vom 25.4.2018 – EuGH, C-161/17 – Cordoba (ZUM 2018, 506), ZUM 2018, S. 517–519.
- Ders.*, Free Flow of Data? The Friction Between the Commission’s European Data Economy Initiative and the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market, IIC 2018, S. 379–383.
- Ders.*, Rechtssicherheit für datengestützte Forschung Die Text-und-Data-Mining-Schranken in Art. 3 und 4 DSM-Richtlinie, ZUM 2019, S. 684–693.
- Ders.*, Die geplanten Text und Data Mining-Schranken (§§ 44b und 60d UrhG-E): Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 15.1.2020 zur Umsetzung der DSM-RL, ZUM 2020, S. 172–175.

- Ders.*, „Unberührt“ – das Verhältnis von DSA zur DSM-RL und zum UrhDaG Vortrag im Rahmen des Symposions „Die EU-Plattformregulierung: Eine ›Verfassung‹ für digitale Akteure im Werden?“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 11.11.2022 in München, ZUM 2023, S. 160–170.
- Rendas, Tito*, Fundamental Rights in EU Copyright Law, in: Rosati, Eleonora (Hrsg.), The Routledge Handbook of EU Copyright Law, Milton 2021, S. 18–38.
- Ders.*, Exceptions in EU Copyright Law: In Search of a Balance between Flexibility and Legal Certainty, Alphen aan den Rijn 2021.
- Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik G.*, Neue Institutionenökonomik: Eine Einführung und kritische Würdigung, Tübingen 2010.
- Ricketson, Sam/Ginsburg, Jane C.*, International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond, 2. Auflage, Oxford 2006.
- Riis, Thomas/Schovsbo, Jens*, Extended Collective Licenses and the Nordic Experience: It's a Hybrid but is it a Volvo or a Lemon, Columbia Journal of Law and the Arts 33 (2009), S. 471–498.
- Rogler, Anna*, Inklusive Immaterialgüterrechte, Berlin 2020.
- Rosati, Eleonora*, Copyright and the Court of Justice of the European Union, Oxford 2019.
- Dies.*, Linking and Copyright in the Shade of VG Bild-Kunst, Stockholm University Research Paper No. 99 / 2021, <https://ssrn.com/abstract=3907820>, archiviert unter [perma.cc/MU5S-L6R8](https://perma.cc/MU5S-L6R8).
- Dies.*, Copyright in the Digital Single Market: Article-by-Article Commentary to the Provisions of Directive 2019/790, 2021.
- Rosenberg, Leo*, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung, München 1956.
- Rostam, Darius*, Das Erfordernis technikverständlichen Verhaltens im Urheberrecht, in: Kuschel, Linda/Golla, Sebastian/Asmussen, Sven (Hrsg.), Intelligente Systeme – Intelligentes Recht, Baden-Baden 2021, S. 107–132.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie: Mit juristischer Methodenlehre, 10. Auflage, München 2018.
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 9. Auflage, München 2021.
- Sacksofsky, Ute*, Anreize, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 2, 2. Auflage, München 2012.
- Saliger, Frank*, Prozeduralisierung im (Straf-)Recht, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid/Saliger, Frank (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 2016, S. 434–452.
- Schack, Haimo*, Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian W. (Hrsg.), Perspektiven des geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts: Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 511–522.
- Ders.*, Anmerkung zu OLG Jena, Urteil vom 27.2.2008 – 2 U 319/07, MMR 2008, S. 414–418.
- Ders.*, Zur Rechtfertigung des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht, in: Depenheuer, Otto/Peifer, Klaus-Nikolaus (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, Berlin 2008, S. 123–140.
- Ders.*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Auflage, Tübingen 2021.

- Schaefer, Matthias*, Urheberrechtliche Rahmenbedingungen für Bildersuchmaschinen de lege lata und de lege ferenda, Marburg 2009.
- Schaub, Günter* (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Auflage, München 2021.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Berlin 2020.
- Scheele, Georg*, Das Deutsche Urheberrecht an literarischen, künstlerischen und photographischen Werken, Leipzig 1892.
- Schellekens, Maurice*, Framing links and the prohibition of formalities, JIPITEC 12 (2022), S. 439–447.
- Schmidt, Reimer*, Die Obliegenheiten: Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe 1953.
- Schovsbo, Jens/Riis, Thomas/Rosenmeier, Morten*, Extended Collective Licenses in Copyright: Denmark and the DSM Directive: Speech at the Online Symposium “Erweiterte Kollektive Lizenzen im Urheberrecht” of the Institut für Urheber- und Medienrecht in Cooperation with the Institut für Europäisches Medienrecht in Munich on 11.2.2022, ZUM 2022, S. 405–415.
- Shubert, Tobias*, Abschlusszwang und Anschlussnutzung: Kollektivwahrnehmungsrechtliche Grenzen beim Schutz gegen Framing und deren Folgen – Anmerkung zu KG, Urteil vom 18.6.2018 – 24 U 146/17, ZUM 2018, S. 726–729.
- Schulze, Gernot, Svensson*, BestWater und Die Realität – Ist Framing nun grundsätzlich zulässig? Anmerkung zu EuGH, Beschluss vom 21. Oktober 2014 – C-348/13 – BestWater, ZUM 2015, S. 106–110.
- Schwab, Brent*, Das Namensnennungsrecht des angestellten Werkschöpfers, NZA 1999, S. 1254–1259.
- Seiler, Julia*, Perspektiven für die Regelung der Nutzung verwaister Werke in Deutschland und der Europäischen Union, ZGE/IPJ 4 (2012), S. 155–185.
- Senftleben, Martin*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, S. 200–211.
- Ders.*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, The Hague 2004.
- Ders.*, How to Overcome the Normal Exploitation Obstacle: Opt-out Formalities, Embargo Periods, and the International Three-Step Test, Berkeley Technology Law Journal Commentaries 2014 (2014), S. 1–19.
- Ders.*, Art. 17 der DSM-RL und neue Impulse für die Verbesserung der urheberrechtlichen Dateninfrastruktur in Europa, GRUR 2022, S. 221–227.
- Senftleben, Martin/Margoni, Thomas/Antal, Daniell/Balázs, Bodólván Gompel, Steff Handke, Christian/Kretschmer, Martin/Poort, Joost/Quintais, João/Schwemer, Sebastian*, Ensuring the Visibility and Accessibility of European Creative Content on the World Market: The Need for Copyright Data Improvement in the Light of New Technologies and the Opportunity Arising from Article 17 of the CDSM Directive, JIPITEC 13 (2022), S. 67–86.
- Sheplyakova, Tatjana*, Prozeduralisierung des Rechts – Tema con Variazioni, in: Sheplyakova, Tatjana (Hrsg.), Prozeduralisierung des Rechts, Tübingen 2018, S. 1–54.
- Specht-Riemenschneider, Louisa*, Die neue Schrankenregelung für Text und Data Mining und ihre Bedeutung für die Wissenschaft, ODW 2018, S. 285–289.
- Dies.*, Diktat der Technik: Regulierungskonzepte technischer Vertragsinhaltsgestaltung am Beispiel von Bürgerlichem Recht und Urheberrecht, Baden-Baden 2019.

- Spindler, Gerald*, Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht: Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder“, GRUR 2010, S. 785–792.
- Ders.*, Das Ende der Links: Framing und Hyperlinks auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung?, GRUR 2016, S. 157–160.
- Ders.*, Text und Data Mining – urheber- und datenschutzrechtliche Fragen, GRUR 2016, S. 1112–1120.
- Ders.*, Text- und Datamining im neuen Urheberrecht und in der europäischen Diskussion, ZGE/IPJ 10 (2018), S. 273–300.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, München 2019.
- Spindler, Gerald*, Art. 17 DSM-RL und dessen Vereinbarkeit mit primärem Europarecht, GRUR 2020, S. 253–261.
- Ders.*, Upload-Filter: Umsetzungsoptionen zu Art. 17 DSM-RL, CR 2020, S. 50–59.
- Sprigman, Christopher Jon*, Reform(aliz)ing Copyright, Stanford Law Review 57 (2004), S. 485–568.
- Ders.*, Berne’s Vanishing Ban on Formalities Symposium: Reform(aliz)ing Copyright for the Internet Age, Berkeley Technology Law Journal 28 (2013), S. 1565–1582.
- Staats, Robert*, Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung nach § 51 VGG-E: Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 24.6.2020 zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, ZUM 2020, S. 728–733.
- Ders.*, „Repräsentative“ Verwertungsgesellschaften, in: Schmidt, Bernd/Staemmler, Moritz/Wandtke, Artur-Axel (Hrsg.), Regelsammlung, Recht und Bühnenkunst: Festschrift für Jan Ehrhardt zum 70. Geburtstag, München 2021, S. 61–70.
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243, Neubearbeitung, Berlin 2019.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin* (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage, Tübingen 2021.
- Steinke, Tina*, Die Verwirkung im Immaterialgüterrecht: eine rechtsvergleichende Betrachtung zum deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht mit europarechtlichen Bezügen, Göttingen 2006.
- Stieper, Malte*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Tübingen 2009.
- Stierle, Martin*, Das nicht-praktizierte Patent, Tübingen 2018.
- Su, Joy*, Google Book Search and Opt-Out Procedures, Journal of the Copyright Society of the U.S.A. 56 (2008), S. 947–984.
- Sucker, Reinhard*, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, Tübingen 2014.
- Sutterer, Moritz*, Fragmentierung trotz Kollektivierung: Wie eine konsequente Anwendung der deutschen Urheberrechtsdogmatik und des Kartellrechts die Rechteklärung über Verwertungsgesellschaften erleichtern kann, ZGE/IPJ 13 (2021), S. 281–311.
- Thot, Christian*, Die dogmatische Struktur der Erklärungspflicht des Drittschuldners gemäß § 840 Abs. 1 ZPO, Wiesbaden 2021.
- Tiessen, Martin*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.3.2021 – C-392/19 – Deutsche Digitale Bibliothek, IWRZ 2021, S. 124–125.
- Tinnefeld, Robert*, Die Einwilligung in urheberrechtliche Nutzungen im Internet, Tübingen 2012.

- Tratos, Mark*, Informal Formalities: The Government's Attempt to Find Families for Orphan Works, Intellectual Property Brief 3 (2012).
- Trumpke, Felix*, Exklusivität und Kollektivierung: Das skandinavische Modell der Erweiterten Kollektiven Lizenz (Extended Collective Licensing), Baden-Baden 2016.
- Ullmann, Eike*, Die Stellung des Autors bei Veräußerung des Verlagsunternehmens, in: Rüßmann, Helmut (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Käfer, Saarbrücken 2009, S. 413–426.
- Ullrich, Hanns*, Lizenzkartellrecht auf dem Weg zur Mitte, GRUR Int 1996, S. 555–568.
- Unberath, Hannes/Cziupka, Johannes*, Dispositives Recht welchen Inhalts? Antworten der ökonomischen Analyse des Rechts, AcP 209 (2009), S. 37–83.
- Ungern-Sternberg, Joachim von*, Schlichte einseitige Einwilligung und treuwidrig widersprüchliches Verhalten des Urheberberechtigten bei Internetnutzungen, GRUR 2009, S. 369–375.
- Ders.*, Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2018, GRUR 2019, S. 1–11.
- van Gompel, Stef*, Les Formalités Sont Mortes, Vive Les Formalités! Copyright Formalities and the Reasons for Their Decline in Nineteenth Century Europe, in: Deazley, Ronan/Kretschmer, Martin/Bently, Lionel (Hrsg.), Privilege and Property. Essays on the History of Copyright, Rochester 2010, S. 157–206.
- Ders.*, Formalities in Copyright Law: An Analysis of their History, Rationales and Possible Future, Alphen aan den Rijn 2011.
- Ders.*, Formalities in the Digital Era: An Obstacle or Opportunity?, Institute for Information Law Research Paper No. 9 / 2012, <https://ssrn.com/abstract=1986827>, archiviert unter [perma.cc/S9C6-G2W5](https://perma.cc/S9C6-G2W5).
- Volkman, Caroline*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: Verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, S. 376–384.
- Wandtke, Artur/Hauck, Ronny*, Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht – Zur Umsetzung von Artikel 17 DSM-RL in einem “Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz”: Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 24.6.2020 zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, ZUM 2020, S. 671–681.
- Wandtke, Artur/Bullinger, Winfried* (Hrsg.), Praxiskommentar Urheberrecht. UrhG, Urh-DaG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL, Portabilitäts-VO, 6. Auflage, München 2022.
- Weber, Klaus* (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 28. Edition, München 2022.
- Weller, Marc-Philippe*, Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue, Tübingen 2009.
- Welser, Marcus von*, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 9.3.2021 – C-392/19 – Deutsche Digitale Bibliothek, GRUR-Prax 2021, S. 206.
- Wernicke, Ninal/Kockentiedt, Florian*, Das Rückrufsrecht aus § 34 Abs. 3 UrhG, ZUM 2004, S. 348–357.
- Wiebe, Andreas*, Vertrauensschutz und geistiges Eigentum am Beispiel der Suchmaschinen, GRUR 2011, S. 888–895.
- Wieling, Hans Josef*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176 (1976), S. 334–355.
- Wielsch, Dan*, Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, Tübingen 2008.
- Ders.*, Iustitia mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz, in: Calliess, Galf-Peter/Fischer-Lescano, Andreas/Wielsch, Dan/Zumbansen, Peer (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin 2009, S. 395–416.

- Ders.*, Die Zugangsregeln der Intermediäre: Prozeduralisierung von Schutzrechten, GRUR 2011, S. 665–673.
- Ders.*, Relationales Urheberrecht: Die vielen Umwelten des Urheberrechts, ZGE/IPJ 5 (2013), S. 274–311.
- Ders.*, Über Zugangsregeln, in: Grünberger, Michael/Jansen, Nils (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute: Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, Tübingen 2017, S. 268–285.
- Ders.*, Fall 10: Haftung des Mediums, in: Lomfeld, Bertram (Hrsg.), Die Fälle der Gesellschaft: Eine neue Praxis soziologischer Jurisprudenz, Tübingen 2017, S. 125–150.
- Ders.*, Gesellschaftliche Transformation durch subjektive Rechte, in: Fischer-Lescano, Andreas/Franzki, Hannah/Horst, Johan (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, Tübingen 2018, S. 141–163.
- Ders.*, Verantwortung von digitalen Intermediären für Rechtsverletzungen Dritter, ZGE/IPJ 10 (2018), S. 1–34.
- Wimmers, Jörg/Barudi, Malek*, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, S. 327–338.
- Wolff, Johanna*, Anreize im Recht: Ein Beitrag zur Systembildung und Dogmatik im Öffentlichen Recht und darüber hinaus, Tübingen 2020.
- Wypchol, Markus*, Die Nutzung des Werks, Tübingen 2021.
- Zech, Herbert*, Information als Schutzgegenstand, Tübingen 2012.
- Zhang, Zijian*, Transplantation of an Extended Collective Licensing System – Lessons from Denmark, IIC 2016, S. 640–672.
- Zurth, Patrick*, Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht: Eine dogmatische Analyse der Rechtsnatur und der vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten, Tübingen 2016.

# Register

- Aufklärungspflicht 115
- Ausschließlichkeitsrecht 19, 28, 123, 151, 164
- Ausübungsregelung 125
- Cheapest Cost Avoider 155, 199
- Default Rule 141, 159
  - Majoritarian 142
  - Penalty 142
- Deutsches Patent- und Markenamt (DPMA) 113, 147, 151
- Dispositives Recht *Siehe* Default Rule
- Drei-Stufen-Test 32, 174, 177, 183, 198 f.
- Endowment-Effekt 159
- Erfordernis technikverständlichen Verhaltens 42, 46, 51, 79, 104, 148, 157 f., 166
- EUIPO 65, 113, 150, 175
- Formalität 27, 169
  - Formalitätenverbot 169, 185, 198, 200
- Frist 120
  - entscheidungserzwingende 121
  - nutzungsaufschiebende 120
- Funktion 129
- Gemeinfreiheit 26
  - gewillkürte 26
  - spezifische 28
- Google 2, 77
- Grundsatz der vorherigen Zustimmung 193
- Handlungslast 18
  - gewillkürte 19, 36
  - latente 18
  - manifeste 18
  - Maßstab 196
  - materiell-rechtliche Definition 18
  - oktroyierte 19, 36
  - urheberrechtsspezifische Definition 38
- Kenntnis 112 f., 144 f., 160, 189 f., 198
- Last 7, 137
  - Angriffslast 24
  - Begründungslast 8, 10, 24
  - Darlegungs- und Beweislast 8, 10, 24
  - Durchsetzungslast 24
  - öffentliche 7
  - Spezifizierungslast 68, 102, 148, 150
  - zivilverfahrensrechtliche 8, 13
- Liability Rule 131, 135, 140, 153, 199
- Loperty Rule 133, 136, 140, 144, 146, 154, 160, 199
- Markenrecht 20, 138
- Maschinenlesbarkeit *Siehe* Erfordernis technikverständlichen Verhaltens
- Normativer Normalfall 12, 23, 33
- Obliegenheit 15
- Patentrecht 138
- Persönlichkeitsrecht 138
- Prognoserisiko 140, 197
- Property Rule 131, 135, 140, 148
- Prozeduralisierung 136, 197
- Rechtsmissbrauch 108
- Rechtspflicht 14
- Robots Exclusion Protocol (REP) 104, 150
- robots.txt *Siehe* Robots Exclusion Protocol (REP)
- Transaktionskosten 95

Übertragungszweckgedanke 71 f., 75, 102

venire contra factum proprium *Siehe*

Rechtsmissbrauch

Vergütung 127, 191, 197

Veröffentlichung 90

Verwertungsgesellschaft 62, 92, 151, 186

– Verwertungsgesellschaftenpflicht 30,  
175

Wettbewerbsrecht 138

Wissensteilung 83, 162

YouTube 93, 97

Zero-Price Liability Rule 132, 140, 153,  
199

Zugangskultur 87, 110, 166

Zugangsregel 161, 197

Zweckübertragungslehre *Siehe* Übertra-  
gungszweckgedanke