

Darius Rostam*

Handlungslasten des Urhebers

Prozeduralisierung des Urheberrechts

Der Normalfall des Urheberrechts ist die Ausschließlichkeit. Grundsätzlich ist die Nutzung von Werken verboten, außer der Urheber erlaubt sie. Es liegt deshalb am Nutzer, eine Erlaubnis einzuholen. In jüngerer Zeit lassen sich allerdings Tendenzen feststellen, von diesem Grundsatz abzuweichen. Nutzungen sind danach erlaubt, außer der Urheber verbietet sie. Urheber tragen folglich eine Last, aktiv zu werden und Nutzungen zu untersagen. Der Beitrag setzt sich auf Grundlage der Dissertation des Verfassers mit der Frage auseinander, wann es sinnvoll und wann es zulässig ist, Urhebern derartige Handlungslasten aufzuerlegen. Ergebnis ist ein Maßstab, anhand dessen bestehende und künftige Anwendungsfälle von Handlungslasten des Urhebers auf ihre Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit evaluiert werden können. Die Anwendung dieses Maßstabs auf Schrankenregelungen zur Zulässigkeit des Trainings generativer KI-Modelle zeigt, dass Handlungslasten dort keine geeignete Regelungsstruktur bilden.

A. Einleitung	472
B. Handlungslasten	473
I. Zivilverfahrensrecht	473
II. Materielles Zivilrecht	474
III. Urheberrecht	475
1. Normativer Normalfall	475
2. Abgrenzungen	476
3. Definition und Anwendungsfälle	477
C. Analyse der Anwendungsfälle	478
I. Entstehungsumstände	478
1. Interessenlage	479
2. Transaktionskosten	480
II. Funktionen	481
1. Restrukturierung des Ausschließlichkeitsrecht	481
a) <i>Loperty Rule</i>	481
b) Prozeduralisierung	483
2. Umverteilung von Kosten	485
a) Besonderheiten der Anwendungsfälle von Handlungslasten	485
b) Urheber als Cheapest Cost Avider	486
c) Bedingungen für die Effizienzüberlegenheit von Loperty Rules	487

* Dr. Darius Rostam, LL.M. (NYU), ORCID: 0000-0003-0316-1726.



III. Vereinbarkeit mit internationalem Urheberrecht	488
1. Formalitätenverbot	488
2. Drei-Stufen-Test	491
D. Maßstab für Handlungslasten des Urhebers	493
I. Anwendungsbereich	493
II. Dogmatische Gestaltung	493
III. Kenntnis	494
IV. Schwere der Last	494
E. Text und Data Mining zum Training generativer KI	495
I. Anwendungsbereich	495
II. Kenntnis	496
III. Schwere der Last	497
IV. Vorschläge de lege ferenda	498

A. Einleitung

Das Urheberrecht gewährt Urhebern ausschließliche Befugnisse zur Nutzung ihrer Schöpfungen. Im Grundsatz folgt es einer Logik der Exklusivität: Nutzungen sind verboten, es sei denn, der Urheber stimmt ihnen ausnahmsweise zu. Dadurch weist es zugleich Lasten zwischen Nutzer und Urheber zu. Nutzer müssen vor der Nutzung eine Erlaubnis einholen; Urheber können dagegen darauf vertrauen, dass – abseits der urheberrechtlichen Schranken – ohne ihr Zutun keine legale Nutzung erfolgen kann.

Zunehmend lassen sich aber Tendenzen erkennen, von diesem Grundsatz abzuweichen. In solchen Fällen sind Nutzungen grundsätzlich zulässig, außer der Urheber untersagt sie. Nutzer dürfen Schutzgegenstände also ohne Weiteres nutzen; es liegt demgegenüber am Urheber, zunächst zulässigen Nutzungen aktiv entgegenzutreten.

Relevant wurde ein solches Modell etwa im Rahmen des Google Books-Projekts. Nach einem letztlich vom Gericht abgelehnten Vergleichsvorschlag sollte Google bestimmte Bücher digitalisieren und zugänglich machen dürfen, solange Rechtsinhaber der Nutzung nicht ausdrücklich widersprochen haben.¹ Für die Abbildung von Vorschaubildern durch Bildersuchmaschinen setzt der Bundesgerichtshof auf einen ähnlichen Ansatz. Die Nutzung ist durch eine Einwilligung gedeckt, solange die Bilder nicht von der Anzeige durch Suchmaschinen ausgenommen sind.² Schließlich basiert auch die vieldiskutierte Schranke für das Text und Data Mining (TDM) nach § 44b UrhG auf derselben Logik: Im Grundsatz sind Vervielfältigungen zum Zweck des TDM zulässig. Wenn Rechts-

¹ Vgl. etwa *de la Durantaye*, ZUM 2011, 538.

² Vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 36 – Vorschaubilder.

inhaber damit nicht einverstanden sind, müssen sie sich diese Nutzungen ausdrücklich vorbehalten (§ 44b Abs. 3 UrhG).

Der Beitrag setzt sich auf Grundlage der Dissertation³ des Verfassers mit der Frage auseinander, wann es zulässig und wann es sinnvoll ist, Urhebern derartige Handlungslasten aufzuerlegen. In einem ersten Schritt wird dazu der Begriff der Handlungslast konturiert und in das Urheberrecht übertragen (B.). Anschließend analysiert der Beitrag Handlungslasten im Urheberrecht mit Blick auf ihre Entstehungsumstände, Funktionen und Grenzen (C.). Er nimmt dazu auf drei Anwendungsfälle Bezug: Verlinkungen auf Schutzgegenstände, die sich mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Internet befinden, das Text und Data Mining, sowie die Veräußerung des Originals eines Werkes der bildenden Künste (§ 44 Abs. 2 UrhG). Hieraus kann ein kontextneutraler Maßstab gewonnen werden, mit dem sich bestehende und künftige Anwendungsfälle solcher Handlungslasten des Urhebers evaluieren lassen (D.). Schließlich soll der Maßstab auf ein aktuelles Phänomen Anwendung finden: das Training generativer KI-Modelle auf Grundlage von § 44b UrhG (E.).

B. Handlungslasten

I. Zivilverfahrensrecht

Lasten sind in erster Linie ein zivilverfahrensrechtliches Institut. Es handelt sich um Normen, die an ein bestimmtes Unterlassen Rechtsnachteile knüpfen.⁴ Sie erzeugen so eine Prozessrechtslage, in der eine Partei einen drohenden Nachteil durch eigenes Tun abwenden kann.⁵ Darlegungs- und (subjektive) Beweislast etwa regeln, zu wessen Lasten es ausfällt, wenn ungeklärt ist, ob ein Tatbestandsmerkmal vorliegt oder nicht. Die beweisbelastete Partei ist angehalten, den Beweis zu erbringen – tut sie das nicht, muss sie Nachteile bis hin zum Prozessverlust in Kauf nehmen.

Bemerkenswert ist, dass es dabei kein Interesse der Allgemeinheit oder der anderen Partei gibt, dass die belastete Partei einer Handlungslast auch nachkommt.⁶ Ob eine Partei beispielsweise einen Beweis erfolgreich antritt, obliegt allein ihr. Die Erfüllung der Last liegt also immer nur im Interesse des Belasteten. Dennoch geht von Lasten eine verhaltenssteuernde Wirkung aus. Denn sie kommunizieren dem Belasteten, dass ein bestimmter rechtlicher Nachteil nur durch

3 Rostam, Handlungslasten des Urhebers, 2025, Open Access: <<https://doi.org/10.1628/978-3-16-164546-4>>.

4 Vgl. Schmidt, Die Obliegenheiten, 1953, S. 89; Rosenberg, Die Beweislast, 1956, S. 60.

5 So Stein / Jonas / Brehm, 23. Aufl. 2021, Vor § 1 ZPO Rn. 210; Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, 1999, S. 231.

6 Vgl. Stein / Jonas / Brehm, 23. Aufl. 2021, Vor § 1 ZPO Rn. 209.

ein bestimmtes Tun vermieden werden kann. Sie setzen also auf das Eigeninteresse des Belasteten an einer für ihn günstigen Prozesslage und motivieren ihn zum Tätigwerden.⁷

II. Materielles Zivilrecht

Diese Wirkungslogik ist auch dem materiellen Recht nicht fremd. Um den Begriff der Last insofern brauchbar zu machen, ist allerdings eine weitere Unterscheidung erforderlich: Abzugrenzen ist zwischen Vorteilen und Nachteilen als Rechtsfolge einer Last. Wenn auch Lasten erfasst wären, die für ein bestimmtes Tun einen Vorteil in Aussicht stellen, würde nahezu jede Rechtsnorm auch eine Handlungslast begründen. Grund ist, dass der Grundsatz der Privatautonomie es jedem selbst überlässt, zur Verbesserung der eigenen Rechtsposition tätig zu werden. Die Untersuchung versteht unter Handlungslasten deshalb nur Fälle, in denen der Belastete *durch ein Unterlassen schlechter stünde*, also einen Nachteil erleiden würde.⁸

Um nun einen Nachteil vom bloßen Ausbleiben irgendeines Vorteils unterscheiden zu können, bedarf es eines Referenzpunktes. Dazu muss der Regelungszusammenhang, in dem die Handlungslast spielt, normativ-wertend betrachtet werden: Welche Rechtslage würde nach allgemeinen Grundsätzen für gewöhnlich eintreten? Diese Rechtslage bildet den sog. normativen Normalfall.⁹ Negative Abweichungen vom normativen Normalfall bedeuten einen Nachteil und sind damit ein tauglicher Anknüpfungspunkt einer Last.

So verstanden lassen sich Handlungslasten von anderen Verhaltensanforderungen des materiellen Zivilrechts abgrenzen: Im Gegensatz zu Pflichten korrespondieren Lasten nie mit einem Forderungsrecht eines anderen.¹⁰ Außerdem ist das Recht gegenüber der Erfüllung der Last indifferent, denn ihre Nichtbeachtung ist zwar sanktioniert, führt aber nur zu einem Nachteil in eigenen Sachen.¹¹ Mit Obliegenheiten scheinen Handlungslasten dagegen in ein gemeinsames Lager zu fallen, weil auch diese der anderen Partei keinen Erfüllungsanspruch gewähren.¹² Allerdings liegt dort die Interessenlage anders. Die Erfüllung einer Obliegenheit dient nämlich regelmäßig auch dem Interesse der Gegenpartei.¹³ Handlungslasten sind dagegen stets „Gebote des eigenen In-

7 Vgl. generell zu Anreizen Wolff, Anreize im Recht, 2020, S. 117 ff.

8 Rostam (Fn. 3), S. 11.

9 Nach Wolff (Fn. 7), S. 194 ff.; s. a. Rostam (Fn. 3), S. 11 f. „Normativ“ ist der Normalfall, weil wertend betrachtet wird, welche Rechtslage sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge einstellt.

10 Vgl. zu Pflichten Köhler, BGB AT, 45. Aufl. 2021, § 17 Rn. 44; zu Lasten Engst, Patientenpflichten und -lasten, 2008, S. 67.

11 Engst (Fn. 10), S. 67.

12 Vgl. Hähnchen, Obliegenheiten und Nebenpflichten, 2010, S. 2; Staudinger/Olzen, Neubearb. 2019, § 241 BGB Rn. 123, 127; Neuner, BGB AT, 9. Aufl. 2020, § 19 Rn. 29.

13 Neuner, BGB AT, 9. Aufl. 2020, § 19 Rn. 32; Looschelders (Fn. 5), S. 232; Staudinger/Olzen, Neu-

teresses“¹⁴ – die unbelastete Partei hat nie ein Interesse daran, dass der Belastete der Last genügt. Der Begriff der Handlungslast differenziert die Dogmatik der Verhaltensanforderungen damit weiter aus.

Handlungslasten sind im materiellen Recht also alle Verhaltensanforderungen, die ein ausschließlich im Eigeninteresse liegendes Handeln erforderlich machen, um negative Abweichungen vom normativen Normalfall abzuwenden.¹⁵

III. Urheberrecht

1. Normativer Normalfall

Um den Begriff der Handlungslast nun auf das Urheberrecht anzuwenden, muss zunächst dessen normativer Normalfall ermittelt werden. Das Urheberrecht ist subjektiv ein vermögenswertes Ausschließlichkeitsrecht, dessen wesentliches Merkmal das Verbotswort ist. Gemeint sind damit Unterlassungsansprüche, die die Zuordnung des Werks zum Urheber rechtlich bewahren (vgl. etwa § 97 Abs. 1 UrhG).

Auch wenn das objektive Urheberrecht zwischen der Ausschließlichkeit und dem Zugang zu Werken einen Ausgleich leistet, ist das Recht nicht unparteiisch zwischen diesen beiden Seiten angelegt.¹⁶ Vielmehr gilt die Exklusivität als normativer Normalfall.¹⁷ Das folgt verfahrensmäßig daraus, dass die Zuordnung zum Schöpfer der Grundfall ist, die Gemeinfreiheit dagegen die Ausnahme. Und auch inhaltlich ist diese Zuordnung standardmäßig exklusiv: Demjenigen, der ein Werk kreiert, sollen kraft Gesetzes alle Verwertungsmöglichkeiten an diesem zugeordnet werden.¹⁸ Diese Eigentumslogik¹⁹ sorgt dafür, dass die dem Urheber gewährten Rechte sich von selbst auf neue, zuvor unbekannte Nutzungsformen erstrecken.²⁰ Demgegenüber sind Zugangsfreiheiten als enumerierte, gesondert rechtfertigungsbedürftige und in internationalen Harmonisierungsinstrumenten meist fakultative Ausnahmen ausgestaltet.

bearb. 2019, § 241 BGB Rn. 130. Ein Beispiel ist die Schadensminderungsobliegenheit des § 254 BGB, die im Interesse des Schädigers dessen Belastung reduzieren soll.

¹⁴ Goldschmidt, Der Prozess als Rechtslage, S. 336; Schmidt (Fn. 4), S. 95; Hähnchen (Fn. 12), S. 102.

¹⁵ Rostam (Fn. 3), S. 18; vgl. auch Looschelders (Fn. 5), S. 231.

¹⁶ Damit ist lediglich die Ausgestaltung de lege lata angesprochen und keine Stellungnahme verbunden, welches Regel-Ausnahme-Verhältnis dem Urheberrecht normativ am besten gerecht würde.

¹⁷ Rostam (Fn. 3), S. 33 m. w. N.

¹⁸ Vgl. schon BT-Drucks. IV/270, S. 28.

¹⁹ Begriff von Dreier, Primär- und Folgemärkte, in: Schricker/Dreier/Kur (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, 2001, S. 51, 70 ff.

²⁰ So die Intention des Gesetzgebers, vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 29, 45.

2. Abgrenzungen

Handlungslasten des Urhebers sind dort zu finden, wo das Urheberrecht diese Exklusivität einschränkt, also Urhebern²¹ keine Unterlassungsansprüche gegen Nutzer zustehen, die ohne Erlaubnis auf Schutzgegenstände zugreifen. Von herkömmlichen Exklusivitätseinschränkungen unterscheiden sich Situationen, in denen eine Handlungslast besteht, aber in zweierlei Hinsicht:²² Sie zeichnet zum einen aus, dass der Belastete stets eine Option hat, auf den (drohenden) Nachteil zu reagieren und Exklusivität (wieder-)herzustellen. Schranken, die bestimmte Nutzungen abschließend und damit ohne solche Option freistellen, wie etwa die Zitatschranke aus § 51 UrhG, können daher keine Handlungslast erzeugen. Außerdem drehen sich Handlungslasten um eine *rechtliche* Abweichung vom normativen Normalfall der Exklusivität. Ausreichend ist daher nicht, dass Urheber durch *rein* faktisches Handeln Einschränkungen der Exklusivität abwenden, etwa indem sie Werke hinter einem Zaun verbergen und deshalb die Panoramafreiheit aus § 59 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 UrhG keine Anwendung findet.

Darüber hinaus ist die Quelle der Belastung – sei es eine gesetzliche Schranke, eine bestimmte Auslegung eines Verwertungsrechts oder eine urhebervertragsrechtliche Auslegungs- und Vermutungsregel – für den Charakter als Last irrelevant. Was allerdings einen Unterschied macht, ist das Vorverhalten des Urhebers: Urheber können sich vollkommen freiwillig eine Last aufbürden. Solche Belastungen fordern aber keine urheberrechtsspezifische Begründung, denn sie lassen sich schon mit der Privatautonomie des Urhebers erklären.²³ Daneben sind aber auch Mischfälle denkbar, in denen der Urheber zwar einer nachteiligen Rechtsfolge von Gesetzes wegen unterworfen ist, diese Rechtsfolge aber an vorheriges freiwilliges Handeln des Urhebers anknüpft.²⁴ Diese Fälle verlangen dann nach einer urheberrechtlichen Erklärung, wenn es für den Urheber entweder nicht absehbar war, dass er durch sein Handeln eine Last erzeugt, oder wenn er bei einer normalen Verwertung die Belastung nicht vermeiden konnte.²⁵ Dann ist die Belastung nämlich so unfreiwillig, dass sie sich nicht mehr mit der Privatautonomie des Urhebers rechtfertigen lässt.

21 Die Untersuchung nimmt begrifflich auf den Urheber Bezug, weil sie sich am normativen Normalfall orientiert, also der Situation, dass dem Urheber mit der Schöpfung Rechte zuwachsen, *über die er noch zu verfügen hat*. Der Urheber ist also originär Belasteter.

22 Vgl. Rostam (Fn. 3), S. 34 f.

23 Rostam (Fn. 3), S. 36 f. Ein Beispiel dafür ist § 31a Abs. 1 S. 4 UrhG. Der Urheber hat danach die Möglichkeit, eine Rechtseinräumung betreffend unbekannte Nutzungsarten zu widerrufen. Er geht diese „Belastung“ aber freiwillig ein. Es handelt sich deshalb nicht um eine Handlungslast, sondern eine bloße Handlungsmöglichkeit.

24 Vgl. etwa § 34 Abs. 3 S. 2 UrhG: Danach trägt der Urheber die Last, ein bei Unternehmensveräußerung weiter veräußertes Nutzungsrecht zurückzurufen, wenn ihm die Ausübung durch den Erwerber nicht zumutbar ist. Allerdings muss dem vorausgehen, dass der Urheber freiwillig dem veräußerten Unternehmen zuvor ein Nutzungsrecht eingeräumt hat.

25 Vgl. Rostam (Fn. 3), S. 37.

3. Definition und Anwendungsfälle

Ausgehend vom Normalfall der Exklusivität und den Abgrenzungen gelangt man zu folgender Definition:

Eine Handlungslast des Urhebers besteht in einer Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers erfordert, um oktroiierte Abweichungen von der Ausschließlichkeit abzuwenden.²⁶

Auf dieser Grundlage lassen sich derzeit 16 Anwendungsfälle solcher Handlungslasten identifizieren, die nach ihrer dogmatischen Gestalt unterschieden werden können:

Den *Tatbestand von Verwertungsrechten* betreffen die Rechtsprechung des EuGH zu Verlinkungen sowie die Haftungsregelungen für Diensteanbieter aus Art. 17 DSM-RL²⁷, die im UrhDaG umgesetzt sind. Für Verlinkungen beispielsweise folgt eine Handlungslast des Urhebers aus der Auslegung der öffentlichen Wiedergabe durch den EuGH: Ob eine Verlinkung auf Werke, die mit Zustimmung des Urhebers zugänglich sind, eine öffentliche Wiedergabe ist, hängt davon ab, welchem Publikum der Urheber den Zugang bei der Erstwiedergabe eröffnet hat.²⁸ Werke, die sich ohne Zugangsbeschränkung im Netz befinden, können Nutzer frei verlinken. Nur wenn Urheber zu sog. beschränkenden Maßnahmen greifen und diese durch die Verlinkung umgangen werden, wird ein „neues Publikum“ erreicht und die ausschließliche Wirkung greift ein.²⁹ Es besteht also eine Rechtslage, die ein Verhalten des Urhebers – die beschränkende Maßnahme – erfordert, um eine Abweichung von der Ausschließlichkeit abzuwenden.

Auf *Schrankenebene* findet sich eine Handlungslast etwa in Bezug auf das TDM nach § 44b UrhG. Die Schranke stellt Vervielfältigungen für das TDM frei – allerdings nur, solange Urheber sich diese nicht vorbehalten haben (§ 44b Abs. 3 UrhG). Urheber tragen deshalb die Handlungslast, tätig zu werden und einen Vorbehalt zu erklären, um einen Nachteil für ihre ausschließliche Rechtsposition zu vermeiden. Weitere Lasten bestehen bei der Nutzung von Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren nach § 49 Abs. 1 UrhG, von verwaisten Werken nach den §§ 61 ff. UrhG, von nicht-verfügbaren Werken nach § 61d UrhG sowie von Werken in Sammlungen für den religiösen Gebrauch nach §§ 46 Abs. 1, 62 Abs. 5 UrhG.

²⁶ Rostam (Fn. 3), S. 38.

²⁷ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

²⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.2.2014 – C-466/12, Rn. 26 f. – Svensson; EuGH, Urt. v. 21.10.2014 – C-348/13, Rn. 14 ff. – BestWater; EuGH, Urt. v. 8.9.2016 – C-160/15, Rn. 37 – GS-Media; EuGH, Urt. v. 9.3.2021 – C-392/19 Rn. 32 – Deutsche Digitale Bibliothek.

²⁹ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.2.2014 – C-466/12, Rn. 26 f., 31 – Svensson; EuGH, Urt. v. 8.9.2016 – C-160/15, Rn. 50 – GS-Media.

Die *Einräumung einer urheberrechtlichen Gestattung* schließlich betrifft beispielsweise eine Handlungslast bei der Veräußerung eines Werkoriginals der bildenden Künste durch den Eigentümer. Nach § 44 Abs. 2 UrhG ist der Erwerber des Originals berechtigt, das Werk auch auszustellen – es sei denn, der Urheber hat dies bei der Veräußerung ausdrücklich ausgeschlossen. Nicht der Erwerber trägt also wie üblich die Last, die zu erwerbenden Rechte genau zu spezifizieren. Vielmehr entfällt es auf den Urheber, eine ihm unterstellte Zustimmung zur Ausstellung zu widerlegen, indem er sich das Recht vorbehält. Diese Handlungslast ist auch unfreiwillig: Zwar bringt sich der Urheber durch die freiwillige Veräußerung selbst in die Lage, sich das Ausstellungsrecht ggf. vorbehalten zu müssen. Allerdings wird ihm diese Last von § 44 Abs. 2 UrhG auferlegt und ist für Urheber unvermeidbar, die ein Werkoriginal der bildenden Künste veräußern möchten. Sie verlangt daher nach einer urheberrechtsspezifischen Erklärung. Weitere solcher Lasten finden sich in Bezug auf Rechte an unbekannten Nutzungsarten nach § 137l Abs. 1 UrhG, kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung nach den §§ 51 ff. VGG, die Nutzung nicht verfügbarer Werke nach den §§ 52 ff. VGG, die Ausstellung nach Veräußerung des Werkoriginals durch den Eigentümer nach § 44 Abs. 2 UrhG, Rechte an Computerprogrammen bei Urhebern in Arbeits- und Dienstverhältnissen nach § 69b UrhG, besondere Bestimmungen für Filme nach §§ 88, 89 UrhG, Beiträge zu Sammlungen nach § 38 Abs. 1 S. 1 UrhG, die Übertragung von Nutzungsrechten bei der Veräußerung eines Unternehmens nach § 34 Abs. 3 S. 1 UrhG sowie die Nutzung von Vorschaubildern in Bildersuchmaschinen auf Grundlage einer schlichten Einwilligung.

C. Analyse der Anwendungsfälle

Auch wenn die Anwendungsfälle unterschiedlichen Kontexten entstammen und sich in ihrer dogmatischen Gestalt unterscheiden, teilen sie gemeinsame Entstehungsumstände, Funktionen und Grenzen. Im Folgenden sollen diese Grundstrukturen aufgezeigt werden, um Handlungslasten des Urhebers als eine kontextneutrale Rechtsfigur erkennbar zu machen.

I. Entstehungsumstände

Wenn man auf die Ausgangssituation der genannten Anwendungsfälle blickt, lassen sich Gemeinsamkeiten erkennen: Die Fälle verbindet zum einen eine spezielle Interessenlage und zum anderen eine gemeinsame Transaktionskostenproblematik.

1. Interessenlage

In den Anwendungsfällen zeigt sich, dass das Nutzungsinteresse nach einer objektiven, typisierten Betrachtung regelmäßig hoch ist. Im Beispiel von Verlinkungen kommt das etwa in Form eines Allgemeininteresses an der Nutzung zum Ausdruck: Verlinkungen haben eine große Bedeutung dafür, dass Inhalte im Internet auffindbar sind und tragen so dazu bei, dass das Internet funktioniert.³⁰ Es besteht deshalb ein hohes Allgemeininteresse daran, sie rechtskonform vornehmen zu können. Dasselbe gilt für das TDM. Es verspricht durch die Erschließung großer Datenmengen einen hohen sozialen Nutzen in Wissenschaft und Forschung sowie Wirtschaft und Gesellschaft.³¹ Im Fall des § 44 Abs. 2 UrhG geht es dagegen um ein qualifiziertes Partikularinteresse. Nicht bloß Ausstellungen eines beliebigen Werkexemplars durch einen beliebigen nutzungswilligen Dritten werden privilegiert, sondern allein die Ausstellung des Werkoriginals durch den neuen Eigentümer. Dieser erwirbt ein Werkoriginal häufig gerade mit dem Ziel, es auszustellen, woraus sein besonderes Nutzungsinteresse folgt.³² Das Nutzungsinteresse ist in der Regel also gesteigert und richtet sich nicht auf den bloßen Werkgenuss, sondern dient werkgenussinduzierenden Handlungen.

Das Verbotsinteresse des Urhebers fällt aus objektiver Sicht in den Anwendungsfällen dagegen typischerweise gering aus. Dies folgt zum einen daraus, dass Nutzungen in vielen Anwendungsfällen, beispielsweise im Fall von Verlinkungen oder des TDM, keinen substituierenden Charakter haben. Zum anderen kann auch das Vorverhalten der Urheber ein Indikator sein: Im Fall der Verlinkungen und des TDM geht es vor allem um Inhalte, die Urheber im Internet bereitstellen (lassen). Das Internet basiert auf einer Grundnorm des freien Zugriffs.³³ Das bedeutet nicht, dass jeder Zugriff auf Schutzgegenstände bedingungslos und entgeltfrei möglich sein muss. Allerdings setzen Urheber durch ihre freiwillige und vorbehaltlose Teilnahme das Zeichen, die nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen zu akzeptieren.³⁴ Daraus folgt objektiv ein verringertes Verbotsinteresse. Im Fall der Verlinkungen wird häufig sogar ein positives Interesse an der Nutzung bestehen, wenn die Inhalte gerade Aufmerksamkeit finden und frequentiert werden sollen. § 44 Abs. 2 UrhG setzt voraus, dass der Urheber ein Werkoriginal veräußert, das noch nicht veröffentlicht ist. Dadurch „entlässt er es (...) endgültig aus seiner persönlichen Sphäre“,³⁵ wes-

30 Vgl. BGH Urt. v. 17.7.2003 – I ZR 259/00 – Paperboy; EuGH, Urt. v. 8.9.2016 – C-160/15, Rn. 45 – GS-Media: Sie tragen „zu seinem guten Funktionieren und zum Meinungs- und Informationsaustausch“ bei.

31 Vgl. etwa *Carroll*, U.C. Davis L. Rev. 53 (2019), 893, 901 ff.; *Raue*, IIC 2018, 379, 381: „strong public interest to encourage the generation of new knowledge which would otherwise not exist“.

32 Diese Interessenlage soll die Norm auch realisieren, vgl. BT-Drucks. IV/270, S. 62.

33 *Peukert*, GRUR-Beil. 2014, 77, 78 f.; *Wielsch*, Zugangsregeln, 2008, S. 243.

34 *Rostam* (Fn. 3), S. 87 f.

35 BT-Drucks. IV/270, S. 62.

halb man objektiv davon ausgehen kann, dass der Urheber mit der Ausstellung grundsätzlich auch einverstanden ist. Es besteht also in den Anwendungsfällen ein verringertes Verbotsinteresse – was nicht heißt, dass Urheber unter keinen Umständen ihr Verbotsrecht geltend machen möchten. Vielmehr ist das Interesse daran *normalerweise* verringert, sodass die Interessenlage in den Anwendungsfällen mit dem normativen Normalfall in Widerspruch steht.

2. Transaktionskosten

Ohne die Handlungslasten käme es daneben in den Anwendungsfällen zu prohibitiven, mindestens aber unnötig hohen Transaktionskosten. Zu unterscheiden ist hier zwischen den Kosten dafür, Status und Inhaberschaft eines Schutzgegenstandes zu ermitteln (Suchkosten), die Präferenz des Rechteinhabers gegenüber einer Nutzung abzufragen (Präferenzermittlungskosten) und ggf. über die Nutzungsbefugnis zu verhandeln (Verhandlungskosten).³⁶

Im Fall des TDM sind schon die Suchkosten prohibitiv hoch. Je größer die untersuchte Menge an Objekten, desto aussagekräftiger können die Analyseergebnisse sein. Im gleichen Maß steigt allerdings auch die Zahl betroffener Schutzgegenstände, ihrer Rechtsinhaber und Nutzungsvorgänge. Für die Analyse großer Datenbestände ist es daher praktisch ausgeschlossen, alle Schutzgegenstände zu identifizieren, ihre Rechtsinhaber ausfindig zu machen und jeweils Nutzungsrechte zu erwerben.³⁷

Bei Verlinkungen ist dagegen nicht die Anzahl der Schutzgegenstände und der beabsichtigten Nutzungen das Problem – vielmehr besteht hier ein Missverhältnis zwischen dem erwarteten Nutzen und dem Aufwand, eine Nutzung im Wege individueller Transaktionen zu realisieren. Obwohl der Schutzstatus zu verlinkender Inhalte oft klar ist, ist es häufig sehr schwierig, den zugehörigen Rechtsinhaber zu ermitteln.³⁸ Für Nutzungen im nicht-kommerziellen Bereich geraten die Kosten deshalb leicht außer Verhältnis zur Nutzung.³⁹

Im Fall der Veräußerung eines Werkoriginals schließlich bestehen zwar keine prohibitiv hohen Kosten, da es sich nicht um eine Massennutzung handelt. Es ist aber von vornherein aufgrund der Interessenlage klar, dass das Ausstellungsrecht dem Eigentümer zustehen soll, der häufig gerade dafür das Werkoriginal erwirbt. Deshalb entstehen vermeidbare Transaktionskosten, wenn dafür eine ausdrückliche Transaktion erforderlich ist.

³⁶ Nach *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1828.

³⁷ 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, <perma.cc/S733-YXHM>, S. 5.

³⁸ *Conrad*, CR 2013, 305, 313.

³⁹ Vgl. *Spindler*, GRUR 2016, 157, 159; *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 279.

Die Anwendungsfälle der Handlungslasten stehen also nicht im Einklang mit dem urheberrechtlichen Normalfall, nach dem das durch einvernehmliche Transaktionen Nutzungen zustande kommen – sie drohen zu scheitern, wenn keine Handlungslast bestünde.

II. Funktionen

Die Funktionen der Handlungslasten stehen in Verbindung zu den Entstehungs Umständen. Ohne die Last würden in den Anwendungsfällen von den Beteiligten regelmäßig gewollte Nutzungen unterbleiben. Die Kernfunktion der Last liegt darin, solche gewollten Nutzungen grundsätzlich zu ermöglichen und nur für den Ausnahmefall Exklusivität bereitzustellen.⁴⁰ Betrachten lässt sich das aus drei Blickwinkeln: mit Blick auf die Form der ausschließlichen Befugnis, die unter einer Handlungslast restrukturiert wird; im Hinblick auf die Zuordnung der Kosten für eine urheberrechtskonforme Nutzung, die durch die Last umverteilt werden; und anhand der Rolle von Handlungslasten als Baustein sog. Zugangsregeln, die das Ausschließlichkeitsrecht systemspezifisch abstimmen.⁴¹

1. Restrukturierung des Ausschließlichkeitsrecht

Die dargestellte Interessenlage stellt an das Ausschließlichkeitsrecht besondere Anforderungen: Zum einen soll eine Nutzung im Ausgangspunkt zulässig sein. Zum anderen ist der Clou der Anwendungsfälle aber, dass es ausnahmsweise noch ein schützenswertes Verbotsinteresse geben kann – die Befugnis muss also ausnahmsweise auch ein Verbot abbilden können.

a) *Loperty Rule*

Die herkömmliche Befugnistaxonomie der Property Rights von *Calabresi / Melamed* unterscheidet zwischen einer Property Rule, die dem normativen Normalfall der Exklusivität entspricht und der Liability Rule, unter der kein Ausschlussrecht besteht, aber ein Recht, für eine Nutzung vergütet zu werden (im Urheberrecht: vergütungspflichtige Schranken).⁴² Ergänzt werden muss noch die sog. Zero-Price Liability Rule, die zwar mit einer Zuordnung zum Rechteinhaber, aber weder mit einem Ausschlussrecht noch mit einer Vergütung einhergeht (im Urheberrecht: vergütungsfreie Schranken).⁴³

⁴⁰ *Rostam* (Fn. 3), S. 130.

⁴¹ Zu Handlungslasten als Baustein von Zugangsregeln *Rostam* (Fn. 3), S. 161 ff.

⁴² *Calabresi / Melamed*, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1092, 1105 f.

⁴³ So *Lemley / Weiser*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 783, 786; ähnlich *Bell / Parchomovsky*, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 6: „zero-order“.

In dieses Schema fügen sich die Anwendungsfälle nicht vollends ein. Unproblematisch sind die Anwendungsfälle, die die Einräumung einer urheberrechtlichen Gestattung betreffen, wie etwa § 44 Abs. 2 UrhG. Dort sind die Nutzungsbefugnisse dem Urheber exklusiv zugeordnet, es gilt also eine Property Rule. Anders liegt es dagegen in den übrigen Anwendungsfällen. Im Fall der Verlinkungen etwa sind öffentliche Wiedergeben durch eine Verlinkung solange zulässig, bis der Urheber eine beschränkende Maßnahme ergriffen hat. Im Fall des TDM können Vervielfältigungen stattfinden, es sei denn, der Urheber erklärt einen Vorbehalt.

Die Befugnis kennt in diesen Fällen also zwei verschiedene Zustände:⁴⁴ Status A setzt ein, sobald es zu einem Verlust an Ausschließlichkeit kommt. Weil Nutzungen dann erlaubnisfrei stattfinden dürfen, besteht keine Property Rule. Vielmehr ist – je nachdem, ob eine Vergütung geschuldet ist oder nicht – eine (Zero-Price) Liability Rule in Kraft. Die herkömmlichen urheberrechtlichen Schranken verharren in diesem Zustand. Unter einer Handlungslast kann sich das Schutzniveau der Befugnis aber noch in einen Status B wandeln. Auslöser dafür ist die Erfüllung der Last. Dann sind alle Nutzungen wieder exklusiv dem Urheber zugeordnet, sodass eine Property Rule greift.

Diese Verbindung der Schutzniveaus von (Zero-Price) Liability Rule und Property Rule innerhalb einer Befugnis lässt sich als „Loperty Rule“ bezeichnen.⁴⁵ Weil in ihnen von vornherein Nutzungsfreistellung und Verbotsrecht angelegt sind, sind sie als Befugnis eigenen Typs zu verstehen.⁴⁶

Durch dieses Normdesign lassen sich die Vorteile von Property Rule und Liability Rule kombinieren. Der Vorteil der Property Rule liegt im Verhandlungsmechanismus: Die Befugnis kann dadurch in die Hände desjenigen wandern, in denen sie am wertvollsten ist.⁴⁷ Zu Problemen kommt es aber, wenn – wie in den Anwendungsfällen – Transaktionen strukturell nicht zustande kommen. Vorteilhaft sind dann Liability Rules, weil Nutzungen ohne Transaktion möglich sind. Gleichzeitig geht mit ihnen die Schwierigkeit einher, die Nutzung mangels Verhandlungsmechanismus zu bepreisen.⁴⁸ Das lässt sich durch eine Zero-Price Liability Rule umgehen, weil dort keinerlei Vergütung geschuldet ist, allerdings werden Urheber dann an den Nutzungen nicht beteiligt.

⁴⁴ Rostam (Fn. 3), S. 132 f.

⁴⁵ Dieser Begriff stammt von Bell/Parchomovsky, Mich. L. Rev. 101 (2002), 1, 31, 53 f.; im deutschen Diskurs ist von einer „prozeduralisierten Property Rule“ die Rede (Hofmann, ZUM 2019, 617, 620), daneben findet sich auch der Begriff des „bedingten Ausschließlichkeitsrechts“ (Grünberger, ZGE/IPJ 4 (2012), 321, 354).

⁴⁶ Rostam (Fn. 3), S. 133 f.

⁴⁷ Vgl. zur sog. Effizienzthese des Coase-Theorems Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, S. 61.

⁴⁸ Vgl. Calabresi/Melamed, Harv. L. Rev. 85 (1972), 1089, 1110 sprechen von einer „collective valuation“; Lemley/Weiser, Tex. L. Rev. 85 (2006), 783, 820 sehen darin die „Achillesverse“ der Liability Rule.

Die Loperty Rule kombiniert nun die Vorteile beider Schutzniveaus, indem zunächst in Status A Nutzungen erlaubnisfrei stattfinden können, andererseits bei Bedarf in Status B der Marktmechanismus zum Einsatz kommen kann. Die jeweiligen Nachteile sind dagegen ausgemerzt: Eine fehlende oder unangemessene Vergütung unter der (Zero-Price) Liability Rule in Status A können Urheber jederzeit durch eine marktförmige ersetzen, und der in den Anwendungsfällen zunächst dysfunktional wirkende Zustimmungsvorbehalt unter der Property Rule greift erst nach Wechsel in Status B, wo Transaktionen zustande kommen können.⁴⁹

b) Prozeduralisierung

Damit einher geht eine Prozeduralisierung des Ausschließlichkeitsrechts. Prozeduralisierung beschreibt eine Tendenz im Recht, materielle Entscheidungskriterien durch formelle Verfahren zu ersetzen.⁵⁰ Auf das Urheberrecht angewandt führt eine Prozeduralisierung dazu, dass das Recht nur unter der Bedingung durchsetzbar ist, dass zuvor ein Verfahren eingehalten wurde – in den Anwendungsfällen die Erfüllung der Handlungslast.⁵¹

Im Verhältnis zwischen Urheber und Nutzer wirkt sich die Prozeduralisierung auf die Verteilung des sog. Prognoserisikos aus. Gemeint ist damit das Risiko der Rechtsverletzung, wenn unklar ist, ob eine beabsichtigte Nutzung urheberrechtskonform erfolgen kann oder nicht.⁵² Unter dem normativen Normalfall des Ausschließlichkeitsrechts, einer Property Rule, tragen die Nutzer dieses Prognoserisiko. Weil sie für Rechtsverletzungen haften müssen (vgl. § 97 UrhG), liegt es an ihnen, eine Erlaubnis einzuholen. Unter einer (Zero-Price) Liability Rule reduziert sich dieses Risiko, weil Nutzer lediglich einschätzen müssen, ob ihre Nutzung unter eine gesetzliche Privilegierung fällt, nicht dagegen, ob ein Inhalt tatsächlich urheberrechtlich geschützt ist und wer der Urheber ist.

Den Anwendungsfällen liegt dabei ein Informationsdefizit der Nutzer zugrunde. Wie bereits festgestellt, sind die Transaktionskosten für gewöhnlich entweder verschwenderisch oder prohibitiv hoch. Es fehlt den Nutzern damit an Informationen, um das Prognoserisiko beherrschbar zu machen. Die Prozeduralisierung trägt nun dazu bei, das Informationsdefizit zu beseitigen.⁵³ Sie wirkt als Anreiz für den Urheber, den Schutzstatus eines Werks, seine Rechtsinhaberschaft und Dispräferenz gegenüber einer Nutzung ohne individuelle Transaktion

⁴⁹ Rostam (Fn. 3), S. 136. Dazu sogleich C.II.1.b).

⁵⁰ Hirschberger, Prozeduralisierung im europäischen Binnenmarktrecht, 2010, S. 27; Grünberger/Reinelt, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 75.

⁵¹ Vgl. Wielsch, GRUR 2011, 665, 670, auf den auch der Begriff der „Prozeduralisierung von Schutzrechten“ zurückgeht. Vgl. für das Patentrecht EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – C-170/13, Rn. 60 – Huawei Technologies/ZTE; dazu Hofmann, ZUM 2017, 102, 104 f.; grundsätzlich de la Durantaye/Hofmann, ZUM 2021, 873, 875 f.

⁵² Nach Hofmann, ZUM 2017, 102, 105 f.

⁵³ Rostam (Fn. 3), S. 140 ff.

gegenüber Nutzern zu offenbaren. Normalerweise haben Urheber in den Anwendungsfällen wenig Anreiz, diese Informationen von sich aus offenzulegen. Indem sie aber für das Exklusivrecht tätig werden müssen, tragen sie nun dazu bei, das Informationsgefälle zu nivellieren.

Die Loperty Rule lässt sich in diesem Zusammenhang als dispositives Recht verstehen. Die ökonomische Analyse des Rechts hat solche sog. Default Rules für das Vertragsrecht umfassend untersucht.⁵⁴ Danach soll sich ihr Inhalt nach den typischen, also normalerweise mehrheitlichen Parteiinteressen richten (sog. Majoritarian Default Rule).⁵⁵ Das ist nach der Interessenlage der Anwendungsfälle eine grundsätzliche Nutzungsfreiheit. Die Loperty Rule bildet hier also eine Majoritarian Default Rule. Für die davon abweichende Minderheit wirkt sie zwangsläufig nachteilig, woraus der Anreiz folgt, über sie zu disponieren.

Entscheidend für den Erfolg der Prozeduralisierung ist, dass der Akt der Disposition zugleich auch eine informationsoffenbarende Wirkung hat.⁵⁶ In allen Anwendungsfällen müssen Urheber, um der Last zu genügen, Nutzern zwangsläufig signalisieren, dass sie eine exklusive Verwertung bevorzugen. Im Fall der Verlinkungen geschieht das, indem Urheber beschränkende Maßnahmen ergreifen, im Fall des TDM, indem sie einen Vorbehalt erklären. Sie zeigen dadurch, dass sie einen Inhalt für urheberrechtlich geschützt und die Nutzung für erlaubnispflichtig halten. Damit haben Nutzer stets einen Anhaltspunkt für eigene Nachforschungen. Damit urheberrechtskonforme Nutzungen möglich werden, ist darüber hinaus aber entscheidend, dass Urheber auch ihre Identität zu erkennen geben.⁵⁷ Das ist in vielen, aber nicht allen Anwendungsfällen von Handlungslasten der Fall, etwa nicht bei den hier angeführten drei Beispielen.⁵⁸ Für das Zustandekommen einer legalen Nutzung hilft es beispielsweise nicht weiter, dass Urheber beschränkende Maßnahmen gegenüber Verlinkungen ergriffen oder gegenüber dem TDM einen Vorbehalt erklärt haben. Nutzer erhalten dadurch nur die Information, dass eine Nutzung nicht möglich ist – nicht aber, wie eine Transaktion zustande kommen kann. Wenn Urheber dagegen auch ihre Identität offenbaren, sind Informationsstand und Prognoserisiko synchronisiert: Nutzer haften nur, wenn sie das Prognoserisiko beherrschen können; Transaktionen sind nur dann erforderlich, wenn sie auch möglich sind.⁵⁹

54 Grundlegend Ayres / Gertner, Yale L.J. 99 (1989), 87; s.a. zu den konzeptionellen Grundlagen Cziupka, Dispositives Vertragsrecht, 2010, S. 261 ff.

55 Vgl. Schäfer / Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2020, S. 511; Unberath / Cziupka, AcP 209 (2009), 37, 48 ff.

56 Rostam (Fn. 3), S. 143 f.

57 Rostam (Fn. 3), S. 143.

58 Die Identität wird preisgegeben 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.

59 Rostam (Fn. 3), S. 144.

2. Umverteilung von Kosten

Die Kosten, die in den Anwendungsfällen für eine urheberrechtskonforme Nutzung anfallen würden, wirken prohibitiv oder sind verschwenderisch. Nach dem normativen Normalfall entstehen diese Kosten bei den Nutzern.⁶⁰ Die Anwendungsfälle setzen dagegen eine Lopertry Rule ein. Das führt zum einen zu einer Entlastung der Nutzer: Weil die Nutzung erlaubnisfrei möglich ist, entfallen Suchkosten, Präferenzermittlungskosten und Verhandlungskosten oder reduzieren sich jedenfalls entscheidend. Die Entlastung ist aus ökonomischer Sicht legitim, denn die Exklusivität zugunsten des Urhebers ist nur in dem Maße gerechtfertigt, wie ihr Nutzen die entstehenden Kosten überwiegt.⁶¹ Da die Transaktionskosten in den Anwendungsfällen den kooperativen Gewinn für Urheber und Nutzer aber übersteigen, ist es sinnvoll, die Zugangsbeschränkung aufzuheben.⁶² Das ist ein übliches Vorgehen im Bereich der herkömmlichen Schranken.

Etwas vollkommen anderes ist es aber, diese Kosten wiederum den Urhebern aufzuerlegen. Denn unter der Lopertry Rule ist das Verbotsrecht nicht dauerhaft aufgehoben, sondern Urheber tragen, wenn sie eine exklusive Verwertung wünschen, die Kosten der Beobachtung von Nutzungen, des Wechsels in das Verbotsrecht und, in gesteigertem Maße, der Verhandlung der Befugnis. Sie müssen bei Verlinkungen etwa für beschränkende Maßnahmen aufkommen, beim TDM den Vorbehalt sicherstellen und im Fall des § 44 Abs. 2 UrhG das grundsätzlich umfasste Ausstellungsrecht herausverhandeln.

a) Besonderheiten der Anwendungsfälle von Handlungslasten

Dass Handlungslasten einen Schritt weitergehen als herkömmliche Exklusivitätseinschränkungen folgt aus einer Besonderheit der Anwendungsfälle: In den meisten Fällen herkömmlicher Schranken ist es sinnvoll, bei einem Marktversagen das Verbotsrecht *dauerhaft* aufzuheben. Das gilt überall dort, wo Nutzungen an der *Transaktionsbereitschaft* des Urhebers scheitern, etwa wenn der Urheber eine Transaktion aus urheberrechtsfremden Motiven verweigert.⁶³ Würde man hier eine Lopertry Rule einsetzen, wären Nutzungen zunächst erlaubnisfrei möglich, Urheber könnten aber ins Verbotsrecht wechseln, wo wiederum das gleiche Marktversagen entstünde, was ursprünglich gelöst werden sollte.

⁶⁰ Vgl. Sutterer, ZGE/IPJ 13 (2021), 281, 283; Jüngels/Raue, KritV 105 (2021), 83, 101 f.

⁶¹ 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, 2003, S. 14.

⁶² Rostam (Fn. 3), S. 152.

⁶³ S. etwa Gordon, Colum. L. Rev. 82 (1982), 1600, 1627 ff.; Stieper, Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 84 ff. Klassisches Beispiel ist die vernichtende Rezension eines Werkes, die auf Zitate angewiesen ist, die der Urheber möglicherweise nicht erlauben möchte.

In den Anwendungsfällen von Handlungslasten liegt das Problem aber nicht darin, dass Urheber eine an sich mögliche Transaktion nicht eingehen möchten, sondern, dass es wegen der hohen Transaktionskosten gar nicht erst zu einer Verhandlungssituation kommt.⁶⁴ Nicht die Transaktionsbereitschaft, sondern die Transaktions*möglichkeit* ist das Problem. Es ist deshalb ungewiss, ob sich der Verhandlungsmechanismus nicht bewähren würde, wenn man Urheber und Nutzer zusammenbringt. Aus diesem Grund muss das Verbotsrecht nicht stets dauerhaft aufgehoben werden – Ziel kann vielmehr auch sein, Verhandlungen und damit Transaktionen zwischen Urheber und Nutzer wieder zu ermöglichen und zu diesem Zweck das Verbotsrecht nur *initial* aufzuheben.⁶⁵ Entscheidend für den Einsatz der Property Rule ist damit die Frage, unter welchen Bedingungen es effizienter ist, den Marktmechanismus durch die Last wiederzubeleben, anstatt eine dauerhafte Schrankenlösung vorzusehen.

b) Urheber als Cheapest Cost Avoider

Voraussetzung dafür ist zum einen, dass die Property Rule zur relativ günstigsten Kostenallokation zwischen Urheber und Nutzer führt. Einen Maßstab, um das zu beurteilen, bildet das Kriterium des Cheapest Cost Avoider.⁶⁶ Danach soll im Fall sog. reziproker Schäden grundsätzlich die Partei haften, die den Schadenseintritt mit dem geringsten Aufwand vermeiden kann.⁶⁷ Eine solche Situation besteht auch hier, weil entweder Urheber oder Nutzer die für eine erfolgreiche Transaktion erforderlichen Kosten tragen müssen. Wenn der Nutzer Cheapest Cost Avoider ist, spricht das für eine Property Rule. Ist es dagegen der Urheber, sind also die Kosten, die bei Belastung des Urhebers unter einer Handlungslast anfallen geringer als bei Belastung des Nutzers im normativen Normalfall, spricht das für eine Property Rule.

Relevante Faktoren dafür, dass Urheber die Cheapest Cost Avoider sind, sind zunächst die Anzahl der Werke, die Art der Nutzung sowie die Art der Beobachtung legaler Nutzungen durch den Urheber.⁶⁸ Je mehr Werke von der Nutzung betroffen sind und je leichter die Nutzung nachzuvollziehen ist, desto eher unterschreiten die Kosten unter einer Handlungslast (Beobachtungskosten der Urheber sowie bei Nutzern ggf. verbleibende Recherche- und Hinweis-kosten) die Suchkosten der Nutzer im normativen Normalfall. Zwar müssen Urheber grundsätzlich einen größeren Katalog an Werken beobachten, weil es nicht nur um die Werke geht, die tatsächlich genutzt werden, sondern alle

⁶⁴ S. o. C. I. 2.

⁶⁵ Rostam (Fn. 3), S. 153 f.

⁶⁶ Die Figur geht zurück auf Calabresi, *The Costs of Accidents*, 1970, S. 135.

⁶⁷ Calabresi (Fn. 66), S. 135; Schäfer/Ott (Fn. 55), S. 279 ff.

⁶⁸ Rostam (Fn. 3), S. 156 ff.

Werke, die genutzt werden können.⁶⁹ In vielen Fällen kann dies aber digital und damit kostengünstig erfolgen. Deshalb sind die Beobachtungskosten pro Werk typischerweise deutlich geringer als die entsprechenden Suchkosten der Nutzer.⁷⁰ Zudem verbleiben bei den Nutzern in vielen Anwendungsfällen zumutbare Recherche- und Hinweisenforderungen, die die Kosten der Urheber ebenfalls minimieren.

Außerdem entscheidend ist, wie Urheber unerwünschte Nutzungen untersagen können und in welchem Umfang Nutzer auf ihre Nutzung selbst hinweisen. Je einfacher und öffentlichkeitswirksamer Urheber Nutzungen untersagen können, desto eher unterschreiten die Kosten unter einer Handlungslast (Handlungskosten des Urhebers und Detektionskosten der Nutzer) die Präferenzermittlungskosten der Nutzer unter einer Property Rule. Eine Reduktion der Kosten folgt für die Handlungskosten schon daraus, dass sie nur für Werke anfallen, deren Nutzung tatsächlich untersagt werden soll.⁷¹ Im Fall von Online-Nutzungen, wie bei Verlinkungen oder einem Großteil des TDM, kommt dem Urheber dabei zugute, dass er seinen entgegenstehenden Willen nur ein einziges Mal und für jeden ersichtlich erklären muss. Weil viele dieser Erklärungen nur wirksam sind, wenn sie mit maschinenlesbaren Mitteln erklärt sind (vgl. etwa § 44b Abs. 3 S. 2 UrhG), sinken außerdem die Detektionskosten der Nutzer. Solange solche Erfordernisse technikverständlichen Verhaltens kostengünstig zu implementieren und zu erkennen sind, kommt es damit zu einer Kostenreduktion auf beiden Seiten.⁷² Zugleich tragen Hinweise der Nutzer dazu bei, dass die Handlungskosten der Urheber sinken.

c) Bedingungen für die Effizienzüberlegenheit von Loperty Rules

Handelt es sich beim Urheber um den Cheapest Cost Avoider, steht fest, dass eine Loperty Rule gegenüber einer Property Rule in den Anwendungsfällen zu niedrigeren Kosten führt. Nicht geklärt ist aber, ob sich dadurch auch die Transaktionskostenproblematik der Anwendungsfälle überwinden lässt. Wenn Urheber der Last nachkommen, gilt unter Status B wieder das Verbotsrecht. In diesem Fall müssen die Transaktionskosten so gering sein, dass es zu einem marktförmigen Austausch der Befugnis kommen kann. Andernfalls würde dasselbe Marktverhalten wie unter einer dauerhaften Property Rule auftreten.

Zwei Umstände stellen sicher, dass in Status B Transaktionen zwischen Urheber und Nutzer möglich sind. Zum einen werden Urheber den Wechsel in Status

⁶⁹ Vgl. *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1835.

⁷⁰ *Rostam* (Fn. 3), S. 156.

⁷¹ Vgl. *Bracha*, Tex. L. Rev. 85 (2006), 1799, 1835.

⁷² Vgl. hierzu *Rostam*, Das Erfordernis technikverständlichen Verhaltens im Urheberrecht, in: Kuschel/Golla/Asmussen (Hrsg.), *Intelligente Systeme – Intelligentes Recht*, S. 107.

B zum Verbotsrecht nur vornehmen, wenn es sich für sie lohnt.⁷³ Zum Wechsel kommt es also nur, wenn individuelle Transaktionen für den Urheber vorteilhafter sind als eine dauerhafte Möglichkeit, das Werk ohne individuelle Erlaubnis zu nutzen. Damit Urheber die Entscheidung zugunsten einer exklusiven Verwertung sinnvoll treffen können, ist erforderlich, dass sie über ihre Handlungslast und deren Folgen aufgeklärt sind.⁷⁴ Sie müssen also Kenntnis davon haben, dass ein Verbotsrecht zur Verfügung steht und wie es zu erlangen ist. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass Urheber unwissentlich in einer weniger effizienten (Zero-Price) Liability Rule in Status A verharren.

Zum anderen kommt an dieser Stelle die informationsoffenbarende Wirkung der Lopyerty Rule zum Tragen. Wenn Urheber in das Verbotsrecht in Status B optieren, müssen sie in vielen Anwendungsfällen Nutzern damit zugleich Informationen übermitteln, die den Nutzern für eine Transaktion fehlen: dass es sich um ein geschütztes Werk handelt, dass die Nutzung vermutlich einer Erlaubnis bedarf und wer Transaktionspartner für diese Erlaubnis ist.⁷⁵ Die Effizienz der Verhandlungslösung ist deshalb nur in Anwendungsfällen gesichert, in denen dieser Informationsaustausch stattfindet.

III. Vereinbarkeit mit internationalem Urheberrecht

Die Rechtsfigur der Handlungslasten des Urhebers muss sich auch in das internationale Urheberrecht einfügen. Grenzen ergeben sich dort vor allem aus dem Formalitätenverbot und dem Drei-Stufen-Test.

1. Formalitätenverbot

Das Formalitätenverbot ist an unterschiedlichen Stellen im internationalen Urheberrecht verankert, etwa in Art. 5 Abs. 2 Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ).⁷⁶ Es untersagt den Verbandsstaaten, Genuss und Ausübung bestimmter Rechte bei internationalen Sachverhalten von der Erfüllung von Formalitäten abhängig zu machen. Formalitäten umfassen etwa die Pflicht, Werkexemplare zu hinterlegen, ein Werk zu registrieren oder andere Erklärungen gegenüber einer öffentlichen Stelle abzugeben.⁷⁷ Nicht erfasst sind dagegen „innere“ Bedingun-

⁷³ Vgl. Rostam (Fn. 3), S. 159 m. w. N. zu möglichen Verzerrungseffekten.

⁷⁴ Rostam (Fn. 3), S. 159 f. 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 (Fn. 54), S. 447 ff.

⁷⁵ S. o. C.II.1.b).

⁷⁶ S. auch Art. 9 Abs. 1 S. 1 TRIPS und Art. 3 WCT.

⁷⁷ Ricketson/Ginsburg, International Copyright, 2. Auf. 2006, Rn. 6.103; van Gompel, Formalities in Copyright Law, 2011, S. 186 f.

gen, wie Vorschriften, die den sachlichen Inhalt des Schutzes regeln, z. B. das Erfordernis der Originalität.⁷⁸

Nur soweit Formalitäten Genuss und Ausübung des Urheberrechts betreffen, sind sie unzulässig. Der Genuss meint das Entstehen und Bestehenbleiben des Schutzes.⁷⁹ Mit der Ausübung ist dagegen in erster Linie die Durchsetzung des Rechts gemeint.⁸⁰ Eine Registrierungspflicht, um das Urheberrecht gerichtlich geltend zu machen, ist deshalb unzulässig. Relevant für die Anwendungsfälle von Handlungslasten ist, ob zur Ausübung nicht nur die Einräumung oder Wahrnehmung eines Rechts, sondern auch die Rechtsbehelfe gehören. Dann läge ein Verstoß gegen das Formalitätenverbot nämlich schon darin, dass Urheber eine Förmlichkeit erfüllen müssen, um ihr Recht mittels Unterlassungsansprüchen geltend zu machen.

Systematisch auffällig dazu ist, dass der Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 2 S. 2 RBÜ ausdrücklich auf die „dem Urheber zur Wahrung seiner Rechte zustehenden Rechtsbehelfe“ eingeht, ohne sich dabei auch auf die Ausübung zu beziehen. Das spricht für eine Trennung zwischen dem Stammrecht und den Rechtsfolgen, wobei die RBÜ letztere nur ausnahmsweise regelt.⁸¹ Im Einklang damit erstreckt sich der Wortlaut des Verbots in Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ auch nur auf „die Ausübung“ an sich, und keine bestimmte Art der Ausübung.⁸² Mit Blick auf das Telos der Vorschrift ergibt das Sinn, denn es soll Urheber von den Strapazen entlasten, mit Formalitäten aus unbekannten Rechtsordnungen umgehen zu *müssen*, und nicht eine spezielle Art der Ausübung erleichtern.⁸³

Folglich liegt eine Formalität nicht schon darin, dass der Urheber für eine Verwertung im Exklusivmodus eine Bedingung erfüllen muss. Vielmehr ist insofern zwischen dem „Ob“ und dem „Wer“ der Ausübung zu unterscheiden: Formalitäten, die die Ausübung an sich betreffen, sind vom Formalitätenverbot erfasst – Formalitäten, die nur die Inhaberschaft des Rechts, nicht aber seine Ausübung regeln, sind dagegen zulässig.⁸⁴

In der Regelung zur Ausstellung eines Werkoriginals der bildenden Künste nach Veräußerung in § 44 Abs. 2 UrhG könnte man eine verbotene Förmlichkeit sehen. Faktisch wird es oft geboten sein, eine schriftliche Vereinbarung ab-

78 *van Gompel* (Fn. 77), S. 187 f.

79 *Ricketson/Ginsburg* (Fn. 77), Rn. 6.103; *van Gompel* (Fn. 77), S. 194 ff.; *Ginsburg*, Berkeley Tech. L. J. 28 (2013), 1583, 1590; *dies.*, B. U. L. Rev. 96 (2016), 745, 746.

80 *Schellekens*, JIPITEC 12 (2022), 439, 442 Rn. 14.

81 *Sprigman*, Berkeley Tech. L. J. 28 (2013), 1565, 1570 f. Eine Rechtsfolge regelt die RBÜ etwa in Art. 16 Abs. 1 RBÜ zur Beschlagnahme unbefugt hergestellter Werkstücke.

82 Vgl. *van Gompel* (Fn. 77), S. 208, 212; *Ficsor*, Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO, BC-5.8. weist dagegen darauf hin: „[...] 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.).

83 Zu diesem Telos *van Gompel* (Fn. 77), S. 137, 146 f.

84 Vgl. *Ricketson/Ginsburg* (Fn. 77), 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.

zuschließen, wenn man die Vermutung der Einräumung widerlegen möchte. Allerdings liegt darin keine verbotene externe Bedingung. Die Norm formalisiert nämlich nicht die Rechtsausübung, sondern betrifft die Rechtseinräumung, indem sie einen bestimmten Rechteumfang vorgibt. Sie regelt damit lediglich, wer ein Recht ausüben kann und nicht, ob es überhaupt ausgeübt werden kann. Die Effektivität des Rechts wird folglich nicht beeinflusst.

Im Fall der Verlinkungen gehen Teile der Literatur von einem Verstoß gegen das Formalitätenverbot aus.⁸⁵ Grund ist, dass die Handlungslast hier darüber entscheidet, ob eine öffentliche Wiedergabe nach Art. 3 InfoSoc-RL tatbestandlich vorliegt, welche Reichweite das Recht also hat. Den Genuss des Rechts betrifft diese Auslegung des Schutzzumfangs aber nicht. Die Entstehungsgeschichte des Formalitätenverbots zeigt nämlich, dass die Frage der Reichweite des Schutzes dem Verbot entzogen sein sollte, weil sie den sachlichen Inhalt des Rechts betrifft.⁸⁶ Folglich handelt es sich beim Erfordernis, gegen ungewollte Verlinkungen beschränkende Maßnahmen zu ergreifen, nicht um eine Förmlichkeit.⁸⁷

Aufgrund des Rechtevorbehalts steht auch für § 44b Abs. 3 UrhG in Frage, ob die Last zur Erklärung des Vorbehalts eine verbotene Formalität darstellt. Aufschlussreich dafür ist Art. 10^{bis} Abs. 1 S. 1 RBÜ, der u.A. für die Vervielfältigung von Zeitungsartikeln durch die Presse eine vergleichbare Vorbehaltsmöglichkeit ausdrücklich einräumt. Die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift zeigt, dass solche Schranken mit Vorbehaltsmöglichkeit als zulässige interne Bedingung zu verstehen sind, die nicht den Schutz an sich, sondern nur den sachlichen Inhalt des Rechts in Bezug auf eine spezielle Konstellation regeln.⁸⁸ Auch wenn die Vorgängervorschrift ursprünglich darauf abzielte, den Schutz für ein Objekt erst *herbeizuführen*, das eigentlich außerhalb des Schutzbereichs lag – und nicht eine Schranke zu *beseitigen* –,⁸⁹ lassen sich aus der Vorschrift in ihrer heutigen Gestalt jedenfalls Rückschlüsse für Schranken mit Vorbehaltsmöglichkeit generell ziehen. Dem steht auch nicht der Zweck des Formalitätenverbots entgegen. Zwar könnten Urheber durchaus Aufwand haben, um lokale Vorbehaltsmöglichkeiten zu ermitteln, denn allein Art. 10^{bis} RBÜ ist international harmonisiert.⁹⁰ Das spricht aber nicht gegen das Modell einer bedingten Schranke an sich, sondern nur gegen zu strapazierende Bedingungen.⁹¹ Die Möglichkeiten heutiger Vorbehalts-

85 So etwa *Tiessen*, IWRZ 2021, 124, 125; *von Welser*, GRUR-Prax 2021, 206; sowie *Rosati*, Stockholm University Research Paper No. 99 / 2021, 14.

86 Vgl. *van Gompel* (Fn. 77), S. 187 ff., 212: „The Berne prohibition on formalities does not extend to formalities that regulate the extent of protection“; s. in diesem Zusammenhang auch *Rendas*, *Exceptions in EU Copyright Law*, 2021, 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“.

87 So auch im Ergebnis *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 911.

88 *Rostam* (Fn. 3), S. 179 m. w. N.

89 *Ginsburg* (Fn. 79), 1583, 1605 f.

90 Vgl. zu diesem Zweck *van Gompel* (Fn. 77), S. 137, 146.

91 *Rostam* (Fn. 3), S. 179.

erklärungen sind nicht mit den Formalitäten vergleichbar, gegen die das Verbot ursprünglich in Stellung gebracht wurde: Formalia, die in analogen Zeiten für ausländische Urheber nur schwer zu erforschen waren. Deshalb spricht eine teleologische Auslegung dafür, bedingte Schranken nicht als Formalität i. S. v. Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ zu behandeln. Grenze ist insofern vielmehr der Drei-Stufen-Test, der Ausnahmen auf bestimmte Sonderfälle beschränkt.

2. Drei-Stufen-Test

Ausnahmen und Beschränkungen sind nach dem Drei-Stufen-Test⁹² nur dann zulässig, wenn sie bestimmte Sonderfälle betreffen (Stufe 1), die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen (Stufe 2), noch die berechtigten Interessen des Rechteinhabers unzumutbar verletzen (Stufe 3).

Da der Drei-Stufen-Test lediglich für „Beschränkungen und Ausnahmen“ gilt, fallen viele Anwendungsfälle der Handlungslasten von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des Tests.⁹³ Die Vermutungsregel des § 44 Abs. 2 für das Ausstellungsrecht nach Veräußerung eines Werkoriginals der bildenden Künste etwa ist nicht erfasst.

Auf der ersten Stufe stellt sich insbesondere die Frage, ob bei einzelnen Handlungslasten generell von einem „Sonderfall“ die Rede sein kann. Die Stufe soll nämlich sicherstellen, dass Exklusivität der Normalfall und Schranken die Ausnahme bleiben, damit regelmäßig eine exklusive Verwertung möglich ist.⁹⁴ Der Test geht damit von einem Alternativverhältnis zwischen Schranke und exklusiver Verwertung aus. Im Fall von Handlungslasten besteht aber gerade kein solches Entweder-Oder, denn Urheber können trotz der Beschränkung oder Ausnahme die Exklusivität herbeiführen, wenn sie der Last nachkommen. Im Übrigen erfüllen die Anwendungsfälle in der Regel die weiteren Anforderungen der ersten Stufe, weil es sich um Sonderfälle im qualitativen und quantitativen Sinne handelt.⁹⁵

Auf der zweiten Stufe stellt sich dann die Frage, inwiefern Lasten die normale Auswertung beeinträchtigen, indem sie Einnahmen von wesentlicher Bedeutung entziehen.⁹⁶ Dies gilt einerseits für Nutzungen, die in Wettbewerb zu herkömm-

⁹² Vgl. Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 5 Abs. 4 InfoSoc-RL.

⁹³ Erfasst sind lediglich die Anwendungsfälle der Verlinkungen und Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, 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.

⁹⁴ Vgl. WTO, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 33 Rn. 6.109.

⁹⁵ Vgl. Rostam (Fn. 3), S. 185 ff.

⁹⁶ Vgl. Ricketson / Ginsburg (Fn. 77), Rn. 13.16; WTO, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 48, Rn. 6.183.

lichen Formen der Nutzung treten; andererseits sind aber auch potentielle und zukünftige Verwertungsformen erfasst.⁹⁷

Die Anwendungsfälle der Lasten haben insofern ein geringes Konfliktpotential, weil in der Regel keine normale Auswertung erfolgt:⁹⁸ zum einen, weil kein Auswertungsinteresse besteht, etwa in Bezug auf verwaiste oder nicht-verfügbare Werke, zum anderen weil die hohen bzw. unverhältnismäßigen Transaktionskosten dazu führen, dass regelmäßig keine Verwertung erfolgt. Das ist etwa der Fall beim TDM oder bei Verlinkungen. Gegenüber einer potentiellen oder künftigen Auswertung kommt es außerdem nicht zu einer Beeinträchtigung, weil Urhebern eine exklusive Verwertung jederzeit möglich ist. Sie können die Ausnahme oder Beschränkung durch die Möglichkeit des Opt-out jederzeit außer Kraft setzen – tun sie das nicht, ist die Beeinträchtigung irrelevant oder es besteht seitens der Urheber kein Auswertungsinteresse. Dieser Schluss ist allerdings nur unter der Voraussetzung zulässig, dass Urheber Kenntnis von Nutzung und Last haben und der Last mit verhältnismäßigem Aufwand nachkommen können.⁹⁹ Da die Kenntnis von der Opt-out-Möglichkeit etwa im Fall des TDM und von Verlinkungen nicht sichergestellt ist, kann die Last allein insofern keine Konformität mit der zweiten Teststufe herstellen. Zumindest verbessert sie jedenfalls aber die Vereinbarkeit, indem sie zur Entschärfung von Konflikten mit der normalen Auswertung beiträgt.¹⁰⁰

Die dritte Stufe zielt schließlich darauf ab, eine unzumutbare Verletzung berechtigter (nicht-)ökonomischer Interessen des Urhebers zu verhindern.¹⁰¹ Auch hier verbessert die Opt-out-Möglichkeit der Lasten die Vereinbarkeit mit dem Test. In einigen Anwendungsfällen lässt sich dadurch bereits jede Verletzung beseitigen, indem der Urheber die Beschränkung von vornherein oder nachträglich außer Kraft setzt. Die Möglichkeit des Opt-out beeinflusst aber auch, ob eine Verletzung durch eine aktive Beschränkung unzumutbar ist. Denn wenn der Urheber den Zustand unter der Beschränkung der normalen Verwertung im Exklusivmodus vorzieht (die ihm jederzeit offensteht), kann die „Verletzung“ durch die Beschränkung nicht unzumutbar sein.¹⁰² Dafür gelten aber erneut die Bedingungen wie schon unter der zweiten Stufe: Urheber müssen Kenntnis von

⁹⁷ Vgl. WTO, Panel Report, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, WT/DS160/R, S. 44, Rn. 6.166; *Senfleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, 2004, S. 178 f.; *Ricketson / Ginsburg* (Fn. 77), Rn. 13.18; kritisch *Jongsma*, The Nature and Content of the Three-Step Test in EU Copyright Law, in: Rosati (Hrsg.), EU Copyright Law, S. 338, 342.

⁹⁸ *Rostam* (Fn. 3), S. 187 f.

⁹⁹ *Rostam* (Fn. 3), S. 189.

¹⁰⁰ *Rostam* (Fn. 3), S. 189. 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“.

¹⁰¹ *Ricketson / Ginsburg* (Fn. 77), Rn. 13.26; *Senfleben* (Fn. 98), S. 236.

¹⁰² *Rostam* (Fn. 3), S. 190.

der Nutzung und der Last haben und ihr mit verhältnismäßigem Aufwand nachkommen können.

D. Maßstab für Handlungslasten des Urhebers

Die Erkenntnisse zu den Grundstrukturen der Anwendungsfälle können schließlich in einem übergeordneten Maßstab zusammengetragen werden. Dieser gibt an, wann die bestehenden, aber auch künftige potentielle Anwendungsfälle von Handlungslasten des Urhebers sinnvoll und zulässig sind.

I. Anwendungsbereich

Hinsichtlich des Anwendungsbereiches müssen sich Lasten an den Entstehungs Umständen orientieren: Das ist zum einen das gesteigerte Allgemein- oder Partikularinteresse an einer Nutzung bei gleichzeitig in der Regel verringertem Verbotsinteresse des Urhebers.¹⁰³ Zum anderen müssen verschwenderische Transaktionskosten bestehen.¹⁰⁴ Nur dann ist die Last typischerweise interessengerecht und hat einen wohlfahrtssteigernden Effekt.¹⁰⁵ Wenn nach der Interessenlage dagegen eindeutig eine individuelle Verwertung gewünscht und mit vertretbarem Aufwand möglich ist, müssen Lasten dagegen ausscheiden. Sie würden dysfunktional wirken, weil sie die Kosten sowohl für Urheber als auch für Nutzer erhöhten. Dem Problem, diese Umstände zu identifizieren, begegnen Lasten mit dem Instrument der Prozeduralisierung: Die Entscheidung, ob ein Verbotsrecht besteht, muss nicht der Gesetzgeber treffen, sondern sie liegt beim Urheber selbst. Urheber werden der Last (nur) nachkommen, wenn es sich für sie lohnt.¹⁰⁶

II. Dogmatische Gestaltung

Hinsichtlich der dogmatischen Gestaltung der Last gibt es keinen Königsweg – vielmehr gehen alle Formen der Anwendungsfälle mit Vor- und Nachteilen einher. Einen Unterschied mit Blick auf den urheberrechtlichen Beteiligungsgrundsatz und den Drei-Stufen-Test macht etwa, ob eine Vergütung vorgesehen werden kann. Aus diesem Grund sind beispielsweise Handlungslasten in Gestalt einer Schranke vorzuziehen, weil sie im Gegensatz zu Handlungslasten auf Ebene des Tatbestands oder der Rechtswidrigkeit Regelungen zur Vergütung erlauben.

¹⁰³ S.o. C.I.1.

¹⁰⁴ S.o. C.I.2.

¹⁰⁵ *Rostam* (Fn. 3), S. 196 f.

¹⁰⁶ S.o. C.II.1.b), C.II.2.

Gleichzeitig haben Handlungslasten, die an ein rechtsgeschäftliches Handeln des Urhebers anknüpfen, einen besseren Stand unter dem Formalitätenverbot. Sie regeln nicht das „Ob“, sondern nur das „Wie“ oder „Wer“ der Ausübung und sind damit zulässig. Da sie zugleich nicht dem Drei-Stufen-Test unterfallen, sind sie die wohl attraktivste Gestaltungsoption für neue Anwendungsfälle.

III. Kenntnis

Das wichtigste Element für Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit von Handlungslasten ist die Kenntnis des Urhebers. Wenn Urheber keine Kenntnis von einer Nutzung und ihrer Handlungslast haben, können sie ihr nicht nachkommen. Die Kenntnis tut sich deshalb als Voraussetzung an zahlreichen Stellen hervor: Die angemessene Verteilung des Prognoserisikos zwischen Urheber und Nutzer etwa setzt voraus, dass Urheber wissen, welche Handlungsoptionen sie haben. Nur dann kann es nämlich dazu kommen, dass sie Nutzern die für eine Transaktion erforderlichen Informationen offenbaren.¹⁰⁷ Für den richtigen Einsatz der Property Rule kommt es ebenfalls entscheidend darauf an, dass Urheber um Nutzung und Last wissen. Die Property Rule ist gegenüber einer dauerhaften Exklusivitätseinschränkung in Gestalt einer (Zero-Price) Liability Rule nur vorzuziehen, wenn Urheber bei Bedarf Marktlösungen herbeiführen können und die Befugnis im Wege individueller Verhandlungen die Hand wechseln kann. Damit dieser Mechanismus funktioniert, muss das Eigeninteresse der Urheber aktiviert werden – wofür wiederum die Kenntnis der Last entscheidend ist.¹⁰⁸ Schließlich beeinflusst die Kenntnis auch, ob eine Ausnahme oder Beschränkung mit einer Last dem Drei-Stufen-Test unter Stufe 2 und 3 gerecht wird.¹⁰⁹

IV. Schwere der Last

Schließlich spielt die Schwere der Last eine wichtige Rolle. Können Urheber ihr nur mit unverhältnismäßigem Aufwand nachkommen, wird sie nicht erfüllt, selbst wenn das gewünscht und vorteilhaft wäre. Das wirkt sich etwa auf die Steuerung des Prognoserisikos aus, indem Urheber den Nutzern dann nicht mehr die erforderlichen Informationen offenbaren.¹¹⁰ Auch tritt dann keine effiziente Allokation der Befugnis ein. Urheber können bei zu großem Aufwand nicht ins Verbotsrecht wechseln, weshalb die Befugnis in einer unter Umständen nachteiligen (Zero-Price) Liability Rule verharret.¹¹¹ Schließlich beeinflusst die Opt-out-Möglichkeit unter dem Drei-Stufen-Test nur dann die Analyse zuguns-

¹⁰⁷ S. o. C.II.1.b).

¹⁰⁸ S. o. C.II.2.c).

¹⁰⁹ S. o. C.III.2.

¹¹⁰ S. o. C.II.1.b).

¹¹¹ S. o. C.II.2.c).

ten der Last, wenn Urheber von ihr bei Bedarf auch wirklich Gebrauch machen können.¹¹² Einen Maßstab für einen zumutbaren Aufwand bietet das Formalitätsverbot – was danach zulässig ist, ist in der Regel auch gegenüber dem Urheber verhältnismäßig.¹¹³

E. Text und Data Mining zum Training generativer KI

Im Folgenden sollen diese Erkenntnisse auf eine spezielle Konstellation angewandt werden: das Training von generativen KI-Modellen. Überwiegend geht man davon aus, dass Vervielfältigungen für solches Training von den mitgliedstaatlichen Umsetzungsnormen des Art. 4 DSM-RL, wie § 44b UrhG, gedeckt sein können.¹¹⁴ Ob darüber hinaus der Drei-Stufen-Test im Einzelfall eine einschränkende Anwendung der Vorschrift fordert, ist eine andere Frage. Unterstellt man die Anwendbarkeit der TDM-Schranke ist das KI-Training folglich Anwendungsfall einer Handlungslast. Es liegt an den Urhebern, sich Vervielfältigungen für das Training nach § 44b Abs. 3 UrhG vorzubehalten, wenn sie sie untersagen wollen. In Frage steht damit, ob Handlungslasten für die Nutzung von Werken zum KI-Training eine sinnvolle und zweckmäßige Regelungsstruktur bilden.

I. Anwendungsbereich

Mit Blick auf die Transaktionskosten fügt sich die Konstellation in die Reihe der Anwendungsfälle ein: Das Training erfolgt unter der Hypothese, dass die Leistungsfähigkeit großer KI-Modelle mit der Menge an Trainingsdaten zunimmt.¹¹⁵ Die das Modell-Training durchführenden Stellen sind deshalb – wie in den übrigen Anwendungsfällen – Nutzer, die viele Schutzgegenstände von vielen Rechteinhabern verwenden möchten. Schon die Suchkosten wirken prohibitiv, denn es ist aufgrund der hohen Anzahl an Inhalten bereits praktisch ausgeschlossen, zu ermitteln, inwiefern es sich um urheberrechtliche Schutzgegenstände handelt. Geschweige denn ist es möglich, die Rechteinhaber ausfindig zu machen und deren Präferenzen zu klären sowie ggf. über eine Befugnis zu verhandeln.

Die Interessenlage liegt dagegen anders als üblicherweise bei einer Last. Auf Seiten der Nutzer kann man ein qualifiziertes Nutzungsinteresse noch erkennen. Es liegt nicht in den kommerziellen Partikularinteressen der Anbieter, sondern besteht darin, im Allgemeininteresse Innovation in Gestalt des technologischen Fortschritts im Bereich des maschinellen Lernens zu fördern.¹¹⁶ Vervielfältigung

¹¹² S. o. C. III. 3.

¹¹³ Rostam (Fn. 3), S. 200.

¹¹⁴ Vgl. ausführlich Pukas, Werknutzung und Künstliche Intelligenz, 2025, S. 137 f. m. w. N.

¹¹⁵ Vgl. etwa OLG Köln, NJW 2025, 3156 Rn. 59.

¹¹⁶ Vgl. etwa Pukas (Fn. 115), S. 66.

gen zum Training sind dafür (noch) erforderlich. Auf Seiten der Urheber kann von einem grundsätzlich verringerten Verbotsinteresse dagegen nicht die Rede sein. Wenn sie Inhalte online freiwillig und vorbehaltlos veröffentlichen, setzen sie zwar das Zeichen, die nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen zu akzeptieren. Allerdings geht es dabei nur um Nutzungshandlungen, die sich mangels Lizenzmarktes selbst nicht wirtschaftlich verwerten lassen, die keinen substituierenden Charakter haben und für eine bessere Auffindbarkeit sorgen oder die schutzbegründenden Charakteristika von Werken nicht berühren.¹¹⁷ Im Fall der Vervielfältigung für Trainingszwecke liegt das anders, denn die Erzeugnisse der Modelle sind geeignet, in Konkurrenz zu den Trainingsdaten zu treten.¹¹⁸ Außerdem gewinnt der Lizenzmarkt für Trainingsdaten zunehmend an Bedeutung.¹¹⁹ Dass Urheber ein Werk vorbehaltlos in offenen Medien bereitstellen, erlaubt also nicht den Schluss, dass sie Nutzungen für das KI-Training nicht untersagen und individuell lizenzieren möchten.

II. Kenntnis

Richtlinienkonform umgesetzt sieht § 44b UrhG nicht vor, dass Urheber positive Kenntnis von der Nutzung und ihrer Vorbehaltsmöglichkeit haben müssen, damit die Nutzung zulässig ist; eine solche Informationspflicht kennt Art. 4 DSM-RL nicht. Dennoch scheint der Gesetzgeber anzunehmen, dass jedenfalls abstrakte Kenntnis von Schranke und Vorbehaltsmöglichkeit besteht. Die Vorschrift geht nämlich davon aus, dass Urheber von sich aus gegebenenfalls tätig werden. In der Tat werden Urheber, die Vervielfältigungen für das KI-Training nicht dulden wollen, die erforderliche Kenntnis für einen Vorbehalt haben. Damit der Mechanismus der Handlungslast funktioniert, ist lediglich erforderlich, dass die Kenntnisnahme durch die Rechtsinhaber einerseits möglich und andererseits so wahrscheinlich ist, dass an Exklusivität interessierte Urheber sich positive Kenntnis verschaffen werden.¹²⁰ Bei selbst gehosteten Schutzgegenständen lassen sich die Zugriffe durch Crawler der Anbieter mit geringem technischem Aufwand selbst nachvollziehen.¹²¹ Darüber hinaus hat die Nutzung der Inhalte des offenen Internets zum Zweck des Trainings inzwischen aber auch einige Aufmerksamkeit erhalten. Wer eine exklusive Verwertung will, wird sich daher auch erkundigen, wie er dies umsetzen kann. Gleichzeitig gilt das nicht für

¹¹⁷ Rostam (Fn. 3), S. 87.

¹¹⁸ Zum Teil soll es dafür schon ausreichen, dass der generelle Markt für das Werk durch KI-Output verwässert werde, s. *U.S. Copyright Office*, Copyright and Artificial Intelligence Part 3: Generative AI Training Pre-Publication Version (Mai 2025), <<https://perma.cc/Y74L-HX5J>>, S. 65.

¹¹⁹ S. etwa *Ventroni / Kaiser*, MMR 2025, 163 m. w. N.

¹²⁰ Rostam (Fn. 3), S. 199.

¹²¹ Vgl. Rostam (Fn. 3), S. 149.

Nutzungen¹²² in der Vergangenheit, wo noch weitgehend unbekannt war, dass ein solches Training durchgeführt wird. Und auch heute ist nicht auszuschließen, dass einzelne Urheber um Nutzung und Last nicht wissen.

III. Schwere der Last

Die Schwere der Last hängt davon ab, wie Rechtsinhaber den Vorbehalt erklären müssen. Die Richtlinie stellt dabei zwei Anforderungen: Die Erklärung muss ausdrücklich und in angemessener Weise, etwa mit maschinenlesbaren Mitteln im Fall von online veröffentlichten Inhalten, erfolgen (Art. 4 Abs. 3 DSM-RL). Das Ausdrücklichkeitserfordernis stellt keine überzogenen Anforderungen an den Belasteten, weil der Opt-out in jedem Fall ausdrücklich erfolgen soll. Nur so ist in der Regel sichergestellt, dass anschließende Transaktionen zwischen den Parteien möglich sind.¹²³

Dass der Vorbehalt dazu „in angemessener Weise“ erfolgen muss, ist ebenfalls zumutbar. Es schneidet dem Urheber nicht die Möglichkeit ab, den Vorbehalt in vertraglichen Vereinbarungen oder durch einseitige Erklärung auszusprechen.¹²⁴ Auch die maschinenlesbaren Mittel, die für den wichtigen Fall von online veröffentlichten Inhalten zu verwenden sind, sind prinzipiell nicht zu beanstanden. Nur so ist gesichert, dass Nutzungen automatisiert durchgeführt werden können.¹²⁵ Das ist erforderlich, um das Transaktionskostenproblem angesichts der großen Menge an KI-Trainingsdaten zu lösen. Wären keine maschinenlesbaren Vorbehalte erforderlich, würde sich das ursprüngliche Suchkostenproblem einfach auf die Frage verlagern, ob für einen Inhalt ein Vorbehalt erklärt wurde.

Allerdings erschwert es die Last der Rechtsinhaber, dass nicht klar ist, ob die für den Vorbehalt gewählte Form der Erklärung die Anforderung erfüllt und deshalb von KI-Anbietern zu respektieren ist. Eine Erklärung nach dem gängigen robots.txt-Standard, der verhältnismäßig geringe Anforderungen an Rechtsinhaber stellt, ist maschinenlesbar.¹²⁶ Allerdings hat der Standard zugleich den Nachteil, dass er kein präzises Management des Vorbehalts auf Werkbasis und anhand des Verwendungszwecks (bspw. nur Nutzung für Indexierung in Suchmaschinen) ermöglicht.¹²⁷ Außerdem bewirkt er nicht die Informationsoffenbarung, auf die Handlungslasten abzielen: Die Vorbehaltserklärung in robots.txt trägt nämlich nicht dazu bei, dass Nutzer Informationen dazu erhalten, ob und von

¹²² Nicht relevant sollte dagegen der Zeitpunkt des Uploads sein, soweit sich Vorbehaltserklärungen zu bereits veröffentlichten Inhalten unproblematisch ergänzen lassen.

¹²³ S. o. C.II. 3.c).

¹²⁴ Vgl. ErwG 18 DSM-RL.

¹²⁵ Vgl. *Kuschel/Rostam*, ZUM 2025, 71, 73.

¹²⁶ Vgl. *Pukas* (Fn. 115), S. 202 f.; *Hamann*, ZGE/IPJ 16 (2024), 113, 151; BeckOK UrhR / *Bomhard*, 47. Ed. 1.9.2025, § 44b UrhG Rn. 32 m. w. N.

¹²⁷ *Hamann*, ZGE/IPJ 16 (2024), 113, 153.

wem sie ggf. Rechte erwerben können. Es wäre denkbar, das Angemessenheits-erfordernis so auszulegen, dass von vornherein nur Erklärungen genügen, die diese Informationen auch übermitteln. Allerdings gibt es keine Anhaltspunkte, dass die DSM-Richtlinie darauf abzielt.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob Lasten selbst bei einem funktionierenden Informationsaustausch und einfachem Vorbehalt überhaupt zweckmäßig sind. Das Ziel von Handlungslasten des Urhebers liegt darin, Nutzungen grundsätzlich freizustellen, bei Bedarf aber eine individuelle exklusive Verwertung über das Verbotsrecht zu ermöglichen. Im Bereich des KI-Trainings sind Einzeltransaktionen über Nutzungsrechte aber abwegig. Denn angesichts der Menge an Inhalten bleibt es für die Nutzer stets bei prohibitiv hohen Verhandlungskosten, selbst wenn sie über die durch die Last übermittelten Informationen verfügen. Wenn keine effektiven technischen Lösungen zur Einzellizenzierung zur Verfügung stehen, droht daher im Fall eines Opt-out genau das Marktversagen, dass die Last eigentlich beheben soll: Nutzer können den Schutzgegenstand nicht rechtskonform nutzen, Urheber ihn aber auch nicht exklusiv verwerten.

IV. Vorschläge de lege ferenda

Falls der Unionsgesetzgeber entgegen der Bedenken bezüglich individueller Transaktionen weiterhin auf eine Handlungslast setzen will, muss er also die aus Art. 4 Abs. 3 DSM-RL folgende Last in zweierlei Hinsicht umgestalten, damit sie ihre bestimmungsgemäße Wirkung entfalten kann: Zum einen muss die Kenntnisnahmemöglichkeit der Urheber von Nutzungsmöglichkeit und Last sichergestellt sein, zum anderen darf eine Vorbehaltserklärung nur dann als angemessen gelten, wenn sie Informationen darüber beinhaltet, ob und ggf. wie Nutzer die vorbehaltenen Rechte erwerben können. Selbst dann ist aber fraglich, ob eine Handlungslast in diesem Bereich aufgrund der hohen Verhandlungskosten zweckmäßig ist. Auch wenn Handlungslasten sich auf den ersten Blick eignen, die Interessen von Urheber und Nutzer auszugleichen, muss ihre Anwendung dem identifizierten Anwendungsbereich vorbehalten bleiben, damit es nicht zu Dysfunktionalitäten kommt.

Summary

Copyright's paradigm is exclusivity. Generally, a use requires prior permission of the rights-holder – it is up to the user to obtain it. Recently, however, there have been tendencies to deviate from this norm. In such cases, a use is generally permitted unless the rightsholder prohibits it. Rightsholders therefore bear the burden of opting out of otherwise lawful uses. Based on the author's dissertation, this article examines the question of when it is reasonable and lawful to impose such burdens on rightsholders. German and EU copyright law employ 16 use cases of opt-out schemes. The analysis shows that all use cases presuppose that

there is a transaction cost problem and the objective interests of the parties lean towards allowing such uses without individual transactions. The function of an opt-out scheme is then to adapt the exclusive rights to these circumstances through a flexible form of entitlement called a lopyerty rule. Under this rule, the cost of establishing a lawful use is reallocated to the rightsholder as the cheapest cost avoider. The article then examines the standing of such opt-out schemes under international copyright rules, i. e. the prohibition of formalities and the Three-Step test. It shows that most opt-out schemes will not qualify as a formality and are also able to ease compliance of limitations and exceptions with the Three-Step test. Finally, the article develops a set of criteria to evaluate existing and future opt-out schemes for their reasonableness and lawfulness. If applied to the opt-out rules around the training of generative AI models, it becomes apparent that opt-out schemes do not meet the necessary conditions to be effective in this context.



4 Wochen
kostenlos
testen!

bo.beck.de/0753320

Patentrecht

Immer und überall rechtssicher aufgestellt

beck-online.DIE DATENBANK bietet Ihnen umfassende und aktuelle Informationen zum Patent-, Gebrauchsmuster- und Markenrecht sowie zum neuen Einheitspatentsystem und Verfahren vor dem EPG.

Patentrecht PLUS

Die ideale Ausstattung für Ihre tägliche Arbeit u.a. mit **Benkard, Patentgesetz; Musielak/Voit, ZPO; BeckOK Patentrecht, Hrsg. Fitzner/Lutz/Bodewig** und **BeckOK Markenrecht, Hrsg. Kur/v. Bomhard/Albrecht**.

€ 109,-/Monat* | Modulvergleich & Preise online: bo.beck.de/041632

PLUS

Neu: Patentrecht PREMIUM

Das Modul bietet umfassende Inhalte zum neuen Einheitspatentsystem und zum Verfahren beim neuen EPG sowie zum Designrecht und zu Pharma- und Life-Sciences-Patente; u.a. mit **Tilmann/Plassmann, Einheitspatent, Einheitliches Patentgericht** und **Stief/Bromm, Vertragshandbuch Pharma und Life Sciences**.

€ 147,-/Monat* | Modulvergleich & Preise online: bo.beck.de/136232

*Normalpreis für bis zu 3 Nutzer, Vorzugspreis verfügbar, zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo

PREMIUM

beck-online.DIE DATENBANK genügt.