

# Die digitale Allmende

Zur Frage des nachhaltigen Umgangs mit Kultur  
im digitalen Lebensraum

**DARIO HENRI HAUX**

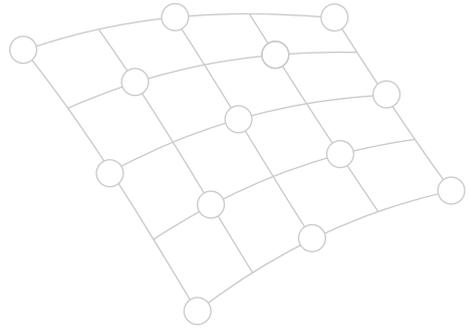


Herausgegeben von  
Malte-Christian Gruber  
Valérie Junod  
Isabelle Wildhaber



Dario Henri Haux

**Die digitale Allmende**



Herausgegeben von:

Prof. Dr. Malte-Christian Gruber

Ordinarius für Rechtsphilosophie und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Immaterialgüterrecht und Recht der neuen Technologien an der Universität Luzern

Prof. Dr. Valérie Junod, LL.M., J.S.M.

Professeure ordinaire à la Faculté des HEC de l'Université de Lausanne; professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève; co-directrice du Master en Droit et Economie

Prof. Dr. Isabelle Wildhaber, LL.M.

Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts an der Universität St. Gallen; Direktorin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten (FAA-HSG)

# Die digitale Allmende

Zur Frage des nachhaltigen Umgangs mit Kultur  
im digitalen Lebensraum

**DARIO HENRI HAUX**

DIKE 

 **Nomos**

LUZERNER DISSERTATION 2020

Publiziert gemäss dem Open-Access-Gold-Standard.  
Die Druckvorstufe dieser Publikation wurde vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung unterstützt.

Publiziert von:  
**Dike Verlag**  
Weinbergstrasse 41  
CH-8006 Zürich  
[www.dike.ch](http://www.dike.ch)

Text © Dario Henri Haux 2021

ISBN (Hardback) Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen: 978-3-03891-352-8  
ISBN (Hardback) Nomos Verlag, Baden-Baden: 978-3-8487-8444-8  
ISBN (PDF): 978-3-03929-012-3

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-012-3>



Dieses Werk ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.

---

## Vorwort

Im Zeitalter der digitalen Vernetzung ist die persönliche Verbundenheit von übergeordneter Bedeutung. Dies wurde nicht nur in den Jahren des Entstehens der vorliegenden Dissertation, die im Herbstsemester 2020 in einer leicht veränderten Fassung von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern angenommen wurde, deutlich. Entsprechend bin ich den zahllosen Gesprächen, Bestärkungen und der fortdauernden Begleitung seitens meines Doktorvaters Prof. Dr. Malte-Christian Gruber sehr verbunden. Ebenso gebührt Prof. Dr. Vagias Karavas, LL.M. Dank für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie die Unterstützung vor, während und nach meinem Forschungsaufenthalt an der Columbia Law School. Am Kernochan Center for Law, Media, and the Arts wurde meine Forschung massgeblich von Prof. Jane Ginsburg sowie June Besek, J.D. gefördert, die sich viel Zeit für Fachgespräche und persönliche Ratschläge genommen haben. It is to them I owe my thanks. Der Schweizerische Nationalfonds (SNF) hat meine Forschung in New York im Rahmen eines Doc.Mobility Stipendiums dankenswerterweise ideell und finanziell unterstützt.

Ohne Prof. Dr. Dr. Antoinette Maget Dominicé als Mentorin und ihre *Art* hätte ich es während vieler Stationen auf diesem Weg schwerer gehabt, weniger erlebt, verstanden und entdeckt. Merci beaucoup für so vieles. Dr. Daniel Hürlimann, Prof. Dr. Michele Luminati und Prof. Dr. Bernhard Rütscbe danke ich für ihre entscheidenden Hinweise auf Quellen, die meine Arbeit um diverse Dimensionen erweitert haben. Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Jürg-Beat Ackermann für die Leitung des Kolloquiums am 14. Dezember 2020 und kritisch-herausfordernde Fragen, die meine zukünftigen Arbeiten sicherlich zeichnen werden.

Die Arbeit ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Immaterialgüterrecht und Recht der neuen Technologien an der Universität Luzern entstanden. Meinen Kolleginnen und Kollegen bin ich dankbar, dass sie sich stets Zeit für Kafi und Apéros genommen haben. Hervorheben möchte ich Dario Picocchi, Dorothea Endres, Dr. Filippo Contarini, Dr. Michael Monterossi, Mike Bacher, Silvan Schenkel und Stéphanie Reust. Claudine Knobel war bei administrativen Herausforderungen stets von grosser Unterstützung.

Mein Interesse an den am Institut lucernaiuris verhandelten Themenkomplexen von den Medien des Rechts über Gerichte aus der Peripherie des Rechts bis hin zum Bereich der Law & Humanities-Forschung wurde insbesondere von Dr. Ste-

van Howe geweckt. Ohne Justine Poon wäre ich nicht auf die Werke von Merima Bruncevic und Alan Hui gestossen, die meinen Blickwinkel erweitert haben. Ebenfalls danke ich Tze-Ping Lim für anregende Gespräche über die Rolle der Urheberin.

Jan-Lucca, Lorenzo, Marzio und Philip danke ich für wundervolle Freundschaften, ihren Rat sowie die vielen schönen Erlebnisse während all dieser Jahre. Dominik, Mario und Patrizia haben massgeblich dazu beigetragen, dass Luzern zu einer Heimat geworden ist.

Fabienne, dir danke ich für unzählige kritische Kommentare, tägliche Aufmunterungen und kulinarische Köstlichkeiten. Als Team fährt es sich gut im Panda – davon hast du mich mit deinen schönen Gedanken überzeugt.

Meine Familie hat mit viel Geduld und Liebe ermöglicht, dass das Schreiben an dieser Arbeit nicht das einzige anregende, vertrauensvolle und herausfordernde Projekt der vergangenen Jahre blieb. Grazie Mamma Beatrice, Papa Roland und liebe Lou für die gemeinsamen Erfahrungen in Vergangenheit und Zukunft. Ich freue mich auf das, was auch immer kommt. Gewidmet ist diese Arbeit dem Perché.

Luzern/Berlin im Mai 2021

Dario Henri Haux

---

# Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Literaturverzeichnis .....	XXIII
Materialienverzeichnis .....	LVII
<b>Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>Teil 1: Herausforderungen für das Urheberrecht im digitalen Zeitalter .....</b>	<b>5</b>
Kapitel 1: Digitale Kulturproduktion .....	5
<b>Teil 2: Allmenden .....</b>	<b>31</b>
Kapitel 2: Die traditionelle Allmende .....	32
Kapitel 3: Die kontemporäre Allmende.....	63
<b>Teil 3: Der Umgang mit digitaler Kultur.....</b>	<b>79</b>
Kapitel 4: Das Entstehen .....	79
Kapitel 5: Die Lizenzierung .....	88
Kapitel 6: Umfassende Ordnungsmodelle .....	111
<b>Teil 4: Die digitale Allmende .....</b>	<b>149</b>
Kapitel 7: Die Übertragung auf das digitale Zeitalter.....	149
Kapitel 8: Der weitere Weg der metallenen Klänge .....	203
Coda.....	221



---

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XV
Literaturverzeichnis.....	XXIII
Materialienverzeichnis.....	LVII
<b>Einleitung.....</b>	<b>1</b>
<b>Teil 1: Herausforderungen für das Urheberrecht im digitalen Zeitalter.....</b>	<b>5</b>
Kapitel 1: Digitale Kulturproduktion.....	5
I. Ein Fall: Metall auf Metall, BVerfG, Erster Senat, 31. Mai 2016 – 1 BvR 1585/13 ...	5
1. Digitales Musiksampling.....	6
2. Analoge Rechtsstreitigkeiten.....	8
3. Ein erster Ausblick: EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17.....	11
II. Neue Betrachtungen und Systematisierungen.....	12
1. Räume.....	12
2. Digitale Kultur.....	14
3. Zugang.....	17
4. Nachhaltigkeit.....	22
5. Kompensation.....	24
6. Beziehungen.....	26
III. Resümee.....	28
<b>Teil 2: Allmenden.....</b>	<b>31</b>
Kapitel 2: Die traditionelle Allmende.....	32
I. Begriff, Entstehung und weitere Entwicklung.....	33
1. Etymologie und Historie.....	33
2. Die Einhegung der Allmenden ...	36
3. ... und die Öffnung des Wissens?.....	38
4. Zwischenfazit.....	41
II. Merkmale traditioneller Allmendeinstitutionen.....	42
1. Beziehungen.....	42

2. Zugang .....	44
3. Zwischenfazit .....	45
III. Die Tragik der Allmende .....	46
IV. Allmenden in der Schweiz und im schweizerischen Recht.....	50
V. Abgrenzungen .....	54
1. Das öffentliche Gut .....	54
2. Die Markgenossenschaft .....	55
3. Die Sharing Economy .....	56
4. Zwischenfazit .....	59
VI. Exkurs: Commons .....	60
Kapitel 3: Die kontemporäre Allmende.....	63
I. «Wissensallmende» Wikipedia?.....	63
1. Ein Projekt.....	64
2. Zwei Ebenen.....	65
3. Kritik.....	67
4. Zwischenfazit .....	71
II. Die Tragik der digitalen Allmende? .....	71
III. Resümee .....	74
IV. Zwischenfazit zum Allmendebegriff.....	76
<b>Teil 3: Der Umgang mit digitaler Kultur.....</b>	<b>79</b>
Kapitel 4: Das Entstehen .....	79
I. Versuch einer Erfassung.....	81
1. Die Inhalte.....	81
a. Fanfiction.....	81
b. Second Life .....	83
2. Die Beteiligten .....	85
II. Herausforderungen .....	86
Kapitel 5: Die Lizenzierung .....	88
I. Free Software und Open Source .....	89
1. Free Software .....	90
2. Open Source .....	91
3. Unterschiede und Gemeinsamkeiten .....	93
4. Anwendungsbereiche .....	94

---

5. Kritik .....	95
6. Zwischenfazit .....	96
II. Open Content.....	97
1. Inhalt .....	98
2. Anwendungsbereiche .....	99
a. Open Access.....	99
b. Digital Peer Publishing NRW .....	102
c. Open Access to the Law and Legal Scholarship .....	103
III. Kritik .....	105
IV. Resümee .....	110
Kapitel 6: Umfassende Ordnungsmodelle .....	111
I. Ökonomische Modelle.....	112
1. Kulturwertmark .....	112
2. Creative Contribution.....	114
3. Kultur- und Contentflatrate .....	116
a. Verfassungsrecht.....	119
b. Internationales Recht.....	123
c. Kompensationsvolumen .....	126
d. Kritik.....	128
4. Zwischenfazit .....	129
II. Politische Modelle .....	131
1. Grundeinkommen statt Urheberrecht .....	131
2. Ein «Recht auf Internet».....	134
a. Das «Grundrecht auf Internet» .....	135
b. Das «Recht auf Internet».....	138
c. Zugang zum Internet im internationalen Kontext.....	139
3. Zwischenfazit .....	140
III. Soziale Modelle.....	141
1. Das Internet als Lebensraum .....	142
2. Das Digital Transmission Right .....	144
3. Zwischenfazit .....	146
IV. Resümee .....	146

<b>Teil 4: Die digitale Allmende .....</b>	<b>149</b>
Kapitel 7: Die Übertragung auf das digitale Zeitalter.....	149
I. Räume.....	150
1. Raumbegriffe.....	151
2. Einerseits: Verschwimmen der Grenzen .....	154
3. Andererseits: Fragmentierung .....	157
4. Zwischenfazit .....	160
II. Kultur .....	161
1. Kulturverständnis .....	162
2. Praktiken .....	165
3. Urheberinnenschaft .....	167
4. Zwischenfazit .....	169
III. Zugang.....	170
1. Zugangsrechte .....	171
a. Privatrechtliche Schrankenregelungen .....	171
b. Verfassungsrechtlich: Staatszielbestimmungen und Kunstfreiheit.....	172
2. Zugangskulturen.....	174
3. Zugangshürden.....	175
4. Zwischenfazit .....	177
IV. Nachhaltigkeit .....	178
1. Interoperabilität .....	178
2. Energieverbrauch .....	179
3. Qualitätsauswahl .....	180
a. Archive.org .....	180
b. Memory of Mankind .....	181
4. Zwischenfazit .....	182
V. Kompensation.....	183
1. Konsumieren / beitragen .....	184
2. Frei / kostenlos .....	186
3. Tausch / Schenkung .....	188
VI. Beziehungen .....	190
1. Kollektive Entstehung .....	191
2. Inter- und Hypertextualität .....	197
3. Materialität .....	200
4. Resümee .....	201

Kapitel 8: Der weitere Weg der metallenen Klänge .....	203
I. Zusammenführung.....	203
1. Zeitgemässe Regulierungsansätze .....	203
2. Über den Euro- und Anthropozentrismus hinaus.....	204
3. Neue Kulturverständnisse.....	205
4. Interdisziplinarität .....	205
5. Die Rolle des Eigentums .....	206
II. Der weitere Verlauf vor den Gerichten.....	207
III. Eckpfeiler einer praktischen Umsetzung .....	210
1. Implied Licenses .....	211
2. L'ouvroir de droit potentiel (OUDROPO,,) .....	213
3. Die frei zugängliche Sampledatenbank .....	216
4. Ergänzende Perspektiven für das Recht .....	217
IV. Abschluss .....	220
Coda.....	221



---

# Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Z)
ACTA	Anti-Produktpiraterie-Handelsabkommen
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AER	American Economic Review (Z)
AFP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (Z)
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (Z)
a. M.	am Main; anderer Meinung
Annu. Rev. Polit. Sci.	Annual Review of Political Science (Z)
ANT	Akteur-Netzwerk-Theorie
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte (Z)
ARG	Alternate Reality Games
ARPA	Advanced Research Projects Agency
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Z)
ARSP-B	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft (Z)
Art.	Artikel
ARV/DTA	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Z)
Az.	Aktenzeichen
BBB	Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen
Bd.	Band
Berkeley Tech. L. J.	Berkeley Technology Law Journal (Z)
Beschl.	Beschluss
BG	Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBB	Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht, SR 211.412.11
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGS	Bundesgesetz über Geldspiele, SR 935.51

BH VERW	Die Verwaltung Beiheft (Z)
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review (Z)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CC	Creative Commons
CCC	Chaos Computer Club
Chi-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review (Z)
Colum. J. L. & Arts	Columbia Journal of Law & the Arts (Z)
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review (Z)
CR	Computer und Recht (Z)
c't	c't – Magazin für Computertechnik (Z)
d.	der/des
DAR	Deutsches Autorecht (Z)
DARPA	Defense Advanced Research Projects Agency
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselbe
DiPP	Digital Peer Publishing
DOAJ	Lund University Directory of Open Access Journals
DPPL	Digital Peer Publishing Licence
DRM	Digital Rights Management
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Z)
Duke L. J.	Duke Law Journal (Z)
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie (Z)
E.	Erwägung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101
et al.	et alii, und andere
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EULA	End User License Agreement
f./ff.	folgende (Einzahl/Mehrzahl)
F. Supp.	Federal Supplement
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung (Z)
Fed. Cir.	United States Court of Appeals for the Federal Circuit
Fn.	Fussnote

---

Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.	Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal (Z)
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift; Free Software
GAIA	Ökologische Perspektiven für Wissenschaft und Gesellschaft (Z)
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GLFD	GNU-Lizenz für freie Dokumentation
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Z)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Z)
GRUR-B	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Beilage (Z)
GRUR-Prax.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (Z)
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Rechtsprechungs-Report (Z)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Z)
HADOPI	Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur l’Internet
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review (Z)
Hastings Comm. & Ent. L. J.	Hastings Communications and Entertainment Law Journal (Z)
Hervorh. d. Verf.	Hervorhebungen der Verfasserin
Hervorh. i. Orig.	Hervorhebungen im Original
ifrOSS	Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law (Z)
IJC	International Journal of the Commons (Z)
InfoSoc-RL	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
ITRB	IT-Rechtsberater (Z)

IZA DP	IZA (Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit) Discussion Papers
J. Copyright Society	Journal of the Copyright Society of the U.S.A. (Z)
J. L. & Pol’y	Journal of Law and Policy (Z)
J. L. and Soc.	Journal of Law and Society (Z)
J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.	John Marshall Review of Intellectual Property Law (Z)
JICLT	Journal of International Commercial Law and Technology (Z)
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (Z)
JIPLP	Journal of Intellectual Property Law & Practice (Z)
JOIE	Journal of Institutional Economics (Z)
JPE	The Journal of Political Economy (Z)
JZ	Juristenzeitung (Z)
K&R	Kommunikation und Recht (Z)
KWZ	Kulturwissenschaftliche Zeitschrift (Z)
Land Econ.	Land Economics (Z)
Law & Cont. Probs.	Law and Contemporary Problems (Z)
Law Libr. J.	Law Library Journal (Z)
Lewis & Clark L. Rev.	Lewis and Clark Law Review (Z)
LG	Landgericht
LHG	Landeshochschulgesetz
lit.	litera
LP	Long-Play, Album
lto	legal tribune online (Z)
Mich. St. L. Rev.	Michigan State Law Review (Z)
Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.	Michigan Telecommunications and Technology Law Review (Z)
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review (Z)
MMC	Massive Multiauthor Collaboration
MMR	Multimedia und Recht (Z)
MMOG	Massively Multiplayer Online Games
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review (Z)
N.D. Tex.	U.S. District Court for the Northern District of Texas

---

NFP	Nationales Forschungsprogramm
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Z)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Z)
No.	Nummer
Nr.	Nummer
NRC	National Research Council
NRW	Nordrhein-Westfalen
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Z)
OA	Open Access
OC	Open Content
OLG	Oberlandesgericht
Or. L. Rev.	Oregon Law Review (Z)
OSH	Open Source Hardware
OSS	Open Source Software
o. V.	ohne Verfasserin
RBÜ	Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, SR 0.231.15
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RuZ	Recht und Zugang (Z)
RW	Rechtswissenschaft, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (Z)
Rz.	Randziffer
S.	Seite
Santa Clara High Tech. L. J.	Santa Clara High Technology Law Journal (Z)
SG	Sozialgericht
sic!	sic! Zeitschrift zum Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht (Z)
sog.	sogenannt
SPARC	Scholarly Publications Access Resource Coalition
SPSR	Swiss Political Science Review (Z)
SSCR	Social Science Computer Review (Z)
Stanford. L. Rev.	Stanford Law Review (Z)
SuN	Soziologie und Nachhaltigkeit – Beiträge zur sozial-ökologischen Transformationsforschung (Z)
SZ	Süddeutsche Zeitung (Z)

TRIPS	Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
Tul. J. Tech. & Intell. Prop.	Tulane Journal of Technology and Intellectual Property (Z)
u. a.	und andere; unter anderem
Übers. d. Verf.	Übersetzung der Verfasserin
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review (Z)
UCLA Entertainment L. Rev.	UCLA Entertainment Law Review (Z)
UFITA	Archiv für Medienrecht und Medienwissenschaft (Z)
UMKC L. Rev.	University of Missouri-Kansas City Law Review (Z)
Univ.	Universität
University of Illinois L. Rev.	University of Illinois Law Review (Z)
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SR 231.1
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
UrhRL	Urheberrechtsrichtlinie
Utah L. Rev.	Utah Law Review (Z)
v.	versus
Vand. J. Ent. Tech. L.	Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law (Z)
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review (Z)
Verf.	Verfasser(s)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
vs.	versus
VSI	Verband der Softwareindustrie Deutschlands e. V.
WCT	WIPO-Urheberrechtsvertrag
WIPO	World Intellectual Property Organization
WPPT	WIPO Performances and Phonograms Treaty, WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger
Yale J. L. & Human.	Yale Journal of Law & the Humanities (Z)
Yale L. J.	Yale Law Journal (Z)
Z	Zeitschrift; Zeitung
z. B.	zum Beispiel
ZfVP	Zeitschrift für Vergleichende Politikwissenschaft – Comparative Governance and Politics (Z)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, SR 210

ZGE/IPJ	Zeitschrift für geistiges Eigentum (Z)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert als
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Z)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Z)



---

# Literaturverzeichnis

Sofern nicht anders angegeben, werden die nachstehenden Werke mit dem Nachnamen der Autorin sowie mit der Seitenzahl oder der Randnummer zitiert. Alle Internetpublikationen wurden zuletzt am 14. Mai 2021 besucht.

- ABEDINPOUR REZA-NIMA, Digitale Gesellschaft und Urheberrecht: Leistungsschutzrechte und Verwertungsrechte im digitalen Raum, Berlin 2013 – zugl. Diss., Univ. Regensburg 2013
- AHRENS DANIELA, Grenzen der Enträumlichung: Weltstädte, Cyberspace und transnationale Räume in der globalisierten Moderne, Wiesbaden 2001 – zugl. Diss., Univ. Aachen 2000
- AIGRAIN PHILIPPE, Sharing – Culture and the Economy in the Internet Age, Amsterdam 2012
- AIKINS JOSHUA KWESI, Wer mit Feuer spielt... Aneignung und Widerstand – Schwarze Musik/Kulturen in Deutschlands weißem Mainstream, in: Eggers Maureen Maisha/Kilomba Grada/Piesche Peggy/Arndt Susan (Hrsg.), Mythen, Masken und Subjekte. Kritische Weißseinsforschung in Deutschland, Münster 2005, S. 283 ff.
- ALTSCHULLER SHOSHANA/BENBUNAN-FICH RAQUEL, Is music downloading the new prohibition? What students reveal through an ethical dilemma, Ethics and Information Technology 2009, S. 49 ff.
- AMINI SEYAVASH, Digitale Kultur zum Pauschaltarif? Anlass, Inhalt und Grenzen einer Vision für das Urheberrecht der Zukunft, 1. Auflage, Baden-Baden 2017 – zugl. Diss., Univ. München 2016
- AMREIN MARCEL, Die Grundeinkommen-Initiative auf einen Blick, NZZ, 05.06.2016
- AMSTUTZ MARC, Dateneigentum: Funktion und Form, AcP 2018, S. 439 ff.
- ANDERS GÜNTHER, Die Antiquiertheit des Menschen: Über die Seele im Zeitalter der zweiten industriellen Revolution, München 1961
- AOKI KEITH, (Intellectual) Property and Sovereignty: Notes toward a Cultural Geography of Authorship, Stanford L. Rev. 1996, S. 1293 ff.
- ARISTOTELES, Politik, Hamburg 2012
- ARTHUR CHARLES, What is the 1% rule?, The Guardian, 20.07.2006
- AUFDERHEIDE DETLEF/DABROWSKI MARTIN (Hrsg.), Digitale Wirtschaft und Sharing Economy: Wirtschaftsethische und moralökonomische Perspektiven, Berlin 2017 (zit. AUTORIN, Titel, in: Aufderheide/Dabrowski)
- AUGSBERG INO, Rechtslektionen. Zur Textualität des Juristischen Verfahrens, Rechtstheorie 2009, S. 71 ff.

- AUGSBERG STEFFEN, Der Anthropozentrismus des juristischen Personenbegriffs: Ausdruck überkommener (religiöser) Traditionen, speziesistischer Engführung oder funktionaler Notwendigkeiten?, RW 2016, S. 338 ff. (zit. AUGSBERG, Anthropozentrismus)
- AULTMAN ELISABETH S., Authorship Atomized: Modeling Ownership in Participatory Media Productions, Hastings Comm. & Ent. L. J. 2014, S. 383 ff.
- BADER KARL SIEGFRIED, Das mittelalterliche Dorf als Friedens- und Rechtsbereich, Studien zur Rechtsgeschichte des mittelalterlichen Dorfes, Band 1, Weimar 1957 (zit. BADER, Bd. 1)
- DERS., Dorfgenossenschaft und Dorfgemeinde, Studien zur Rechtsgeschichte des mittelalterlichen Dorfes, Band 2, Wien/Köln/Graz 1962 (zit. BADER, Bd. 2)
- DERS., Rechtsformen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf, Studien zur Rechtsgeschichte des mittelalterlichen Dorfes, Band 3, Wien/Köln/Graz 1973 (zit. BADER, Bd. 3)
- BADER KARL SIEGFRIED/DILCHER GERHARD (Hrsg.), Deutsche Rechtsgeschichte. Land und Stadt – Bürger und Bauer im Alten Europa, Berlin/Heidelberg 1999 (zit. AUTORIN, Titel, in: Bader/Dilcher)
- BADURA PETER, Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des «geistigen Eigentums», ZUM 1984, S. 552 ff.
- BAECKER DIRK, Wozu Systeme?, Berlin 2002
- BAECKER DIRK/KLUGE ALEXANDER, Vom Nutzen ungelöster Probleme, Berlin 2003
- BALAND JEAN MARIE/PLATTEAU JEAN-PHILIPPE, Halting Degradation of Natural Resources: Is There a Role for Rural Communities?, Oxford 1996
- BALDWIN PETER, The Copyright Wars: Three Centuries of Trans-Atlantic Battle, Princeton/Oxford 2014
- BAND JONATHAN/GERAFI JONATHAN, Wikipedia's economic value, infojustice.org 2013, perma.cc/4H5X-EKQP
- BARRERA DAVID/CHUAT LAURENT/PERRIG ADRIAN/REISCHUK RAPHAEL M./SZALACHOWSKI PAWEL, The SCION Internet Architecture: An Internet Architecture for the 21st Century, Network Security Group 2017
- BARUDI MALEK, Autor und Werk – eine prägende Beziehung? Die urheberrechtliche Prägetheorie im Spiegel der Literaturwissenschaft, Tübingen 2013 – zugl. Diss., Univ. Hannover 2012
- BAUDRILLARD JEAN, Agonie des Realen, Berlin 1978
- BAUER CHRISTIAN ALEXANDER, User Generated Content: Urheberrechtliche Zulässigkeit nutzergenerierter Medieninhalte, Berlin/Heidelberg 2011 – zugl. Diss., Univ. Köln 2010
- BECK SUSANNE (Hrsg.), Jenseits von Mensch und Maschine. Ethische und rechtliche Fragen zum Umgang mit Robotern, Künstlicher Intelligenz und Cyborgs, Baden-Baden 2012 (zit. AUTORIN, Titel, in: Beck)
- BELSKY LEAH/KAHR BYRON/BERKELHAMMER MAX/BENKLER YOCHAI, Everything in Its Right Place: Social Cooperation and Artist Compensation, Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 2010, S. 1 ff.

- BENGESER NICOLE, *Der Dreistufentest im internationalen, europäischen und deutschen Urheberrecht*, Aachen 2015 – zugl. Diss., Univ. Würzburg 2014
- BENJAMIN WALTER, *Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischen Reproduzierbarkeit*, in: Benjamin Walter, *Gesammelte Schriften*. Bd. I/2, herausgegeben von Tiedemann Rolf/Schweppenhäuser Hermann, Frankfurt a. M. 1991 [1936], S. 435 ff.
- BENKLER YOCHAI, *The Wealth of Networks. How Social Production Transforms Markets and Freedom*, New Haven/London 2006
- DERS., *The Penguin and the Leviathan: How cooperation triumphs over self-interest*, New York 2011 (zit. BENKLER, *The Penguin*)
- BERNARD ANDREAS, *Das Diktat des Hashtags. Über ein Prinzip der aktuellen Debattenbildung*, Frankfurt a. M. 2018
- BERNAU PATRICK, *Die Wikipedia stößt an ihre Grenzen*, FAZ, 17.02.2019, S. 17, [perma.cc/QV9Q-NN9B](https://perma.cc/QV9Q-NN9B)
- BERNAULT CARINE/LEBOIS AUDREY, *Peer-to-peer et propriété littéraire et artistique: Etude de faisabilité sur un système de compensation pour l'échange des œuvres sur Internet*, Nantes 2005
- BERNSTEINER CLEMENS, *Das Musikzitat im Urheberrecht: zugleich ein Beitrag zum musikalischen Werkbegriff*, Wien 2017 – zugl. Diss., Univ. Wien 2017
- BERTRAM GEORG W., *Kunst als menschliche Praxis: Eine Ästhetik*, Berlin 2014
- BHANDAR BRENNNA, *Colonial Lives of Property. Law, Land, and Racial Regimes of Ownership*, Durham 2018
- BIRKHOLD MATTHEW H., *Characters Before Copyright: The Rise and Regulation of Fan Fiction in Eighteenth-Century Germany*, New York 2019
- BONADIO ENRICO/LUCCHI NICOLA (Hrsg.), *Non-Conventional Copyright: Do New and Atypical Works Deserve Protection?*, Cheltenham 2018 (zit. AUTORIN, Titel, in: Bonadio/Lucchi)
- BÖNNEMANN MAXIM/PICHL MAXIMILIAN, *Postkoloniale Theorien*, in: Buckel Sonja/Christensen Ralph/Fischer-Lescano Andreas (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 3. Auflage, Tübingen 2020, S. 359 ff.
- BOTSMAN RACHEL/ROGERS ROO, *What's Mine Is Yours: How collaborative consumption is changing the way we live*, London 2011
- BOURCIER DANIÈLE/DULONG DE ROSNAY MELANIE (Hrsg.), *International Commons at the Digital Age*, Paris 2012 (zit. AUTORIN, Titel, in: Bourcier/Dulong de Rosnay)
- BOURDIEU PIERRE, *Kunst und Kultur: Kunst und künstlerisches Feld*, Berlin 2015
- BOWREY KATHY/ANDERSON JANE, *The Politics of Global Information Sharing: Whose Cultural Agendas Are Being Advanced?*, *Social & Legal Studies* 2009, S. 479 ff.
- BOYDEN BRUCE E., *Emergent Works*, *Colum. J. L. & Arts* 2016, S. 377 ff.
- BOYLE JAMES, *Shamans, Software, and Spleens: Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge, MA/London 1996 (zit. BOYLE, *Shamans*)

- DERS., Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors, *University of Cincinnati Law Review* 1997, S. 177 ff. (zit. BOYLE, Foucault)
- DERS., A Politics of Intellectual Property: Environmentalism for the Net?, *Duke L. J.* 1997, S. 87 ff. (zit. BOYLE, Environmentalism)
- DERS., Foreword: the opposite of property?, *Law & Cont. Probs.* 2003, S. 1 ff. (zit. BOYLE, Property)
- DERS., The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, *Law & Cont. Probs.* 2003, S. 33 ff. (zit. BOYLE, Public Domain)
- BRÄNDLI SANDRA, Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme. Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel digitaler Herausforderungen, Bern 2017 – zugl. Diss., Univ. St. Gallen 2017
- BRÄUN ILJA, Grundeinkommen statt Urheberrecht? Zum kreativen Schaffen in der digitalen Welt, Bielefeld 2014
- BRÖMMELMEYER CHRISTOPH, Internet Governance: Recht als Steuerungsinstrument für ein globales Kommunikationsforum, ARSP–B 2000, S. 81 ff.
- BRØVIG-HANSSSEN RAGNHILD/DANIELSEN ANNE, Digital Signatures: The Impact of Digitization on Popular Music Sound, Cambridge, MA/London 2016
- BRÜHL JANNIS, Wie Konzerne und Staaten das Netz in Stücke reißen: Google, China, EU und USA basteln an ihrer eigenen Vision des Internets – das so immer weiter zersplittert, *SZ*, 30.10.2018
- BRUNCEVIC MERIMA, Law, Art and the Commons, Abingdon, Oxon/New York 2018 – zugl. Diss., Univ. Göteborg 2014
- BUCCAFUSCO CHRISTOPHER J./HEALD PAUL J., Do bad things happen when works enter the Public Domain? Empirical Tests of Copyright term extension, *Berkeley Tech. L. J.* 2012, S. 1 ff.
- BUCK-HEEB PETRA/DIECKMANN ANDREAS, Selbstregulierung im Privatrecht, 1. Auflage, Tübingen 2010
- BUNG JOCHEN/GRUBER MALTE/KÜHN SEBASTIAN (Hrsg.), Plagiate. Fälschungen, Imitate und andere Strategien aus zweiter Hand, Berlin 2011 (zit. AUTORIN, Titel, in: Bung/Gruber/Kühn)
- BURKE PETER, Die Explosion des Wissens: Von der Encyclopédie bis Wikipedia, Berlin 2014
- BURRI-NENOVA MIRA, User created content in virtual worlds and cultural diversity, in: Graber Christoph Beat/Burri-Nenova Mira (Hrsg.), *Governance of Digital Game Environments and Cultural Diversity: Transdisciplinary Enquiries*, Cheltenham/Northampton, MA 2010, S. 74 ff.
- BUTLER CHRIS/MUSSAWIR EDWARD (Hrsg.), Spaces of Justice: Peripheries, Passages, Appropriations, New York 2017
- CALLIESS CHRISTIAN/FISCHER-LESCANO ANDREAS/WIELSCH DAN/ZUMBANSEN PEER (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009 (zit. AUTORIN, Titel, in: FS Teubner)

- CALLIESS GRALF-PETER, Globale Kommunikation – staatenloses Recht, ARSP–B 2000, S. 61 ff.
- CALLON MICHEL, Techno-Economic Networks and Irreversibility, in: Law John (Hrsg.), *Sociology of Monsters: Essays on Power, Technology and Domination*, London 1991, S. 132 ff.
- DERS., Some Elements of a Sociology of Translation: Domestication of the Scallops and the Fishermen of St. Brieuc Bay, in: Law John (Hrsg.), *Power, Action and Belief. A New Sociology of Knowledge?*, London 1986, S. 196 ff. (zit. CALLON, Muscheln)
- CAMERON FIONA, Beyond the Cult of the Replicant, in: Cameron Fiona/Kenderdine Sarah (Hrsg.), *Theorizing Digital Cultural Heritage: A Critical Discourse*, S. 49 ff.
- CANARIS AFRA, Melodie, Klangfarbe und Rhythmus im Urheberrecht. Der Schutz musikalischer Werke und Darbietungen, Baden-Baden 2012 – zugl. Diss., TU Dresden 2010
- CARROLL MICHAEL W., The Movement for Open Access Law – Symposium, *Lewis & Clark L. Rev.* 2006, S. 741 ff.
- CASTELLS MANUEL, Der Aufstieg der Netzwerkgesellschaft, *Das Informationszeitalter*, Band 1, Wiesbaden 2017
- CHON MARGARET, Symposium: Innovation and the Information Environment: New Wine Bursting From Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship, *Or. L. Rev.* 1996, S. 257 ff.
- CHUN WENDY HUI KYONG, *Programmed visions. Software and Memory*, Cambridge, MA/London 2011
- CORDES ALBRECHT/LÜCK HEINER/WERKMÜLLER DIETER (Hrsg.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Band I: Aachen – Geistliche Bank, Berlin 2008
- CORIAT BENJAMIN (Hrsg.), *Le retour des communs: La crise de l'idéologie propriétaire*, Paris 2015 (zit. AUTORIN, Titel, in: Coriat)
- CROCE MARIANO, Is Law a Special Domain? On the Boundary between the Legal and the Social, in: Donlan Seán Patrick/Heckendorn Urscheler Lukas (Hrsg.), *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives*, Farnham 2014, S. 153 ff.
- CZERNIK ILJA, *Die Collage in der urheberrechtlichen Auseinandersetzung zwischen Kunstfreiheit und Schutz des geistigen Eigentums*, Berlin 2008 – zugl. Diss., Humboldt-Univ. zu Berlin 2007
- D'ANJOU CYAN, *Out of Line: On Hip Hop and Cultural Appropriation*, Medium, 22.06.2020
- DANNER RICHARD A., Open Access to Legal Scholarship: Dropping the Barriers to Discourse and Dialogue, *JICLT* 2012, S. 65 ff.
- DANNER RICHARD A./LEONG KELLY/MILLER WAYNE V., The Durham Statement Two Years Later: Open Access in the Law School Journal Environment, *Law Libr. J.* 2011, S. 39 ff.
- DARLING KATE/PERZANOWSKI AARON (Hrsg.), *Creativity Without Law: Challenging the Assumptions of Intellectual Property*, New York 2017 (zit. AUTORIN, Titel, in: Darling/Perzanowski)

- DARNTON ROBERT, *Die Wissenschaft des Raubdrucks: ein zentrales Element im Verlagswesen des 18. Jahrhunderts*, München 2003
- DAVIS NATALIE ZEMON, *Die schenkende Gesellschaft: Zur Kultur der französischen Renaissance*, München 2002
- DE CLIPPELE MARIE-SOPHIE, *Protéger le patrimoine culturel: à qui incombe la charge ?*, Brüssel 2020 – zugl. Diss., l'Université Saint-Louis – Bruxelles 2020
- DEDEK HELGE/GÜNTHER KLAUS/KEMMERER ALEXANDRA/RANDERIA SHALINI, «Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung» revisited. Ein Gespräch über die Internationalisierung der Rechtswissenschaft. Mit einer Einleitung von Thomas Duve, in: Duve Thomas/Ruppert Stefan (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, Berlin 2018, S. 726 ff.
- DE FILIPPI PRIMAVERA/WRIGHT AARON, *Blockchain and the Law: The Rule of Code*, Cambridge, MA/London 2018
- DEIN JAN FELIX, *Die Repräsentation in Onlinewelten: Die Rechte der Teilnehmer an ihren Charakteren im Kontext virtueller Umgebungen*, Baden-Baden 2014 – zugl. Diss., Univ. Hamburg 2014
- DE KAMINSKI MARCIN/SVENSSON MÄNS/LARSSON STEFAN/ALKAN OLSSON JOHANNA/RÖNKKÖ KARI, *Studying Norms and Social Change in a Digital Age: Identifying and Understanding a Multidimensional Gap Problem*, in: Baier Matthias (Hrsg.), *Social and Legal Norms: Towards a Socio-legal Understanding of Normativity*, Farnham, Surrey 2013, S. 309 ff.
- DE MOOR TINE, *Von der Allmende zu den globalen commons: Eine historische Analyse interdisziplinärer Annäherungen an die commons*, *juridikum* 2012, S. 186 ff. (zit. DE MOOR, Allmende)
- DIES., *From Common Pastures to Global Commons: A Historical Perspective on Interdisciplinary Approaches to Commons*, *Natures Sciences Sociétés* 2011, S. 422 ff.
- DIALLO FATIMA/CALLAND RICHARD (Hrsg.), *Access to Information in Africa: Law, Culture and Practice*, Leiden 2013 (zit. AUTORIN, Titel, in: Diallo/Calland)
- DIETZ THOMAS/OSTROM ELINOR/STERN PAUL C., *The Struggle to Govern the Commons*, *Science* 2003, S. 1907 ff.
- DILLING OLAF, *Persönlichkeitsschutz durch Selbstregulierung in der Wikipedia*, *ZUM* 2013, S. 380 ff. (zit. DILLING, Wikipedia)
- DINGLER JOHANNES, *Postmoderne und Nachhaltigkeit: Eine diskurstheoretische Analyse der sozialen Konstruktionen von nachhaltiger Entwicklung*, München 2003 – zugl. Diss., Freie Univ. Berlin 2003
- DOBNER PETRA, *Wasserpolitik: zur politischen Theorie, Praxis und Kritik globaler Governance*, Berlin 2010 – zugl. Habil., Univ. Halle-Wittenberg 2008
- DOBUSCH LEONHARD, *Wesen und Wirken der Wissensallmende*, *Juridikum* 2012, S. 215 ff.
- DOBUSCH LEONHARD/HONDROS KONSTANTIN/QUACK SIGRID/ZANGERLE KATHARINA, *Shaping Competition, Cooperation and Creativity in Music and Pharma: The Role of*

- Legal Professionals, Intellectual Property and Regulatory Uncertainty, Organized Creativity Discussion Paper 2018, S. 1 ff.
- DOBUSCH LEONHARD/QUACK SIGRID, Auf dem Weg zu einer Wissensallmende?, APuZ 2011, S. 41 ff.
- DÖHL FRÉDÉRIC, Mashup in der Musik: Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht, Bielefeld 2016 – zugl. Habil., Freie Univ. Berlin 2015
- DOMMANN MONIKA, Autoren und Apparate. Die Geschichte des Copyrights im Medienwandel, Frankfurt a. M. 2014 – zugl. Habil., Univ. Zürich 2012
- DORNIS TIM W., Der Schutz künstlicher Kreativität im Immaterialgüterrecht, GRUR 2019, S. 1252 ff.
- DREIER HORST/WITTECK FABIAN, Rechtswissenschaft, in: Günzel Stephan (Hrsg.), Raumwissenschaften . Frankfurt a. M. 2009, S. 338 ff.
- DREIER THOMAS, Wider das Unbehagen im Urheberrecht!, MMR 2011, S. 285 ff.
- DREIER THOMAS/SCHULZE GERNOT (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz: UrhG, Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 6. Auflage, München 2018 (zit. BEARBEITERIN, Titel, in: Dreier/Schulze)
- DRUEY JEAN NICOLAS, Information als Gegenstand des Rechts: Entwurf einer Grundlegung, Zürich 1994
- DUHANIC INES, Copy this Sound! The Cultural Importance of Sampling for Hip Hop Music in Copyright Law – A Copyright Law Analysis of the Sampling Decision of the German Federal Constitutional Court, GRUR Int. 2016, S. 1007 ff.
- DUSOLLIER SÉVERINE, Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering, Chi-Kent L. Rev. 2007, S. 1391 ff.
- DUSS VANESSA, Vom «Taking Rights Seriously» zum «Thinking Law Globally» – ein «Cultural Shift»? Juristische Tätigkeit und Zukunft, in: Mannhart Annja/Bürgi Silja (Hrsg.), Zukunft und Recht, Zürich 2012, S. 21 ff.
- EFRONI ZOHAR, Access-Right: The Future of Digital Copyright Law, New York 2011
- EHRlich EUGEN, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Berlin 1989
- EIFERT MARTIN/HOFFMANN-RIEM WOLFGANG (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Innovation, Berlin 2008 (zit. AUTORIN, Titel, in: Eifert/Hoffmann-Riem, Geistiges Eigentum)
- DIES. (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung: Schlüsselbegriffe und Anwendungsbeispiele rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, Baden-Baden 2002 (zit. AUTORIN, Titel, in: Eifert/Hoffmann-Riem)
- EIMER THOMAS R./RÖTTGERS KURT/VÖLZMANN-STICKELBROCK BARBARA (Hrsg.), Die Debatte um geistiges Eigentum: Interdisziplinäre Erkundungen, Bielefeld 2011 (zit. AUTORIN, Titel, in: Eimer/Röttgers/V.-Stickelbrock)
- EINSTEIN ALBERT, Vorwort, in: Jammer Max (Hrsg.), Das Problem des Raumes. Die Entwicklung der Raumtheorien, Darmstadt 1960, S. XII ff.
- EISENTRAUT NIKOLAUS, Open Educational Resources in der Rechtswissenschaft, JuWissLab, 28.02.2019

- ELLICKSON ROBERT C., *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, MA/London 1991
- ENGEL CHRISTOPH/HALFMANN JOST/SCHULTE MARTIN (Hrsg.), *Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen*, Baden-Baden 2002 (zit. AUTORIN, Titel, in: Engel/Halfmann/Schulte)
- ENGELSING SUSANNE, *Das Wagnis-Projekt der Massai, ihre Kultur global zu kommodifizieren*, GRUR Int. 2019, S. 776 ff.
- ESPOSITO ELENA, *Soziales Vergessen: Formen und Medien des Gedächtnisses der Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 2002
- EULER ELLEN, *Open Access in der Wissenschaft und die Realitäten des Rechts*, RuZ 2020, S. 56 ff. (zit. EULER, OA)
- DIES., *Das kulturelle Gedächtnis im Zeitalter digitaler und vernetzter Medien und sein Recht*, Bad Honnef 2011 – zugl. Diss., Univ. Freiburg 2011
- EYMANN TORSTEN, *Die Ungewissheit der Anwender im Internet der Zukunft*, in: Hösch Ulrich (Hrsg.), *Zeit und Ungewissheit im Recht: Liber amicorum zum 70. Geburtstag von Wilfried Berg*, Stuttgart 2011, S. 32 ff.
- FECHNER FRANK, *Geistiges Eigentum und Verfassung: schöpferische Leistungen unter dem Schutz des Grundgesetzes*, Tübingen 1999 – zugl. Habil., Univ. Tübingen 1996 (zit. FECHNER, *Geistiges Eigentum und Verfassung*)
- DERS., *Fake News und Hate Speech als Gefahr für die demokratische Willensbildung. Staatliche Gewährleistung kommunikativer Wahrheit?*, in: Uhle Arnd (Hrsg.), *Information und Einflussnahme. Gefährdungen der Offenheit des demokratischen Willensbildungsprozesses*, Berlin 2018, S. 158 ff. (zit. FECHNER, *Fake News*)
- FECHNER HEINER, *Emanzipatorischer Rechtsstaat: Praxistheoretische Untersuchung sozio-kultureller Inklusion durch Recht am Beispiel Venezuelas*, Baden-Baden 2015 (zit. FECHNER, *Emanzipatorischer Rechtsstaat*)
- FEHR ERNST/LEIBBRANDT ANDREAS, *Cooperativeness and Impatience in the Tragedy of the Commons*, IZA DP 2008, S. 1 ff.
- FERRAZ JUNIOR TERCIO SAMPAIO, *Erosion of Subjective Rights by Reason of Technical Development (Patent, Copyright)*, ARSP–B 2013, S. 149 ff.
- FINKE MARCEL/HALAWA MARK A. (Hrsg.), *Materialität und Bildlichkeit: Visuelle Artefakte zwischen Aisthesis und Semiosis*, Berlin 2012 (zit. AUTORIN, Titel, in: Finke/Halawa)
- FISCHER GEORG, *Bundesgerichtshof stärkt Pressefreiheit gegenüber Urheberrecht – Sampling weiterhin nur halb legal*, iRights.info, 30.04.2020 (zit. FISCHER, *Halb legal*)
- DERS., *Sampling in der Musikproduktion: Das Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kreativität*, Marburg 2020 – zugl. Diss., TU Berlin 2019 (zit. FISCHER, *Sampling*)
- DERS., *Wem gehört ein Klang? «Nur mir»? Zum Verhältnis von Urheberrecht und Kreativität in der samplingbasierten Musikproduktion*, in: Hergesell Jannis/Maibaum Anne/Minnetian Clelia/Sept Ariane (Hrsg.), *Innovationsphänomene. Modus und Effekte der Innovationsgesellschaft*, Wiesbaden 2018, S. 41 ff. (zit. FISCHER, *Nur mir*)

- DERS., Gefangen in der Zwischenablage? Die Kopierpraxis des Samplings im Spannungsfeld von Steigerung und Suspension technischer Reproduzierbarkeit, in: Alisch Stefanie/Binas-Preisendörfer Susanne/Jauck Werner (Hrsg.), *Darüber hinaus ... Populäre Musik und Überschreitung(en)*, Oldenburg 2018, S. 135 ff. (zit. FISCHER, Reproduzierbarkeit)
- DERS., Die Verwicklung von Urheberrecht und Kreativität in der digitalen Musikproduktion, in: Schwetter Holger/Neubauer Hendrik/Mathei Dennis (Hrsg.), *Die Produktivität von Musikkulturen*, Wiesbaden 2018, S. 209 ff. (zit. FISCHER, Verwicklung)
- FISCHER VERONIKA, *Digitale Kunst und freie Benutzung: Systematisierung und Flexibilisierung*, Baden-Baden 2018 – zugl. Diss., Univ. Freiburg im Breisgau 2017 (zit. FISCHER, Digitale Kunst)
- FISCHER-LESCANO ANDREAS, Der Kampf um die Internetverfassung: Rechtsfragen des Schutzes globaler Kommunikationsstrukturen vor Überwachungsmaßnahmen, *JZ* 2014, S. 965 ff.
- FISCHMAN AFORI ORIT, *The Battle over Public E-Libraries: Taking Stock and Moving Ahead*, *IIC* 2013, S. 392 ff.
- DIES., *Implied License: An Emerging New Standard in Copyright Law*, 25 *Santa Clara High Tech. L. J.* 2008, S. 275 ff. (zit. FISCHMAN AFORI, Implied License)
- FISHER WILLIAM W., *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, Palo Alto 2004
- FITZGERALD BRIAN/GILCHRIST JOHN (Hrsg.), *Copyright Perspectives. Past, Present and Prospect*, Schweiz 2015 (zit. AUTORIN, Titel, in: Fitzgerald/Gilchrist)
- FOUCAULT MICHEL, Von anderen Räumen, in: Foucault Michel, *Schriften*, Bd. 4, Frankfurt a. M. 2005, S. 931 ff. (zit. FOUCAULT, Räume)
- DERS., Andere Räume, in: Barck Karlheinz/Gente Peter/Paris Heidi et al. (Hrsg.), *Aisthesis: Wahrnehmung heute oder Perspektiven einer anderen Ästhetik*, 4. Auflage, Leipzig 1992, S. 34 ff. (zit. FOUCAULT, Andere Räume)
- FROSIO GIANCARLO F., *User Patronage: the return of the gift in the «crowd society»*, *Mich. St. L. Rev.* 2015, S. 1983 ff. (zit. FROSIO, Gift)
- DERS., *Rediscovering Cumulative Creativity From the Oral Formulaic Tradition to Digital Remix: Can I Get a Witness?*, *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 2014, S. 341 ff. (zit. FROSIO, Witness)
- DERS., *Open Access Publishing: A Literature Review*, CREATE Working Paper 2014 (zit. FROSIO, Open Access Publishing)
- GAMBARO ANTONIO, *I beni, i soggetti e le risorse*, in: Cicu Antonio/Messineo Francesco (Hrsg.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2012, S. 59 ff. (zit. GAMBARO, I beni)
- DERS., *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Milano 2017 (zit. GAMBARO, La proprietà)
- GELKE ERIK, *Mashups im Urheberrecht*, Baden-Baden 2013 – zugl. Diss., Univ. Freiburg im Breisgau 2012
- GENETTE GÉRARD, *Palimpseste. Die Literatur auf zweiter Stufe*, Frankfurt a. M. 1993

- GERHARDS JULIA, (Grund-)Recht auf Verschlüsselung?, Baden-Baden 2010 – zugl. Diss., Univ. Darmstadt 2009
- GERLACH CARSTEN, Praxisprobleme der Open-Source-Lizenzierung, CR 2006, S. 649 ff.
- GERVAIS DANIEL J., The Tangled Web of UGC: Making Copyright Sense of User-Generated Content, Vand. J. Ent. Tech. L. 2009, S. 841 ff.
- GIESECKE MICHAEL, Die Entdeckung der kommunikativen Welt, Studien zur kulturvergleichenden Mediengeschichte, Frankfurt a. M. 2007 (zit. GIESECKE, Kommunikative Welt)
- DERS., Der Buchdruck in der frühen Neuzeit. Eine historische Fallstudie über die Durchsetzung neuer Informations- und Kommunikationstechnologien, 4. Auflage, Frankfurt a. M. 2006 (zit. GIESECKE, Buchdruck)
- DERS., Von den Mythen der Buchkultur zu den Visionen der Informationsgesellschaft, Trendforschungen zur kulturellen Medienökologie, 1. Auflage, Frankfurt a. M. 2002 (zit. GIESECKE, Buchkultur)
- GIGERENZER GERD/SELTEN REINHARD (Hrsg.), Bounded Rationality: The Adaptive Toolbox, Cambridge, MA/London 2011 (zit. AUTORIN, Titel, in: Gigerenzer/Selten)
- GINSBURG JANE C., People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention, IIC 2018, S. 131 ff. (zit. GINSBURG, People Not Machines)
- DIES., User-Generated Content Sites and Section 512 of the US Copyright Act, Copyright Enforcement and the Internet, in: Stamtoudi Irini A. (Hrsg.), Copyright Enforcement and the Internet, The Netherlands 2010, S. 183 ff. (zit. GINSBURG, User-Generated Content Sites)
- DIES., The Author's Place in the Future of Copyright, Willamette Law Review 2009, S. 381 ff. (zit. GINSBURG, The Author's Place)
- DIES., Copyright Without Walls?: Speculations on Literary Property in the Library of the Future, Representations 1993, S. 53 ff. (zit. GINSBURG, Copyright Without Walls)
- GOEBLE THILO, Freiraum oder Herrschaftsgebiet: Menschenrecht auf Zugang und völkerrechtliche Prinzipien als Schranken staatlichen Handelns im Internet, Baden-Baden 2019 – zugl. Diss., Univ. Kassel 2019
- GOLDSTEIN PAUL, Das urheberrechtliche Gemeingut – Copyright's Commons, GRUR Int. 2006, S. 901 ff.
- GORDON H. SCOTT, The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery, JPE 1954, S. 124 ff.
- GOTTSCHLICH DANIELA, Kommende Nachhaltigkeit: Nachhaltige Entwicklung aus kritisch-emanzipatorischer Perspektive, Baden-Baden 2017 – zugl. Diss., Univ. Osnabrück 2013
- GRAF FABIENNE, Can Museums Prevent their Visitors From Taking Photos and Posting them? – Between Open Policies and Recent Case Law, 10.04.2020, Colum. J. L. & Arts – Beat

- GRAF FABIENNE SARAH/HAUX DARIO HENRI, Open Access für die Rechtswissenschaft – Pflicht oder Privatsache? Tagungsbericht zur Konferenz vom 18. und 19. Oktober 2018, *sic!* 2019, S. 105 ff.
- DIES., Verpflichtung zu Open Access – universitäres Publizieren der Zukunft?, *sui-generis* 2017, S. 229 ff. (zit. GRAF/HAUX, OA)
- GRAFF BERND, *Kunstdruck*, SZ, Feuilleton, 02.01.2019, S. 9
- GRAPENTIN JUSTIN, Die Erosion der Vertragsgestaltungsmacht durch das Internet und den Einsatz Künstlicher Intelligenz, *NJW* 2019, S. 181 ff.
- GRASSMUCK VOLKER, *Freie Software: Zwischen Privat- und Gemeineigentum*, Bonn 2014 (zit. GRASSMUCK, *Freie Software*)
- DERS., re-mi-x-erogra-philist-er-kenntnisse: Zu Kunst und Recht der Re-Kreativität, in: Kroeger Odin/Friesinger Günther/Lohberger Paul/Ortland Eberhard (Hrsg.), *Geistiges Eigentum und Originalität: Zur Politik der Wissens- und Kulturproduktion*, Wien/Berlin 2011, S. 199 ff. (zit. GRASSMUCK, re-mi-x-erogra-philist-er-kenntnisse)
- DERS., Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, *ZUM* 2005, S. 104 ff.
- GREEN BEN, Having the sceptre: Wu-Tang Clan and the aura of music in the age of digital reproduction, *Popular Music* 2017, S. 427 ff.
- GREIF ELISABETH/NEUWIRTH KARIN, Die historische Allmende als Basis der aktuellen Commons-Debatten? Allmende in der mitteleuropäischen Rechts-, Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, *juridikum* 2012, S. 198 ff.
- GROSS ALAN G./HARMON JOSEPH E., *The Internet Revolution in the Sciences and Humanities*, New York 2016
- GRUBER, MALTE-CHRISTIAN, Fall 9: Digitaler Lebensraum, in: Lomfeld Bertram (Hrsg.), *Die Fälle der Gesellschaft – Praxis einer soziologischen Jurisprudenz*, Berlin 2017, S. 115 ff. (zit. GRUBER, *Digitaler Lebensraum*)
- DERS., Bioinformationsrecht – Zur Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in technisierter Verfassung, Tübingen 2015 – zugl. Habil., Johann Wolfgang Goethe-Univ. Frankfurt a. M. 2013 (zit. GRUBER, *Bioinformationsrecht*)
- DERS., Zumutung und Zumutbarkeit von Verantwortung in Mensch-Maschine-Assoziationen: Ein Beitrag zur zivilrechtlichen Entwicklung der Roboterhaftung, in: Günther Jan-Philipp/Hilgendorf Eric (Hrsg.), *Robotik und Gesetzgebung*, Baden-Baden 2013, S. 123 ff. (zit. GRUBER, *Zumutbarkeit*)
- GRUBER MALTE-CHRISTIAN/BUNG JOCHEN/ZIEMANN SASCHA (Hrsg.), *Autonome Automaten: Künstliche Körper und artifizielle Agenten in der technisierten Gesellschaft*, Berlin 2014 (zit. AUTORIN, Titel, in: Gruber/Bung/Ziemann)
- GRÜNBERGER MICHAEL, Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2019, *ZUM* 2020, S. 175 ff. (zit. GRÜNBERGER, *Urheberrecht* 2019)
- DERS., Verträge über digitale Güter, *AcP* 2018, S. 213 ff. (zit. GRÜNBERGER, *Digitale Güter*)

- DERS., Vergütungsansprüche im Urheberrecht: Ein Beitrag zum Verhältnis von property rights und liability rules, ZGE/IPJ 2017, S. 188 ff. (zit. GRÜNBERGER, Vergütungsansprüche)
- DERS., Rechtsdurchsetzungsbemühungen – Anzeichen eines Systemkollapses?, in: Hilty Reto M./Jaeger Thomas/Kitz Volker (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Herausforderung Durchsetzung, Berlin/Heidelberg 2008, S. 1 ff. (zit. GRÜNBERGER, Systemkollaps)
- DERS., Das Interpretenrecht, Köln/Berlin/München 2006 – zugl. Diss., Univ. Köln 2005 (zit. GRÜNBERGER, Interpretenrecht)
- GRÜNBERGER MICHAEL/JANSEN NILS (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute: Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, Tübingen 2017 (zit. AUTORIN, Titel, in: Grünberger/Jansen)
- GRUNDMANN BIRGIT, Schutzrechte – Funktion und Begrenzung. Abdruck der wörtlichen Rede, gehalten auf der Jahrestagung der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V. am 17.9.2010 in Hamburg, GRUR 2011, S. 89 ff.
- GRÜTZMACHER MALTE, Open Source Software und Embedded Systems, ITRB 2009, S. 184 ff.
- GÜNDEL STEPHAN (Hrsg.), Lexikon der Raumphilosophie, Darmstadt 2012 (zit. AUTORIN, Stichwort, in: Günzel, Lexikon)
- DERS. (Hrsg.), Raumwissenschaften, Frankfurt a. M. 2009 (zit. AUTORIN, Titel, in: Günzel, Raumwissenschaften)
- DERS., Einleitung, in: Dünne Jörg/Günzel Stephan (Hrsg.), Raumtheorie: Grundlagentexte aus Philosophie und Kulturwissenschaften, Frankfurt a. M. 2006, S. 19 ff.
- HABERMAS JÜRGEN, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M. 1992 (zit. HABERMAS, Faktizität und Geltung)
- DERS., Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt a. M. 1981 (zit. HABERMAS, Kommunikativ)
- HALDEMANN FRANK, Verantwortung als Verfassungsprinzip: Die schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungsethik, Zürich 2003 – zugl. Diss., Univ. Zürich 2003
- HALE SCOTT A./BLANK GRANT/ALEXANDER VICTORIA D., Live versus archive: Comparing a web archive to a population of web pages, in: Brügger Niels/Schroeder Ralph (Hrsg.), The Web as History. Using Web Archives to Understand the Past and the Present, London 2017, S. 45 ff.
- HAMANN HANJO, Freier Zugang zur juristischen Fachliteratur im Spiegel der Open-Science-Bewegung: Reflexionen zur Tagung «Open Access in den Rechtswissenschaften» vom 27. Mai 2016 an der Universität Bern, sui-generis 2016, S. 97 ff.
- DERS., Mauerfall in den Wissenschaften: Tagung «OpenCon 2015 – Empowering the Next Generation to Advance Open Access, Open Education and Open Data» vom 14. bis 16. November 2015 in Brüssel, RW 2016, S. 318 ff. (zit. HAMANN, OpenCon)
- HAMANN HANJO/GRAF FABIENNE, VGH Mannheim verhandelt über Open Access – Müssen Wissenschaftler ihre Ergebnisse frei zugänglich machen?, Ito, 27.09.2017

- HANSEN GERD, Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, München 2009 – zugl. Diss., Univ. München 2008
- HERS., Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, S. 378 ff. (zit. HANSEN, Zugang)
- HARDIN GARRETT, The Tragedy of the Commons, Science 1968, S. 1243 ff.
- HARDT MICHAEL/NEGRI ANTONIO, Common Wealth: Das Ende des Eigentums, Frankfurt a. M./New York 2010
- HARTMANN DOREEN, Digital Art Natives: Praktiken, Artefakte und Strukturen der Computer-Demoszene, Berlin 2017 – zugl. Diss., Univ. Paderborn 2016
- HÄUSER MARKUS, Sound und Sampling: der Schutz der Urheber, ausübender Künstler und Tonträgerhersteller gegen digitales Soundsampling nach deutschem und US-amerikanischem Recht, München 2002 – zugl. Diss., Univ. München 2001
- HAUX DARIO HENRI, Analoge Welt – digitale Umwelt? Überlegungen zum Raumbegriff in den Rechtswissenschaften, in: Hasani Ylber/Hug Stefanie/Zalka Jascha (Hrsg.), Recht und Umwelt, Zürich 2021, S. 39 ff.
- HAWLITSCHKE FLORIAN/TEUBNER TIMM/WEINHARDT CHRISTOF, Trust in the Sharing Economy, Die Unternehmung – Swiss Journal of Business Research and Practice 2016, S. 26 ff.
- HECKMANN DIRK, Grundrecht auf IT-Abwehr? Freiheitsrechte als Abwehrrechte gegen aufgedrängtes E-Government, MMR 2006, S. 3 ff.
- HEIDRICH JOERG/MAIER HENRIKE, Sampling-Streit ohne Ende, Was das Urteil des EuGH für die Produktion von Musik bedeutet, c't 2019, S. 34 f.
- HELBING DIRK, Economics 2.0: The Natural Step Towards a Self-Regulating, Participatory Market Society, Evolutionary and Institutional Economics Review 2013, S. 3 ff.
- HELFRICH SILKE/HEINRICH-BÖLL STIFTUNG (Hrsg.), Commons. Für eine neue Politik jenseits von Markt und Staat, 2. Auflage, Bielefeld 2014 (zit. AUTORIN, Titel, in: Helfrich – Commons)
- DIES. (Hrsg.), Wem gehört die Welt? Zur Wiederentdeckung der Gemeingüter, München/Berlin 2009 (zit. AUTORIN, Titel, in: Helfrich – Wem gehört die Welt)
- HELLER MICHAEL A., The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, Harv. L. Rev. 1998, S. 621 ff.
- HELLER MICHAEL A./EISENBERG REBECCA S., Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research, Science 1998, S. 698 ff.
- HENKEL ANNA, Die Verdinglichung der Dinge: Der Beitrag des Rechts zur Autonomisierung der Materialität, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2017, S. 26 ff.
- HENKEL ANNA/BÖSCHEN STEFAN/DREWS NIKOLAI/FIRNENBURG LOUISA/GÖRGEN BENJAMIN/GRUNDMANN MATTHIAS/LÜDTKE NIKO/PFISTER THOMAS/RÖDDER SIMONE/WENDT BJÖRN, Soziologie der Nachhaltigkeit: Herausforderung und Perspektiven, SuN 2017, S. 4 ff.

- HENNEMANN MORITZ, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, Baden-Baden 2011 – zugl. Diss., Univ. Freiburg im Breisgau 2011
- HERMANN CHRISTOPH, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme: Entstehung und Perspektiven, Frankfurt a. M. 2010 – zugl. Diss., Univ. Frankfurt a. M. 2010
- HESS CHARLOTTE, Is There Anything New Under the Sun?: A Discussion and Survey of Studies on New Commons and the Internet. Constituting the Commons, Bloomington, Indiana 2000
- HESS CHARLOTTE/OSTROM ELINOR, Ideas, artifacts and facilities: information as a common-pool resource, *Law & Cont. Probs.* 2003, S. 111 ff.
- DIES. (Hrsg.), *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, Cambridge, MA/London 2011 (zit. AUTORIN, Titel, in: Hess/Ostrom)
- HESSE DAVID, «Bauchgefühl ist nicht Wahrheit», *SZ*, 07.03.2017, S. 14
- HETCHER STEVEN, User-Generated Content and the Future of Copyright: Part One – Investiture of Ownership, *Vand. J. Ent. Tech. L.* 2007, S. 863 ff. (zit. HETCHER, Part One)
- DERS., User-Generated Content and the Future of Copyright: Part Two – Agreements Between Users and Mega-Sites, *Santa Clara High Tech. L. J.* 2008, S. 829 ff. (zit. HETCHER, Part Two)
- HETTICH PETER, *Kooperative Risikovorsorge: regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken*, Zürich 2014 – zugl. Habil., St. Gallen, Zürich 2014
- HILDEBRANDT MIREILLE, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Cheltenham, UK/Northampton, MA 2015
- HILTY, RETO M., Five Lessons about Copyright in the Information Society: Reaction of the Scientific Community to Over-Protection and what Policy Makers Should Learn, *J. Copyright Society* 2006, S. 103 ff.
- DERS., Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, *GRUR Int.* 2006, S. 179 ff. (zit. HILTY, Wissenschaftler)
- DERS., L'avenir du droit d'auteur dans le «dilemme numérique», *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* 2005, S. 49 ff. (zit. HILTY, dilemme numérique)
- HILTY RETO M./SEEMANN MATTHIAS, *Open Access – Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen im schweizerischen Recht, Rechtsgutachten im Auftrag der Univ. Zürich*, Zürich 2009
- HINDRICHS GUNNAR, *Die Autonomie des Klangs: Eine Philosophie der Musik*, Berlin 2014
- HÖBEL JAN NICOLAS/BLANKE-ROESER CONSTANTIN/KLIMANEK SOPHIA/UEBERFELDT LARA/CHATZIATHANASIOU KONSTANTIN/HARTMANN CONSTANTIN (Hrsg.), *Kulturflatrate, Kulturwertmark oder Three strikes and you are out: Wie soll mit Kreativität im Internet umgegangen werden?*, Göttingen 2013 (zit. AUTORIN, Titel, in: Höbel et al.)
- HOEREN THOMAS, *Internetrecht*, Münster 2018 (zit. HOEREN, Internetrecht)
- DERS., Internet und Recht – Neue Paradigmen des Informationsrechts, *NJW* 1998, S. 2849 ff. (zit. HOEREN, Internet und Recht)

- HOFFMANN JEANETTE (Hrsg.), Wissen und Eigentum: Geschichte, Recht und Ökonomie stoffloser Güter, Bonn 2006 (zit. AUTORIN, Titel, in: Hoffmann)
- HOFFMANN-RIEM WOLFGANG, Innovation und Recht – Recht und Innovation. Recht im Ensemble seiner Kontexte, Tübingen 2016 (zit. HOFFMANN-RIEM, Innovation und Recht)
- DERS. (Hrsg.), Innovationen im Recht, Baden-Baden 2016 (zit. AUTORIN, Titel, in: Hoffmann-Riem, Innovationen)
- DERS., Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, S. 1009 ff. (zit. HOFFMANN-RIEM, Vertraulichkeit)
- HOLDER JANE B./FLESSAS TATIANA, Emerging Commons, Social & Legal Studies 2008, S. 299 ff.
- HOLZNAGEL BERND/SCHUMACHER PASCAL, Netzpolitik Reloaded: Pflichten und Grenzen staatlicher Internetpolitik, ZRP 2011, S. 74 ff.
- HOWE HELENA/GRIFFITHS JONATHAN (Hrsg.), Concepts of Property in Intellectual Property Law, Cambridge 2013
- HOWE STEVEN/LAI JESSICA C. (Hrsg.), Recht und Kultur, Zürich 2015
- HUBER ALFRED, Der Privatwald in der Schweiz, Zürich 1948 – zugl. Diss., ETH Zürich 1948
- HUBMANN HEINRICH/REHBINDER MANFRED, Urheber- und Verlagsrecht: Ein Studienbuch, 8. völlig neubearbeitete Auflage, München 1995
- HUI ALAN HO LAM, 99 problems but a riff ain't one: How sampling helps copyright promote originality – zugl. Diss., ANU 2017
- HUPPERTZ PETER, Open Source Hardware – Ein erster Überblick, CR 2012, S. 697 ff.
- HÜRLIMANN DANIEL, Publikation von Urteilen durch Gerichte, sui-generis 2014, S. 82 ff.
- DERS., Suchmaschinenhaftung: Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Betreiber von Internet-Suchmaschinen aus Urheber-, Marken-, Lauterkeits-, Kartell- und Persönlichkeitsrecht, Bern 2012 – zugl. Diss., Univ. Bern 2012 (zit. HÜRLIMANN, Suchmaschinenhaftung)
- HÜRLIMANN DANIEL/EGGER MATTHIAS, Karrierepolitik steht der Verbreitung wichtiger Forschungsergebnisse entgegen, NZZ, 30.05.2018, Gastkommentar
- HÜRLIMANN DANIEL/GROSSMANN ALEXANDER, Open Access als Utopie?, Informationspraxis 2017, S. 1 ff.
- HUSTER STEFAN, Erster Beratungsgegenstand: Kultur im Verfassungsstaat, in: Sommermann Karl-Peter/Huster Stefan/Schulte Martin/Ruffert Matthias et al. (Hrsg.), Kultur und Wissenschaft: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Frankfurt am Main vom 5. bis 8. Oktober 2005, Berlin 2006, S. 53 ff.
- HUTTENLAUCH ANNA BLUME, Appropriation Art – Kunst an den Grenzen des Urheberrechts, Baden-Baden 2010 – zugl. Diss., Humboldt-Univ. zu Berlin 2008

- IBERT OLIVER/JACKSON GREGORY/THEEL TOBIAS/VOGELGSANG LUKAS, Uncertainty as an asset for creativity? Dynamic shifts between embracing, ignoring and fixing uncertainty: the cases of music and pharma, Organized Creativity Discussion Paper, Berlin 2018
- IZZO UMBERTO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma 2010
- JACOB DANIEL, *Ausschliesslichkeitsrechte an immateriellen Gütern: Eine kantische Rechtfertigung des Urheberrechts*, Tübingen 2010 – zugl. Diss., Univ. Hamburg 2010
- JACOB DANIEL/THIEL THORSTEN (Hrsg.), *Politische Theorie und Digitalisierung*, Baden-Baden 2017 (zit. AUTORIN, Titel, in: Jacob/Thiel)
- JAEGER TILL/METZGER AXEL, *Open Source Software. Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software*, München 2016
- JANCKE GABRIELE/SCHLÄPPI DANIEL (Hrsg.), *Die Ökonomie sozialer Beziehungen: Ressourcenbewirtschaftung als Geben, Nehmen, Investieren, Verschwenden, Haushalten, Horten, Vererben, Schulden*, Wiesbaden 2015 (zit. AUTORIN, Titel, in: Jancke/Schläppi)
- JÄNICH VOLKER, *Geistiges Eigentum: eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?*, Tübingen 2002 – zugl. Habil., Univ. Osnabrück 2000
- JOHNSON RONALD N./LIBECAP GARY D., *Contracting Problems and Regulation: The Case of the Fishery*, AER 1982, S. 1005 ff.
- JORDAN TIM, *Internet, Society and Culture: Communicative Practices Before and After the Internet*, London 2013
- JUD DOMINIQUE/STEIGER ISABELLE, *Airbnb in der Schweiz: Was sagt das Mietrecht?*, Jusletter 2014, No. 3 ff.
- JÜTTE BERND JUSTIN/MAIER HENRIKE, *A Human Right to Sample – Will the CJEU Dance to the BGH-Beat?*, JIPLP 2017, S. 784 ff.
- KAHL WOLFGANG (Hrsg.), *Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren. Recht der Nachhaltigen Entwicklung*, Tübingen 2016 (zit. AUTORIN, Titel, in: Kahl – Organisation)
- DERS. (Hrsg.), *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*, Tübingen 2008 (zit. AUTORIN, Titel, in: Kahl – Verbundbegriff)
- KÄHLER LORENZ, *Abschied vom rechtsphilosophischen Etatismus: Besteht ein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Staat?*, ARSP–B 2002, S. 69 ff.
- KALOUTA GALATEIA, *Sharing Economy, Digital Platforms und die Rechtsordnungen*, in: Taeger Jürgen (Hrsg.), *Smart World – Smart Law? Weltweite Netze mit regionaler Regulierung*, Tagungsband Herbstakademie 2016, Edewecht 2016, S. 867 ff.
- KARAGIANNI ANGELIKI/SCHWINDT JÜRGEN PAUL/TSOUPAROPOULOU CHRISTINA, *Materialität*, in: Meier Thomas/Ott Michael R./Sauer Rebecca (Hrsg.), *Materiale Textkulturen: Konzepte – Materialien – Praktiken*, Berlin/New York 2015, S. 33 ff.
- KARAVAS VAIOS, *Das Computer-Grundrecht: Persönlichkeitsschutz unter informationstechnischen Bedingungen*, in: Keller Stefan/Wiprächtiger Stefan (Hrsg.), *Recht zwischen Dogmatik und Theorie: Marc Amstutz zum 50. Geburtstag*, Zürich/St. Gallen 2012, S. 99 ff. (zit. KARAVAS, *Das Computer-Grundrecht*)

- DERS., Governance of virtual worlds and the quest for a digital constitution, in: Graber Christoph Beat/Burri-Nenova Mira (Hrsg.), Governance of Digital Game Environments and Cultural Diversity: Transdisciplinary Enquiries, Cheltenham/Northampton, MA 2010, S. 153 ff. (zit. KARAVAS, Governance of virtual worlds)
- DERS., Digitale Grundrechte: Elemente einer Verfassung des Informationsflusses im Internet, Baden-Baden 2007 – zugl. Diss., Frankfurt a. M. 2006
- KATSOS CHARALAMPOS, Nachhaltiger Schutz des kulturellen Erbes: Zur ökologischen Dimension des Kulturgüterschutzes, Baden-Baden 2011 – zugl. Diss., FU Berlin 2010
- KATZ MARK, Capturing Sound: How Technology Has Changed Music, London 2004
- KEIM MELANIE, Wer schreibt eigentlich für Wikipedia? Vor allem Männer. Das soll sich ändern, NZZ, 08.02.2019
- KELLER ALICE, Finanzierungsmodelle für Open-Access-Zeitschriften, BIBLIOTHEK – Forschung und Praxis 2017, S. 22 ff.
- KERSTEN JENS, Schwarmdemokratie. Der digitale Wandel des liberalen Verfassungsstaats, Tübingen 2017 (zit. KERSTEN, Schwarmdemokratie)
- DERS., Die Konsistenz des Menschlichen. Post- und transhumane Dimensionen des Autonomieverständnisses, in: Bumke Christian/Röthel Anne (Hrsg.), Autonomie im Recht: Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff, Tübingen 2017, S. 315 ff.
- KLAFKI ANIKA/WÜRKERT FELIX/WINTER TINA (Hrsg.), Digitalisierung und Recht: Tagung des eingetragenen Vereins Junge Wissenschaft im Öffentlichen Recht an der Bucerius Law School am 26. November 2016, Hamburg 2017 (zit. AUTORIN, Titel, in: Klafki/Würkert/Winter)
- KLASS NADINE, Kreative Referenzkultur und Urheberrecht im globalen Wandel, UFITA 2019, S. 7 ff.
- KLIMPEL PAUL/KEIPER JÜRGEN (Hrsg.), Was bleibt? Nachhaltigkeit der Kultur in der digitalen Welt, Berlin 2013 (zit. AUTORIN, Titel, in: Klimpel/Keiper)
- KLIPPEL DIETHELM, Geistiges Eigentum, Privileg und Naturrecht in rechtshistorischer Perspektive, in: Goldhammer Michael/Grünberger Michael/Klippel Diethelm (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Verfassungsstaat: Geschichte und Theorie, Tübingen 2016, S. 31 ff.
- KLUGE ALEXANDER, Die Entsprechung einer Oase: Essay für die digitale Generation, Berlin 2013
- KNOPP MICHAEL, Fanfiction – nutzergenerierte Inhalte und das Urheberrecht, GRUR 2010, S. 28 ff.
- KOCATEPE SIBEL, All Eyes on Canada: Hat die kanadische «YouTube»-Schranke für nutzergenerierte Inhalte Vorbildqualität?, GRUR Int. 2017, S. 400 ff.
- KOLODNY LORA, Former Google CEO predicts the internet will split in two — and one part will be led by China, CNBC, 20.09.2018
- KÖNIG DOMINIK, Das einfache, unentgeltliche Nutzungsrecht für jedermann, Göttingen 2016 – zugl. Diss., Univ. Frankfurt a. M. 2015
- KRIEG HENNING, Twitter und Recht, K&R 2010, S. 73 ff.

- KRISTEVA JULIA, *Semeiotike, Recherches pour une semanalyse*, Paris 1969
- KYMLICKA WILL, *The Moral Foundations and geopolitical functions of international norms of minority rights: a European case study*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 2005, S. 209 ff.
- LADEUR KARL-HEINZ, *Die Textualität des Rechts: Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts*, Weilerswist 2016 (zit. LADEUR, *Textualität des Rechts*)
- DERS., *Kunstfreiheit und geistiges Eigentum in digitalen Netzwerken. Zur Entscheidung des BVerfG v. 31.5.2016, 1 BvR 1585/13, ZGE/IPJ* 2016, S. 447 ff. (zit. LADEUR, *Metal*)
- DERS. (Hrsg.), *Innovationsoffene Regulierung des Internet: Neues Recht für Kommunikationsnetzwerke*, Baden-Baden 2003 (zit. AUTORIN, *Titel*, in: *Ladeur, Innovationsoffene Regulierung*)
- DERS., *Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und die Veränderung der Öffentlichkeit in der Masendemo­kratie*, *AP* 1993, S. 531 ff. (zit. LADEUR, *Fragmentierung*)
- LÄPPLÉ DIETER, *Essay über den Raum: Für ein gesellschaftswissenschaftliches Raumkonzept*, in: *Häußermann Hartmut/Ipsen Detlef/Krämer-Badoni Thomas/Läpplé Dieter/Rodenstein Marianne/Siebel Walter (Hrsg.), Stadt und Raum – soziologische Analysen*, Pfaffenweiler 1991, S. 157 ff.
- LATOUR BRUNO, *Aramis oder Die Liebe zur Technik*, Tübingen 2018 (1991) (zit. LATOUR, *Aramis*)
- DERS., *Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft, Einführung in die Akteur-Netzwerk-Theorie*, Frankfurt a. M. 2007 (zit. LATOUR, *ANT*)
- DERS., *Der Berliner Schlüssel. Erkundungen eines Liebhabers der Wissenschaften*, Berlin 1996 (zit. LATOUR, *Schlüssel*)
- DERS., *Wir sind nie modern gewesen. Versuch einer symmetrischen Anthropologie*, Berlin 1995 (zit. LATOUR, *Nie modern*)
- LATOUR BRUNO/WOOLGAR STEVE, *Laboratory Life: The Construction of Scientific Facts*, Princeton, New Jersey 1986
- LEARY MARGARET A., *A Response to The Durham Statement Two Years Later*, *Law Libr. J.* 2011, S. 281 ff.
- LECHELER GEORG, *Wie Kunst das Recht beflügelt – am Beispiel von Metall auf Metall*, *Ad Legendum* 2018, S. 23 ff.
- LEGE JOACHIM, *Recht als Kulturgut: Warum der Streit zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht unfruchtbar ist*, *ARSP* 2007, S. 21 ff.
- LEISTNER MATTHIAS, *«Ende gut, alles gut» ... oder «Vorhang zu und alle Fragen offen»? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen «Pelham [Metall auf Metall]»*, *GRUR* 2019, S. 1008 ff. (zit. LEISTNER, *EuGH*)
- DERS., *Die «Metall auf Metall»-Entscheidung des BVerfG*, *GRUR* 2016, S. 772 ff.
- LENARD THOMAS M./WHITE LAWRENCE J., *Moving Music Licensing into the Digital Era: More Competition and Less Regulation*, *UCLA Entertainment L. Rev.* 2016, S. 133 ff.

- LENK HANS, *Kreative Pluralität: Anthropologische Perspektiven*, Bochum/Freiburg 2013
- LENSKI SOPHIE-CHARLOTTE, *Öffentliches Kulturrecht und Urheberrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, in: Goldhammer Michael/Grünberger Michael/Klippel Diethelm (Hrsg.), *Geistiges Eigentum im Verfassungsstaat: Geschichte und Theorie*, Tübingen 2016, S. 141 ff.
- DIES., *Öffentliches Kulturrecht: Materielle und immaterielle Kulturwerke zwischen Schutz, Förderung und Wertschöpfung*, Tübingen 2012 – zugl. Habil., LMU München 2012 (zit. LENSKI, *Öffentliches Kulturrecht*)
- LERCH KENT D., *Das Gesetz des Buches und die Medien des Rechts. Mediologie in der Jurisprudenz*, Berlin 2010
- LESSIG LAWRENCE, *Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy*, New York 2008 (zit. LESSIG, *Remix*)
- DERS., *Re-crafting a Public Domain*, Yale J. L. & Human. 2006, S. 56 ff. (zit. LESSIG, *Public Domain*)
- DERS., *Code, Version 2.0*, New York 2006 (zit. LESSIG, *Code*)
- DERS., *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York 2004 (zit. LESSIG, *Free Culture*)
- DERS., *Keynote Address: Commons and Code*, Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 1999, S. 405 ff. (zit. LESSIG, *Commons*)
- LINCOFF BENNETT, *Common Sense, Accommodation and Sound Policy for the Digital Music Marketplace*, Journal of International Media & Entertainment Law 2008, S. 1 ff.
- LOBE ADRIAN, *Twitter-Gewitter*, SZ, 25.01.2019, S. 11 (zit. LOBE, *Twitter-Gewitter*)
- DERS., *Gefährliche Geberlaune*, SZ, 18.02.2019, S. 23
- LOEWENHEIM ULRICH (Hrsg.), *Handbuch des Urheberrechts*, 2. Auflage, München 2010 (zit. BEARBEITERIN, *Titel*, in: Loewenheim)
- LÖHR ISABELLE/REHLING ANDREA (Hrsg.), *Global Commons im 20. Jahrhundert: Entwürfe für eine globale Welt*, München 2014 (zit. AUTORIN, *Titel*, in: Löhr/Rehling)
- LOUGHLAN PATRICIA, *Pirates, Parasites, Reapers, Sowers, Fruits, Foxes ... The Metaphors of Intellectual Property*, Sydney Law Review 2006, S. 211 ff.
- LÖW MARTINA, *Raumsoziologie*, Frankfurt a. M. 2001
- LUCH ANIKA D./SCHULZ SÖNKE E., *Das Recht auf Internet als Grundlage der Online-Grundrechte*, Kiel 2013 (zit. LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*)
- LUHMANN NIKLAS, *Die Realität der Massenmedien*, Opladen 1996 (zit. LUHMANN, *Realität der Massenmedien*)
- DERS., *Über «Kreativität»*, in: Gumbrecht Hans-Ulrich (Hrsg.), *Kreativität – Ein verbrauchter Begriff?*, München 1988, S. 13 ff. (zit. LUHMANN, *Kreativität*)
- LUPTON DEBORAH, *Swimming or drowning in the data ocean? Thoughts on the metaphors of big data*, This Sociological Life 2013
- LÜTGE FRIEDRICH, *Geschichte der deutschen Agrarverfassung vom frühen Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert*, Stuttgart 1967

- LUTTERBECK BERND/BÄRWOLFF MATTHIAS/GEHRING ROBERT A. (Hrsg.), *Open Source Jahrbuch 2007: Zwischen freier Software und Gesellschaftsmodell*, Berlin 2007 (zit. BEARBEITERIN, Titel, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring)
- MACMILLAN FIONA, *Intellectual and Cultural Property: Between Market and Community*, Oxon/New York 2021
- MADISON MICHAEL J./FRISCHMANN BRETT M./STRANDBURG KATHERINE J., *Constructing Commons in the Cultural Environment*, *Cornell L. Rev.* 2010, S. 657 ff.
- MAGET DOMINICÉ ANTOINETTE/HAUX DARIO HENRI/GRAF FABIENNE SARAH, *Saving Content in Digital Surroundings: A Safe Solution?*, *Pólemos* 2020, S. 17 ff.
- MAIER HENRIKE, *Remixe auf Hosting-Plattformen: Eine urheberrechtliche Untersuchung filmischer Remixe zwischen grundrechtsrelevanten Schranken und Inhaltenfiltern*, Tübingen 2018 – zugl. Diss., Humboldt-Universität zu Berlin 2017/18
- MAIN DOUGLAS, *This Bot Has Written More Wikipedia Articles Than Anybody*, *Popular Science*, 14.07.2014
- MAINE HENRY SUMNER, *Village-communities in the East and West. Six lectures delivered at Oxford*, London 1871
- MALCOLMSON SCOTT, *Splinternet: How Geopolitics and Commerce Are Fragmenting the World Wide Web*, New York/London 2016
- MANCINI ANNA, *L'Obsolescence du droit d'auteur et de sa Philosophie*, Paris 2006 – zugl. Diss., Univ. Paris 2006
- MARELLA MARIA ROSARIA, *The Commons as a Legal Concept*, *Law Critique* 2017, S. 61 ff.
- MARESCH RUDOLF, *Öffentlichkeit im Netz. Ein Phantasma schreibt sich fort*, in: Münkler Stefan/Roesler Alexander (Hrsg.), *Mythos Internet*, Frankfurt a. M. 1997, S. 193 ff.
- MARZANO GILBERTO, *Conservare il digitale: Metodi, norme, tecnologia*, Muggio (MB) 2011
- MATHIS KLAUS, *Nachhaltige Entwicklung und Generationengerechtigkeit: Eine interdisziplinäre Studie aus rechtlicher, ökonomischer und philosophischer Sicht*, Tübingen 2017 – zugl. Habil., Univ. Luzern 2016
- MATTEI UGO, *Il Benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015 (zit. MATTEI, *Benicomunismo*)
- DERS., *Beni Comuni: Un manifesto*, 1. Auflage, Bari 2011 (zit. MATTEI, *Manifesto*)
- DERS., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, *The American Journal of Comparative Law* 1997, S. 5 ff. (zit. MATTEI, *Three Patterns of Law*)
- MATTHIAS ANDREAS, *Automaten als Träger von Rechten: Plädoyer für eine Gesetzesänderung*, Berlin 2008
- MAUSS MARCEL, *Die Gabe, Form und Funktion des Austauschs in archaischen Gesellschaften*, Frankfurt a. M. 1968
- MCDANIEL KATHERINE L., *Accounting for Taste: An Analysis of Tax-and-Reward Alternative Compensation Schemes*, *Tul. J. Tech. & Intell. Prop.* 2007, S. 235 ff.

- MCGOWAN DAVID, Legal Implications of Open-Source Software, University of Illinois L. Rev. 2001, S. 241 ff.
- MECK GEORG/WEIGUNY BETTINA, Disruption, Baby, Disruption! Eine gute Idee zerlegt ganze Branchen. Das Wort dafür heißt Disruption. Daran können sich Manager besoffen reden, FAZ (Sonntagszeitung), 27.12.2015, S. 21
- MENKE CHRISTOPH, Kritik der Rechte, Berlin 2015
- MERCHANT BRIAN, The Poem That Passed the Turing Test, Motherboard, 05.02.2015
- MERTON ROBERT K., The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations, Chicago/London 1979
- MEYER-LUCHT ROBIN, Markt- oder Allmendewirtschaft: Worum es bei der Kulturfltrate eigentlich geht, in: Krone Jan (Hrsg.), Medienwandel kompakt 2008–2010: Schlaglichter der Veränderung in Medienökonomie, -politik, -recht und Journalismus – ausgewählte Netzveröffentlichungen, Baden-Baden 2011, S. 250 ff.
- MICHALIK JOANNA, Lösungsansätze für das Urheberrecht in der digitalen Musikwelt, Zürich 2013 – zugl. Diss., Univ. Zürich 2013
- MISOCH SABINA, *Second Life: game or play?* Sociological analysis of avatar diversity in *Second Life*, in: Graber Christoph Beat/Burri-Nenova Mira (Hrsg.), Governance of Digital Game Environments and Cultural Diversity: Transdisciplinary Enquiries, Cheltenham/Northampton, MA 2010, S. 135 ff.
- MÖLLER ULRICH, Die Unübertragbarkeit des Urheberrechts in Deutschland: Eine überschüssende Reaktion auf Savignys subjektives Recht, Berlin 2007 – zugl. Diss., Humboldt-Universität zu Berlin 2005
- MÖLLERS CHRISTOPH, Globalisierte Jurisprudenz: Einflüsse relativierter Nationalstaatlichkeit auf das Konzept des Rechts und die Funktion seiner Theorie, ARSP 2000, S. 41 ff.
- MOOHR GERALDINE S., The Crime of Copyright Infringement: An Inquiry Based on Morality, Harm, and Criminal Theory, B.U. L. Rev. 2003, S. 731 ff.
- MORLOK MARTIN (Hrsg.), Soziologie der Verfassung, Tübingen 2014 (zit. AUTORIN, Titel, in: Morlok)
- MORTON TIMOTHY, Hyperobjects, Philosophy and Ecology after the End of the World, Minneapolis/London 2013
- MOSCO VINCENT, Becoming Digital: Toward a Post-Internet Society, Bingley 2017
- MÜHLICHEN ANDREAS, Privatheit im Zeitalter vernetzter Systeme: Eine empirische Studie, Opladen/Berlin/Toronto 2018 – zugl. Diss., Rheinische Friedrich-Wilhelms-Univ. Bonn 2017
- MÜLLER ANDRÉ, Der Anti-Musk, der die Dinge sprechen lässt, NZZ, 21.03.2017 (zit. MÜLLER, Anti-Musk)
- MÜLLER NILS, Analoge und digitale Räume gestalten, Teil 2: Vier Dimensionen des sozialen Raums, 05.07.2015 (zit. MÜLLER, Vier Dimensionen)
- DERS., Analoge und digitale Räume gestalten, Teil 1: Was ist Raum?, 17.06.2015 (zit. MÜLLER, Raum)

- MÜLLER STEFAN, Festlegung und Inkasso von Vergütungen für die private Vervielfältigung auf der Grundlage des Zweiten Korbs, ZUM 2007, S. 777 ff. (zit. MÜLLER, Zweiter Korb)
- NASSEHI ARMIN, Muster: Theorie der digitalen Gesellschaft, München 2019
- NATIONAL RESEARCH COUNCIL, The Drama of the Commons, Washington, DC 2002 (zit. Autorin, Titel, in: NRC – Drama)
- DIES., The Internet’s Coming of Age, Washington, DC 2001 (zit. NRC – Coming of Age)
- NETTING ROBERT MCC., Balancing on an Alp: Ecological Change and Continuity in a Swiss Mountain Community, Cambridge 1981
- NIEDERALT STEPHANIE, Recht und Zugang – Die Perspektive der Museen, RuZ 2020, S. 47 ff.
- NIELSON ERIK/DENNIS ANDREA L., Rap on Trial: Race, Lyrics, and Guilt in America, New York 2019
- NORER ROLAND, Kurzgutachten: Bundesgesetz über die landwirtschaftliche Pacht (LPG); Anwendungsbereich bei Korporationen, Teilsamen und Alpengossenschaften, Luzern 2015
- NOSTHOFF ANNA-VERENA/MASCHEWSKI FELIX, Das Wissen der Welt, demokratisch sortiert, NZZ, Feuilleton, 11.04.2019, S. 37
- NUSS SABINE, Copyright & Copyriot: Aneignungskonflikte um geistiges Eigentum im informationellen Kapitalismus, Münster 2006 – zugl. Diss., FU Berlin 2005
- NWAGWU WILLIAMS E./AHMED ALLAM, Building open access in Africa, IJTM 2009, S. 82 ff.
- OHLY ANSGAR, Hip Hop und die Zukunft der «freien Benutzung» im EU-Urheberrecht: Anmerkungen zum Vorlagebeschluss des BGH «Metall auf Metall III», GRUR 2017, S. 964 ff. (zit. OHLY, Hip-Hop)
- DERS., Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet: Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 – Vorschaubilder II, GRUR 2012, S. 983 ff. (zit. OHLY, Vorschaubilder)
- DERS., Geistiges Eigentum?, JZ 2003, S. 545 ff.
- OHLY ANSGAR/BODEWIG THEO/DREIER THOMAS/GÖTTING HORST-PETER/HAEDICKE MAXIMILIAN/LEHMANN MICHAEL (Hrsg.), Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts: Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, München 2005 (zit. AUTORIN, Titel, in: FS Schrickler)
- ÖHMAN CARL/AGGARWAL NIKITA, What if Facebook goes down? Ethical and legal considerations for the demise of big tech, Internet Policy Review 2020, S. 1 ff.
- ORTLAND EBERHARD, Urheberrecht als ästhetisches Regime, in: Kroeger Odin/Friesinger Günther/Lohberger Paul/Ortland Eberhard (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Originalität: Zur Politik der Wissens- und Kulturproduktion, Wien/Berlin 2011, S. 77 ff.
- OSTROM ELINOR, Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems, AER 2010, S. 641 ff. (zit. OSTROM, Beyond markets and states)

- DIES., Reformulating the Commons, SPSR 2000, S. 29 ff. (zit. OSTROM, Reformulating)
- DIES., Die Verfassung der Allmende: jenseits von Staat und Markt, Tübingen 1999 (zit. OSTROM, Die Verfassung)
- DIES., Coping with tragedies of the commons, *Annu. Rev. Polit. Sci.* 1999, S. 493 ff. (zit. OSTROM, Coping with tragedies)
- DIES., A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action: Presidential Address, APSA 1998, S. 1 ff. (zit. OSTROM, Behavioral Approach)
- OSTROM ELINOR/BASURTO XAVIER, Crafting analytical tools to study institutional change, JOIE 2010, S. 317 ff.
- O. V., Lexikon des Mittelalters, Band 1, Aachen bis Bettelordenskirchen, München 2002 (zit. Lexikon des Mittelalters, Bd. I)
- PAAL BORIS P./HENNEMANN MORITZ, Schutz von Urheberrechten im Internet: ACTA, Warnhinweismodell und Europarecht, MMR 2012, S. 288 ff.
- PARISER ELI, The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding From You, New York 2011
- PÄRLI KURT, Neue Formen der Arbeitsorganisation: Internet-Plattformen als Arbeitgeber, ARV 2016, S. 243 ff.
- PASQUALE FRANK, Copyright in an Era of Information Overload: Toward the Privileging of Categorizers, *Vand. L. Rev.* 2007, S. 135 ff.
- PASQUINELLI MATTEO, Animal Spirits: A Bestiary of the Commons, Rotterdam 2008
- PEIFER KARL-NIKOLAUS, Anpassungsbedarf durch die neue Urheberrechtsrichtlinie: Das neue Urhebervertragsrecht und die Verlegerbeteiligung, GRUR 2020, S. 14 ff. (zit. PEIFER, Urheberrechtsrichtlinie)
- DERS., Das Recht auf Vergessenwerden – ein neuer Klassiker vom Karlsruher Schlossplatz – Zugleich Besprechung von BVerfG «Recht auf Vergessen I und II», GRUR 2020, S. 34 ff. (zit. PEIFER, Vergessenwerden)
- DERS., Selbstbestimmung im digitalen Netz – Privatkopie, Flatrate und Fair Use, ZUM 2014, S. 86 ff. (zit. PEIFER, Selbstbestimmung)
- DERS., The Return of the Commons – Copyright History as a Helpful Source?, IIC 2008, S. 679 ff. (zit. PEIFER, Commons)
- DERS., Individualität im Zivilrecht: Der Schutz persönlicher, gegenständlicher und wettbewerblcher Individualität im Persönlichkeitsrecht, Immaterialgüterrecht und Recht der Unternehmen, Tübingen 2001 – zugl. Habil., Univ. Kiel 2000
- PERRY IMANI, Prophets of the Hood: Politics and Poetics in Hip Hop, Durham/London 2004
- PEUKER ENRICO, Verfassungswandel durch Digitalisierung: Digitale Souveränität als verfassungsrechtliches Leitbild, Tübingen 2020 – zugl. Habil., Humboldt-Univ. zu Berlin 2019
- PEUKERT ALEXANDER, Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, Tübingen 2018 (zit. PEUKERT, Kritik)
- DERS., Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-B 2014, S. 77 ff.

- DERS., Die Gemeinfreiheit – Begriff, Funktion, Dogmatik, Tübingen 2012 (zit. PEUKERT, Gemeinfreiheit)
- DERS., A Bipolar Copyright System for the Digital Network Environment, *Hastings Comm. & Ent. L. J.* 2005, S. 1 ff. (zit. PEUKERT, Bipolar System)
- PFLÜGER THOMAS/ERTMANN DIETMAR, E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, *ZUM* 2004, S. 436 ff.
- PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS ANDREAS, *Flesh of the Law: Material Legal Metaphors*, *J. L. and Soc.* 2016, S. 45 ff. (zit. PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *Flesh*)
- DERS., *Spatial Justice: Body, Lawspace, Atmosphere*, Abingdon, Oxon/New York 2015 (zit. PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *Spatial Justice*)
- PICHLER DORIS, *Law as Literature: The Interdisciplinary Endeavour of Oudropo., and Their Interdisciplinary Play with Text*, *Pólemos* 2020, S. 163 ff. (zit. PICHLER, *Oudropo*)
- DIES., *Der literaturwissenschaftliche Textbegriff als interdisziplinärer Transferbegriff*, *Textpraxis* 2019, S. 1 ff.
- PIRAS GABRIELLE, *Virtuelles Hausrecht? Kritik am Versuch der Beschränkung der Internetfreiheit*, Tübingen 2016 – zugl. Diss., Univ. Potsdam 2015
- PODSZUN RUPPRECHT, *Sampling kann auch ohne Lizenz des Tonträgerherstellers erlaubt sein*, *GWR* 2016, S. 256 ff.
- POIER-BERNHARD ASTRID, *Texte nach Bauplan. Studien zur zeitgenössischen ludisch-methodischen Literatur in Frankreich und Italien*, Heidelberg 2012
- POON JUSTINE/HAUX DARIO HENRI, *Rethinking the Law: Discussing Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos' Spatial Approach to the Law*, *cognitio* 2021, S. 1 ff.
- PORODOU CAMILLE (Hrsg.), *OUvroid de DRoit POTentiel: Anthologie 2013–2017*, Paris 2017 (zit. AUTORIN, Titel, in: Porodou)
- PÖSSEL MARKUS, *Wikipedia-Revolution: Die online Enzyklopädie wirbt um junge Wissenschaftler*, *FAZ*, 14.10.2018
- POTTAGE ALAIN/SHERMAN BRAD, *Figures of Invention: A History of Modern Patent Law*, New York 2010
- PÖTZLBERGER FLORIAN, *Kreatives Remixing: Musik im Spannungsfeld von Urheberrecht und Kunstfreiheit*, Baden-Baden 2018 – zugl. Diss., Univ. Frankfurt a. M. 2018
- DERS., *Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts*, *GRUR* 2018, S. 675 ff. (zit. PÖTZLBERGER, *Pastiche*)
- PRIEST ERIC, *Copyright and the Harvard Open Access Mandate*, *NJTIP* 2012, S. 377 ff.
- PRIOR NICK, *Putting a Glitch in the Field: Bourdieu, Actor Network Theory and Contemporary Music*, *Cultural Sociology* 2008, S. 301 ff.
- PSCHEIDA DANIELA, *Das Wikipedia-Universum: Wie das Internet unsere Wissenskultur verändert*, Bielefeld 2010 – zugl. Diss., Martin-Luther-Univ. Halle-Wittenberg 2009
- QUARTA ALESSANDRA, *Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa*, *Questione Giustizia* 2017, S. 72 ff.

- QUARTA ALESSANDRA/SPANÒ MICHELE (Hrsg.), *Beni Comuni 2.0: contro-egemonia e nuove istituzioni. Eterotopie*, Milano/Udine 2016 (zit. AUTORIN, Titel, in: Quarta/ Spanò)
- QUINN EITHNE, *Lost in translation? Rap music and racial bias in the courtroom*, 04.10.2018, [Policy@Manchester Blogs](mailto:Policy@Manchester Blogs)
- DIES., *Nuthin' but a «G» Thang: The Culture and Commerce of Gangsta Rap*, New York 2005 (zit. QUINN, *Culture and Commerce*)
- RACK FABIAN, *Nie mehr Streit um Melodien?*, [iRights.info](http://iRights.info), 20.02.2020
- RADEMACHER TIMO, *Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?*, *JZ* 2019, S. 702 ff.
- RAU JAN PHILIPP/STIER SEBASTIAN, *Die Echokammer-Hypothese: Fragmentierung der Öffentlichkeit und politische Polarisierung durch digitale Medien?*, *ZfVP* 2019, S. 399 ff.
- RAYMOND ERIC STEVEN, *Goodbye, «free software»; hello, «open source»*, Eric S. Raymond's Home Page, 16.06.2007
- DERS., *The Cathedral and the Bazaar: Musings on Linux and Open Source by an Accidental Revolutionary*, überarbeitete Version, Sebastopol, CA 2001 (zit. RAYMOND, *Cathedral*)
- REHBINDER MANFRED (Hrsg.), *Vom homo oeconomicus zum homo reciprocans? Auf der Suche nach einem neuen Menschenbild als Erklärungsmuster für Recht, Wirtschaft und Kultur*, Bern 2012
- REIBMANN WOLFGANG/KLASS NADINE/HOFFMANN DAGMAR, *Fan Fiction, Urheberrecht und Empirical Legal Studies*, *POP. Kultur und Kritik* 2017, S. 156 ff.
- RIETHMÜLLER ALBRECHT, *Ferruccio Busonis Poetik*, Mainz 1988
- RIGAMONTI CYRILL P., *Walter Benjamin und das Urheberrecht. Zur Unterscheidung zwischen Original und Kopie*, *KWZ* 2019, S. 91 ff.
- RINDERLE PETER, *Die Dramen der Allmende: Ein Plädoyer für eine polyzentrische Organisation der Bereitstellung, Verteilung und Schonung von konsumrivalisierenden Gemeingütern*, *Zeitschrift für Politik* 2013, S. 4 ff.
- RODEWALD RAIMUND, *Die Suonen des Wallis: Regelungssystem und Nachhaltigkeit, gestern und heute*, Lausanne 2012
- RODRIQUEZ JASON, *Color-Blind Ideology and the Cultural Appropriation of Hip-Hop*, *Journal of Contemporary Ethnography* 2006, S. 645 ff.
- ROPOHL GÜNTER, *Allgemeine Technologie: Eine Systemtheorie der Technik*, 3. überarbeitete Auflage, Karlsruhe 2009 (1978) – zugl. *Habil.*, Univ. Karlsruhe 1978
- ROSE CAROL M., *Ostrom and the lawyers: The impact of Governing the Commons on the American legal academy*, *IJC* 2011, S. 28 ff. (zit. ROSE, *Ostrom*)
- DIES., *The Several Futures of Property: Of Cyberspace and Folk Tales, Emission Trades and Ecosystems*, *Minn. L. Rev.* 1998, S. 129 ff. (zit. ROSE, *Futures*)
- DIES., *The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property*, *U. Chi. L. Rev.* 1986, S. 711 ff. (zit. ROSE, *Comedy*)

- ROSE TRICIA, *The Hip Hop Wars: What We Talk About When We Talk About Hip Hop – and Why It Matters*, New York 2008 (zit. ROSE, *Hip Hop Wars*)
- RÖSLER HANNES, *Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte – Reflexionen der U.S.-amerikanischen Rechtswissenschaft zum Urheberrecht im digitalen Zeitalter*, GRUR Int. 2005, S. 991 ff.
- ROSSA ELISABETH, *Kunstfreiheit und Eigentumsschutz im Lichte des Europarechts*, MMR 2017, S. 665 ff.
- ROBNAGEL ALEXANDER, *Weltweites Internet – globale Rechtsordnung?*, MMR 2002, S. 67 ff.
- ROBNAGEL ALEXANDER/JANDT SILKE/SCHNABEL CHRISTOPH, *Kulturfltrate – Ein verfassungsrechtlich zulässiges alternatives Modell zur Künstlervergütung?*, MMR 2010, S. 8 ff.
- ROBNAGEL ALEXANDER/JANDT SILKE/SCHNABEL CHRISTOPH/YLINIVA-HOFFMANN ANNE, *Die Zulässigkeit einer Kulturfltrate nach nationalem und europäischem Recht: Kurzgutachten*, Saarbrücken/Kassel 2009 (zit. ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, *Kulturfltrate*)
- RÖTHEL ANNE, *Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft: Besichtigung eines Ideals*, in: Vieweg Klaus (Hrsg.), *Festgabe Institut für Recht und Technik*, Köln 2018, S. 213 ff.
- ROYAL CINDY/KAPILA DEEPINA, *What’s on Wikipedia, and What’s Not ...? Assessing Completeness of Information*, SSCR 2009, S. 138 ff.
- RUNGE PHILIPP, *Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test*, GRUR Int. 2007, S. 130 ff.
- RUSE-KHAN HENNING/KLASS NADINE/VON LEWINSKI SILKE (Hrsg.), *Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts: Aktuelle Probleme des Web 2.0*, Berlin/Heidelberg 2010 (zit. AUTORIN, *Titel*, in: Ruse-Khan/Klass/v. Lewinski)
- RUSS CHRISTIAN, *Freier Zugriff auf wissenschaftliche Beiträge?*, ZRP 2004, S. 247 ff.
- RYMAJDO KAMILA, *Drill Lyrics Are Being Used Against Young Black Men in Court*, Vice, 24.08.2020
- SALAGEAN EMIL, *Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht*, Baden-Baden 2008 – zugl. Diss., Univ. Zürich 2007
- SANDBOTHE MIKE, *Hypertextualität im World Wide Web*
- SANIO SABINE, *Sample Acts*, positionen 2008, S. 12 ff.
- SASSEN SASKIA, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, New Jersey 2006
- SCHACHERREITER JUDITH, *Vom Gemeingut zu Eigentum und Ware: Eine Gegenüberstellung rechtlicher Grundstrukturen der historischen Gemeingüter und des modernen Eigentums*, Juridikum 2012, S. 205 ff.
- SCHAEFFER MARITZA, *Contemporary Issues in the Visual Art Realm: How Useful are Creative Commons Licenses?*, J. L. & Pol’y 2008, S. 359 ff.

- SCHEUFEN MARC, Copyright Versus Open Access: On the Organisation and International Political Economy of Access to Scientific Knowledge, Cham u. a. 2015
- SCHLAGER EDELLA/OSTROM ELINOR, Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis, Land Econ. 1992, S. 249 ff.
- SCHLÄPPI DANIEL/GRUBER MALTE-CHRISTIAN (Hrsg.), Von der Allmende zur Share Economy: Gemeinbesitz und kollektive Ressourcen in historischer und rechtlicher Perspektive, Berlin 2018 (zit. AUTORIN, Titel, in: Schläppi/Gruber)
- SCHLINGLOFF JOCHEN, Das Urheberpersönlichkeitsrecht im Spannungsfeld von Kunstfreiheit und politischer Betätigungsfreiheit, GRUR 2017, S. 572 ff.
- SCHLOSS JOSEPH GLENN, Making Beats. The Art of Sample-Based Hip-Hop, Middletown/CT 2004
- SCHMIDT CHRISTIAN, Die zwei Paradoxien des geistigen Eigentums, DZPhil 2004, S. 755 ff.
- SCHMIDT JAN, Social Software: Onlinegestütztes Informations-, Identitäts- und Beziehungsmanagement, Forschungsjournal Neue Soziale Bewegungen 2006, S. 37 ff. (zit. SCHMIDT, Social Software)
- DERS., Der virtuelle lokale Raum: zur Institutionalisierung lokalbezogener Online-Nutzungsepisoden, München 2005 – zugl. Diss., Univ. Bamberg 2004 (zit. SCHMIDT, Virtuell lokaler Raum)
- SCHMIDT-GABAIN FLORIAN, Der Sampling-Entscheid des Europäischen Gerichtshofs: Wie gewonnen, so zerronnen, sic! 2019, S. 710 ff.
- SCHNEIDER CHRISTINE, Innovationen der Technik und Reaktionen des Rechts am Beispiel des Internets 1990–2011, in: Vieweg Klaus (Hrsg.), Festgabe Institut für Recht und Technik, Köln 2018, S. 5 ff.
- SCHONHOFEN SVEN, Sechs Urteile über zwei Sekunden, und kein Ende in Sicht: Die «Sampling»-Entscheidung des BVerfG, GRUR-Prax. 2016, S. 277 ff.
- SCHÖRGENHUMER MARIA, Wie bewohnt man virtuelle Räume? Mit der Philosophie des Wohnens zu einer Phänomenologie des virtuellen Raums, Nordhausen 2011 – zugl. Diss., Univ. Wien 2011
- SCHROER MARKUS, Räume, Orte, Grenzen: Auf dem Weg zu einer Soziologie des Raums, Frankfurt a. M. 2006
- DERS., «Bringing Space back in» – Zur Relevanz des Raums als soziologischer Kategorie, in: Döring Jörg/Thielmann Tristan (Hrsg.), Spatial Turn: Das Raumparadigma in den Kultur- und Sozialwissenschaften, Bielefeld 2009, S. 125 ff. (zit. SCHROER, Relevanz des Raums)
- SCHRÖR SIMON, Die Auswirkungen rechtlicher Unsicherheit auf Produktionskonventionen in der Low-Budget Musikindustrie, Organized Creativity Discussion Paper 2019
- SCHULZ SÖNKE E., Informations- und Kommunikationstechnologie als Grundversorgung, DuD 2010, S. 698 ff.
- SCHULZ-SCHAEFFER INGO, Akteur-Netzwerk-Theorie: zur Koevolution von Gesellschaft, Natur und Technik, in: Weyer Johannes (Hrsg.), Soziale Netzwerke: Konzepte und Methoden der sozialwissenschaftlichen Netzwerkforschung, München 2000, S. 187 ff.

- SCHULZE GERNOT, Die freie Benutzung im Lichte des EuGH-Urteils «Pelham», GRUR 2020, S. 128 ff.
- SCHWEIGER WOLFGANG/QUIRING OLIVER, User-Generated Content auf massenmedialen Websites: eine Spielart der Interaktivität oder etwas völlig anderes?, in: Friedrichsen Mike (Hrsg.), Neue Technik, neue Medien, neue Gesellschaft? Ökonomische Herausforderungen der Onlinekommunikation, München 2007, S. 97 ff.
- SCHWEIZER MARK, Kelly vs. Arriba: Zur Zulässigkeit von Thumbnails und Inlinelinks nach US- und Schweizer Recht, sic! 2003, S. 249 ff.
- SCHWEIZER RAINER J./BURKERT HERBERT/GASSER URS (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002 (zit. AUTORIN, Titel, in: FS Druey)
- SCOTT CHERAINE DONALEA, Policing Black sound: performing UK Grime and Rap music under routinised surveillance, Soundings: A journal of politics and culture 2020, S. 55 ff.
- SENN MARCEL, Recht und Kultur – ein dialektisches Verhältnis, in: Senn Marcel/Puskás Dániel (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft: Kongress der Schweizerischen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie, 15. und 16. Juni 2007 (Universität Zürich), ARSP–B, Stuttgart 2008, S. 13 ff.
- SIEFERLE ROLF PETER, Wie tragisch war die Allmende?, GAIA 1998, S. 304 ff.
- SIEGLERSCHMIDT JÖRN/OHLY H. PETER (Hrsg.), Wissenspeicher in digitalen Räumen: Nachhaltigkeit, Verfügbarkeit, semantische Interoperabilität, Konstanz 2008 (zit. AUTORIN, Titel, in: Sieglerschmidt/Ohly)
- SIEGRIST HANNES, Die Regulierung kultureller Beziehungen im Zeitalter des geistigen Eigentums, in: Goldhammer Michael/Grünberger Michael/Klippel Diethelm (Hrsg.), Geistiges Eigentum im Verfassungsstaat: Geschichte und Theorie, Tübingen 2016, S. 59 ff.
- SIEHR ANGELIKA, Das Recht am öffentlichen Raum: Theorie des öffentlichen Raumes und die räumliche Dimension von Freiheit, Tübingen 2016 – zugl. Habil., Univ. Berlin 2011
- SIEMAN, JOHN S., Using the Implied License to Inject Common Sense into Digital Copyright, N.C. L. Rev. 2007, S. 885 ff.
- SIETMANN RICHARD, NRW startet «Digital Peer Publishing»-Initiative, heise online, 30.09.2004
- SIEVERS BAHNE C., Die Freiheit der Kunst durch Eigentum: Das Urheberrecht zwischen Persönlichkeits- und Eigentumsrecht und die Verarbeitung des Neuen, Baden-Baden 2010 – zugl. Diss., Univ. Hamburg 2009
- SILVA GLAUCIA PERES, Produktivität der Musikkulturen?, in: Schwetter Holger/Neubauer Hendrik/Mathai Dennis (Hrsg.), Die Produktivität von Musikkulturen, Wiesbaden 2018, S. 13 ff.
- SIMONITE TOM, The Decline of Wikipedia, MIT Technology Review, 22.10.2013
- SINGH KATAR, Managing Common Pool Resources: Principles and Case Studies, Delhi 1994
- SMITH GRAHAM, Democratic Innovation: Designing institutions for citizen participation, Cambridge/New York 2009

- SOSNITZA OLAF, Google Book Search, Creative Commons und Open Access – Neue Formen der Wissensvermittlung in der digitalen Welt?, RW 2010, S. 225 ff.
- SPACEK DIRK, Personalisierte Medien und Unterhaltung, sic! 2018, S. 377 ff.
- SPINDLER GERALD, Rechtliche und Ökonomische Machbarkeit einer Kulturflatrate – Gutachten erstellt im Auftrag der Bundestagsfraktion «Bündnis 90/DIE GRÜNEN», Göttingen 2013 (zit. SPINDLER, Kulturflatrate)
- DERS., Urheberrecht und Wissens- und Informationsgesellschaft – zwei unversöhnliche Welten?, in: Rüßmann Helmut (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Käfer, Saarbrücken 2009, S. 341 ff. (zit. SPINDLER, in: FS Käfer)
- DERS. (Hrsg.), Rechtliche Rahmenbedingungen von Open Access-Publikationen, Göttingen 2006 (zit. AUTORIN, Titel, in: Spindler – OA)
- DERS., Rechtsfragen der Open Source Software: Studie im Auftrag des Verbandes der Softwareindustrie Deutschlands e. V. (VSI), Köln 2003 (zit. SPINDLER, VSI)
- SPRECHER THOMAS, Recht und Literatur: Eine Bibliographie für Leser, Frankfurt a. M. 2011
- SPRENGER GERHARD, Recht als Kulturerscheinung, ARSP–B 1991, S. 134 ff.
- STALDER FELIX, Kultur der Digitalität, Berlin 2017 (zit. STALDER, Digitalität)
- DERS., Digitale Solidarität, Berlin 2014 (zit. STALDER, Solidarität)
- DERS., Nachahmung, Transformation und Autorfunktion, in: Kroeger Odin/Friesinger Günther/Lohberger Paul/Ortland Eberhard (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Originalität: Zur Politik der Wissens- und Kulturproduktion, Wien/Berlin 2011, S. 19 ff. (zit. STALDER, Nachahmung)
- STALLMAN RICHARD M., Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman, herausgegeben von Gay Joshua, Boston, MA 2002
- STEGBAUER CHRISTIAN, Wikipedia. Das Rätsel der Kooperation, Wiesbaden 2009
- STEINHAUER ERIC W., Das Recht auf Sichtbarkeit: Überlegungen zu Open Access und Wissenschaftsfreiheit, Münster 2010
- STEWART ALEXANDER, «Been caught stealing»: a Musicologist’s perspective on unlicensed sampling disputes, UMKC L. Rev., S. 339 ff.
- STIEPER MALTE, Reformistischer Aufbruch nach Luxemburg, GRUR 2017, S. 1209 ff. (zit. STIEPER, Reform)
- DERS., Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2016 – 1 BvR 1585/13, ZUM 2016, S. 637 ff.
- DERS., Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, AfP 2015, S. 301 ff. (zit. STIEPER, Fan Fiction)
- SUBER PETER, Open Access, Cambridge, MA/London 2012
- SUCKER REINHARD, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, Tübingen 2014
- SULLIVAN ANN MARIE, Cultural Heritage & New Media: A Future for the Past, 15 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 2016, S. 604 ff.
- SUMMERER CLAUDIA, «Illegale Fans». Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Fan Art, Berlin/Boston 2015 – zugl. Diss., Univ. Köln 2014

- SUNDARA RAJAN MIRA T., *Moral Rights: Principles, Practice and New Technology*, New York 2011
- SUNDARARAJAN ARUN, *The Sharing Economy. The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, Cambridge, MA 2016
- SUNSTEIN CASS R., *Echo chambers: Bush v. Gore, impeachment, and beyond*, Princeton, NJ 2001
- SVENSSON MANS, *Norms in Law and Society: Towards a Definition of the Socio-legal Concept of Norms*, in: Baier Matthias (Hrsg.), *Social and Legal Norms*, London 2013, S. 39 ff.
- SWAN ALMA, *The culture of Open Access: researchers' views and responses*, in: Jacobs Neil (Hrsg.), *Open Access: Key Strategic, Technical and Economic Aspects*, Oxford 2006
- SWARTZ AARON, *Who Writes Wikipedia?*, Aaron Swartz Weblog, 04.09.2006
- TADEUSIEWICZ RYSZARD, *Die Internetgemeinschaft*, Aachen 2005
- TANTNER ANTON, *Die ersten Suchmaschinen: Adressbüros, Fragämter, Intelligenz-Comp-toirs*, Berlin 2015
- TARDE GABRIEL, *Die Gesetze der Nachahmung*, Frankfurt a. M. 2009 (1890)
- TATE GREG (Hrsg.), *Everything But the Burden: What White People Are Taking from Black Culture*, New York 2003
- TEUBNER GUNTHER, *Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten*, AcP 2018, S. 155 ff. (zit. TEUBNER, *Digitale Rechtssubjekte*)
- DERS., *Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin 2012 (zit. TEUBNER, *Verfassungsfragmente*)
- DERS., *Elektronische Agenten und grosse Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteursstatus in Recht und Politik*, in: Becchi Paolo/Graber Christoph B./Luminati Michele (Hrsg.), *Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung*, Luzern 2007, S. 1 ff. (zit. TEUBNER, *Elektronische Agenten*)
- DERS., *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2003, S. 1 ff. (zit. TEUBNER, *Globale Zivilverfassungen*)
- DERS., *Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von Private Governance Regimes*, *Rechtshistorisches Journal* 1998, S. 234 ff. (zit. TEUBNER, *Vertragswelten*)
- THOMAS SUE, *Technobiophilia: Nature and Cyberspace*, New York/London 2013
- THOUVENIN FLORENT/FRÜH ALFRED, *Zuordnung von Sachdaten: Eigentum, Besitz und Nutzung bei nicht-personenbezogenen Daten*, *Wissenschaftliche Studie im Auftrag des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (IGE)*, Zürich 2020
- TISCHBIREK ALEXANDER, *Die Verhältnismäßigkeitsprüfung: Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht*, Tübingen 2017 – zugl. Diss., Humboldt-Univ. zu Berlin 2016

- TOWSE RUTH (Hrsg.), *A Handbook of Cultural Economics*, Second Edition, Cheltenham 2011 (zit. AUTORIN, Titel, in: Towse)
- TUSHNET REBECCA, *Naming Rights: Attribution and Law*, Utah L. Rev. 2007, S. 781 ff.
- VAN DIJK JAN A. G. M., *The Deepening Divide: Inequality in the Information Society*, Thousand Oaks, London/New Delhi 2005
- VESTING THOMAS, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, Weilerswist 2015 (zit. VESTING, *Computernetzwerke*)
- DERS., *Die Medien des Rechts: Buchdruck*, Weilerswist 2013 (zit. VESTING, *Buchdruck*)
- DERS., *Die Medien des Rechts: Sprache*, Weilerswist 2011 (zit. VESTING, *Sprache*)
- VESTING THOMAS/AUGSBERG INO (Hrsg.), *Karl-Heinz Ladeur, Das Recht der Netzwerkgesellschaft: Ausgewählte Aufsätze*, Tübingen 2013 (zit. AUTORIN, Titel, in: Vesting/Augsberg)
- VISCHER MARKUS, *Zivilrechtliche Schranken der Wohnungsvermietung über Airbnb*, AJP 2017, S. 478 ff.
- VISMANN CORNELIA, *Akten. Medientechnik und Recht*, Frankfurt a. M. 2000
- VON GEHLEN DIRK, *Mashup: Lob der Kopie*, Berlin 2011
- VON LEWINSKI KAI, *Recht auf Internet*, RW 2011, S. 70 ff.
- VON SCHIRACH FERDINAND, *Jeder Mensch*, München 2021
- WAGNER KRISTINA, *Sampling als Kunstform und die Interessen der Tonträgerhersteller – Auswirkungen der BVerfG-Rechtsprechung auf die Kunstfreiheit*, MMR 2016, S. 513 ff.
- WALLACE ANDREA/EULER ELLEN, *Revisiting Access to Cultural Heritage in the Public Domain: EU and International Developments*, IIC 2020
- WATERS NEIL L., *Why You Can't Cite Wikipedia in My Class: The online encyclopedia's method of adding information risks conflating facts with popular opinion*, Communications of the ACM 2007, S. 15 ff.
- WEBER HUBERTUS, *Die urheberrechtliche Zwangslizenz*, Baden-Baden 2018 – zugl. Diss., LMU München 2015 (zit. WEBER, *Zwangslizenz*)
- WEBER STEVEN, *The Success of Open Source*, Cambridge, MA/London 2004
- WEGENER POTO, *Sound Sampling: Der Schutz von Werk- und Darbietungsteilen der Musik nach schweizerischem Urheberrechtsgesetz*, Basel 2007 – zugl. Diss., Univ. Basel 2006
- WEHAGE JAN-CHRISTOPH, *Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und seine Auswirkungen auf das Bürgerliche Recht*, Göttingen 2013 – zugl. Diss., Univ. Göttingen 2011/12
- WEINGARTNER ROLF, *MontanAqua: Wasserbewirtschaftung in Zeiten von Knappheit und globalem Wandel – Wasserbewirtschaftungsoptionen für die Region Crans-Montana-Sierre im Wallis. Forschungsbericht des Nationalen Forschungsprogramms NFP 61*, Bern 2014

- WELLER MATTHIAS/KEMLE NICOLAI/KUPRECHT KAROLINA/DREIER THOMAS (Hrsg.), *Neue Kunst – Neues Recht*, Baden-Baden 2014 (zit. AUTORIN, Titel, in: Weller/Kemle/Kuprecht/Dreier)
- WERNER DAVID/NICKL ROGER, «Verse wie Faustschläge» – Interview mit Ana Sobral und Sandro Zanetti, *UZH Magazin* 2018, S. 52 ff.
- WEYER JOHANNES, *Techniksoziologie: Genese, Gestaltung und Steuerung sozio-technischer Systeme*, München 2008
- WIELSCH DAN, *Kunst ist mehr als nur Investition: zum Sampling-Urteil des BVerfG*, Fachinformationsdienst für internationale und interdisziplinäre Rechtsforschung 2016 (zit. WIELSCH, *Kunst ist mehr*)
- DERS., *Private Governance of Knowledge: Societally-Crafted Intellectual Properties Regimes*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2013, S. 907 ff. (zit. WIELSCH, *Private Governance*)
- DERS., *Relationales Urheberrecht. Die vielen Umwelten des Urheberrechts*, *ZGE* 2013, S. 274 ff. (zit. WIELSCH, *Umwelten*)
- DERS., *Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht*, *AcP* 2013, S. 718 ff. (zit. WIELSCH, *Rechtfertigungsgebote*)
- DERS., *Die Zugangsregeln der Intermediäre: Prozeduralisierung von Schutzrechten*, *GRUR* 2011, S. 665 ff. (zit. WIELSCH, *Intermediäre*)
- DERS., *Governance of Massive Multiauthor Collaboration – Linux, Wikipedia, and Other Networks: Governed by Bilateral Contracts, Partnerships, or Something in Between?*, *JIPITEC* 2010, S. 96 ff. (zit. WIELSCH, *MMC*)
- DERS., *Die epistemische Analyse des Rechts: Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft*, *JZ* 2009, S. 67 ff. (zit. WIELSCH, *epistemische Analyse*)
- DERS., *Zugangsregeln – Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, Tübingen 2008 – zugl. *Habil.*, Univ. Frankfurt a. M. 2007 (zit. WIELSCH, *Zugangsregeln*)
- WILLER STEFAN, *Kulturelles Erbe: Tradieren und Konservieren in der Moderne*, in: Willer Stefan/Weigel Sigrid/Jussen Bernhard (Hrsg.), *Erbe: Übertragungskonzepte zwischen Natur und Kultur*, Berlin 2013, S. 160 ff.
- WILLINSKY JOHN, *The Unacknowledged Convergence of Open Source, Open Access, and Open Science*, *First Monday*, August 2005
- WINKLER GÜNTHER, *Raum und Recht: Dogmatische und theoretische Perspektiven eines empirisch-rationalen Rechtsdenkens*, Wien 1999
- WIRTH UWE, *Hypertextualität als Gegenstand einer «intermedialen Literaturwissenschaft»*, in: Erhart Walter (Hrsg.), *Grenzen der Germanistik*, Stuttgart/Weimar 2004, S. 410 ff.
- WOLTER UDO, *Postkolonialismus. Ein neues Paradigma kritischer Gesellschaftstheorie?*, in: *jour fix-initiative Berlin* (Hrsg.), *Theorie des Faschismus – Kritik der Gesellschaft*, Münster 2000, S. 92 ff.
- WOODS TANYA M., *Working Toward Spontaneous Copyright Licensing: A Simple Solution for a Complex Problem*, *Vand. J. Ent. Tech. L.* 2008, S. 1141 ff.

- WU TIM, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal of Telecommunications and High Technology Law* 2003, S. 141 ff.
- WUNDERLICH ANTONIA, *Der Philosoph im Museum, Die Ausstellung «Les Immatériaux» von Jean-François Lyotard*, Bielefeld 2008
- WÜRTEMBERGER GERT/LOSCHELDER MICHAEL, Stellungnahme der GRUR zur Verfassungsbeschwerde der P-GmbH u. a. in Sachen «Metall auf Metall» (1 BvR 1585/13), *GRUR* 2015, S. 861 ff.
- YANG HENG-LI/LAI CHENG-YU, Motivations of Wikipedia content contributors, *Human Behavior* 2010, S. 1377 ff.
- YOSHINO KENJI, *What's Past Is Prologue: Precedent in Literature and Law*, *Yale L. J.* 1994, S. 471 ff.
- YOUNG JAMES O., *Cultural Appropriation and the Arts*, MA/Oxford 2008
- ZECH HERBERT, Technizität im Patentrecht – Eine intra- und interdisziplinäre Analyse des Technikbegriffs, in: Metzger Axel (Hrsg.), *Methodenfragen des Patentrechts: Theo Bodewig zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2018, S. 137 ff. (zit. ZECH, Technizität)
- DERS., *Information als Schutzgegenstand*, Tübingen 2012 – zugl. Habil., Univ. Bayreuth 2011/2012
- ZIEGLER KATHARINA, *Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing: Urheber- und haftungsrechtliche Aspekte sozialer Netzwerke am Beispiel der Plattform Facebook*, Tübingen 2016 – zugl. Diss., Univ. Regensburg 2016
- ZIRKEL MARKUS/ALEKSIC BRANISLAV, *Open-Source-Software und Sanktionslisten-Screening*, *CR* 2016, S. 141 ff.
- ZUCKERBERG MARK, *A Privacy-Focused Vision for Social Networking*, facebook, 06.03.2019
- ZÜCKERT HARTMUT, *Allmende und Allmendaufhebung: Vergleichende Studien zum Spätmittelalter bis zu den Agrarreformen des 18./19. Jahrhunderts*, Stuttgart 2003
- ZWENGEL WOLFGANG, *Kulturflattrates: Vergütungsmechanismen für netzbasierte Nutzungen urheberrechtlicher Schutzgegenstände*, Baden-Baden 2013 – zugl. Diss., Univ. Tübingen 2012



---

# Materialienverzeichnis

- Bericht über die zentralen Rahmenbedingungen für die digitale Wirtschaft, Bericht des Bundesrats vom 11. Januar 2017, [perma.cc/M3DX-EY2N](https://perma.cc/M3DX-EY2N) (zit. BR, Digitale Wirtschaft)
- Deutsche Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), 4. Wahlperiode, Drucksache IV/270 vom 23. März 1962 (zit. BT-Drucks. IV/270)
- Deutscher Bundestag, Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/5939 vom 4. Juli 2007 (zit. BT-Drucks. 16/5939)
- Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht der 199. Sitzung, Plenarprotokoll 14/199, Berlin, Freitag, den 9. November 2001, [perma.cc/2255-ALFW](https://perma.cc/2255-ALFW) (zit. BT, 199. Sitzung)
- Herausforderungen und Gestaltung einer interessensunabhängigen Mediaforschung, Eidgenössische Medienkommission EMEK, 2016, [perma.cc/S7RD-RDQ8](https://perma.cc/S7RD-RDQ8) (zit. EMEK)
- Weltkonferenz über Kulturpolitik. Schlussbericht der von der UNESCO vom 26. Juli bis 6. August 1982 in Mexiko-Stadt veranstalteten internationalen Konferenz, Deutsche UNESCO-Kommission (Hrsg.). München 1983 (UNESCO-Konferenzberichte, Nr. 5) (zit. Schlussbericht Mexiko-Stadt)



---

# Einleitung

Mit der Unterzeichnung des Mietvertrags für die neue Wohnung erhält die Mieterin<sup>1</sup> zwei Schlüssel. Der erste ist der Berliner Schlüssel zum Betreten von Haus, Hof und Wohnung. Dieser private Rückzugsort ist mit Möbeln eingerichtet und durch die IT-Infrastruktur komplett vernetzt. Die mediale Installation erfolgte womöglich gar vor dem Mobiliar, die Einwahl in das Hausnetz vor der Begrüßung der Nachbarinnen. Der Kühlschrank weiss vom Herd und tritt mit ihm in Kontakt. Doch um zu «funktionieren», benötigen die Geräte sowie die Bewohnerin den zweiten Schlüssel, jenen zum WLAN-Hausnetz. Während der erste Schlüssel Tür und Tor zum privaten Lebensraum öffnet, ermöglicht der zweite etwas Vergleichbares. Mithilfe des WLAN-Codes öffnet sich eine Welt der medienbasierten Kommunikation, die zwischenmenschliche Beziehungen aufrechterhält und Abläufe vereinfacht. Vor diesem Hintergrund, verstärkt durch Entwicklungen wie das «Internet der Dinge» oder den zunehmenden Einsatz von «künstlicher Intelligenz», treffen analoge und digitale Welt in zahlreichen Bereichen aufeinander, etwa in der Kommunikation oder beim Kulturgenuss. Zusehends verschwimmen dabei die Grenzen.

Fernab der Wohnung bestimmen digitale Technologien ebenso den Lebensalltag. Unterwegs ist es jederzeit möglich, Videos zu schauen, Links anzuklicken, QR-Codes<sup>2</sup> zu scannen, Spiele zu spielen oder Musik zu hören. Neben diesen eher passiven Handlungen besteht die Möglichkeit zur aktiven Betätigung, etwa indem Videos und Fotos zugeschnitten, Artikel und Videos verlinkt, Spiele weiterentwickelt oder Musik heruntergeladen und bearbeitet wird. In einem zweiten Schritt werden diese Inhalte dann gespeichert, verlinkt, geteilt und präsentiert. Dieses Zusammenspiel von zahlreichen Beteiligten, täglich und in Massen, lässt digitale Kultur entstehen. In dieser Hinsicht sind die Rollenverteilung und die Form der Beteiligung nicht statisch, sondern erfolgen nach Kontext variabel. Ergänzt wird diese digital entstehende Kultur durch digitalisierte analoge Gemälde, Objekte und Gebäude, die durch neue Technologien erlebbar werden.

---

<sup>1</sup> Alle Personenbezeichnungen im folgenden Text sind geschlechtsneutral zu verstehen.

<sup>2</sup> In der vorliegenden Arbeit eingesetzt, dienen die QR-Codes als alternative Form von Nachweisen und zur Veranschaulichung der Einbettung digital-codierter Inhalte in den Lebensalltag. Bereits an dieser Stelle wird die Problematik der mitunter fehlenden digitalen Nachhaltigkeit sichtbar: Werden die Inhalte gelöscht, verliert sich die Nachweisfunktion der Codes. Siehe vertiefend zur digitalen Nachhaltigkeit Kap. 7 IV.

Es scheint, gleichsam käme es zu einer medialen Überproduktion, die nicht nur die menschliche Aufnahmefähigkeit vor Herausforderungen stellt. Gleichzeitig entwickeln sich neue Kulturpraktiken. Über die Entstehungsprozesse wird diskutiert, Beiträge werden bewertet, es wird getauscht und gehandelt, gestritten und kooperiert. Weiteren Antrieb findet dieser Umgang miteinander durch selbst gesetzte Normen und stille Einverständnisse. Diese sind zum Teil das Ergebnis von Verhandlungen der Beteiligten, werden zunehmend jedoch von nicht staatlichen, privaten Akteurinnen gesetzt. Ergänzt werden diese Regulierungsformen durch in Softwarecodes implementierte Standards.

Die Chancen dieser Entwicklung bringen indes gesellschaftliche Herausforderungen mit sich. So treffen verschiedene Normativitäten aufeinander, wobei sich Fragen der Geltung und Durchsetzung stellen. Ferner bleibt offen, wer partizipiert. Verschiedene Problemkomplexe überschneiden sich somit innerhalb eines grossen Interferenzbereichs mit diversen Arten von Rationalitäten. Inhaltliche Kollisionen lassen sich kaum vermeiden. Und doch einen die benannten Herausforderungen mehr, als es auf den ersten Blick ersichtlich sein mag. Insbesondere drei Ebenen sind sichtbar, die einer vertieften rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung unterzogen werden sollen.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich zunächst auf einer ersten Ebene mit der Frage, wer überhaupt agiert und die Praktiken somit prägt. Von wem werden die Texte geschrieben, die Bilder geschaffen und wer teilt sie? Wer ändert sie ab? Und was treibt sie an?

Auf einer zweiten Ebene wird untersucht, wie auf Herausforderungen im Immaterialgüterrecht und darüber hinaus reagiert werden kann, die damit einhergehen. Welche regulatorische Instanz ist gefragt? Welche Rolle spielen Gerichtsentseide bei der Weiterentwicklung des Rechts? Welche Bedeutung hat die private Selbstregulierung?

Der dritte Schritt geht der Frage nach, was reguliert wird. Neben einer Auseinandersetzung mit neu entstehenden kulturellen Praktiken bedarf es somit einer rechtlichen Anerkennung derselben und einer Analyse der entstehenden Kultur. Was für Inhalte entstehen durch wen? Wie ist zwischen unterschiedlichen Arten von Kultur zu unterscheiden?

Die genannten urheberrechtlichen Problemfelder werden anhand der Kulturpraktik des digitalen Musiksamplings, Grundlage des langjährigen Rechtsstreits um «Metall auf Metall», dargestellt. An dieser Stelle wird die zentrale Rolle der Beteiligten bei nicht rein ökonomisch basierten Austauschverhältnissen sowie nach-

haltigen Zugängen zu digitaler Kultur deutlich. Im Zuge dessen wird die Notwendigkeit zur Institutionalisierung eines Gesamtkonzepts erkennbar, das die genannten Aspekte aufgreift und innerhalb eines geordneten Rahmens organisiert. Materiell geht die Arbeit unter diesen Vorzeichen von der Rechtslage in Deutschland aus, findet jedoch ebenso Ankerpunkte im schweizerischen Recht und bildet gemeinsame Perspektiven im Sinne des Gesamtkonzepts der digitalen Allmende.

Diesem Ansatz entsprechend dient die Allmende, eine oft gebrauchte Metapher nachhaltig bewirtschafteter Einheiten, in ihrer traditionellen Erscheinung als Ausgangspunkt der weiteren Betrachtung und Erörterung. Obschon moderne «Wissensallmenden» wie Wikipedia bereits proklamiert werden, macht das dritte Kapitel deutlich, dass es sich hierbei in erster Linie um eine metaphorische Inanspruchnahme handelt, welche die historischen Eigenschaften nur teilweise berücksichtigt. In diese Lücke stösst die digitale Allmende, indem sie einerseits eine historische Rückbindung sicherstellt, andererseits aktuelle Entwicklungen im digitalen Bereich aufgreift und mit dem Ziel der Institutionalisierung weiterverarbeitet.

Im vierten Kapitel wird deutlich, welche entscheidende Rolle den Beteiligten zukommt. Dabei handelt es sich zunehmend um Computerprogramme, die in grosser Zahl Inhalte erstellen, verändern, tauschen und teilen. Obgleich diese von den offenen Zugängen profitieren, mangelt es an weitreichenden Pflichten, die dazu beitragen könnten, den Erhalt der Inhalte sicherzustellen. Wie im fünften Kapitel beschrieben, versuchen die Beteiligten selbst, dieses Spannungsfeld aus Freiheit und Pflichten durch die Entwicklung von verschiedenen Open-Source- und Open-Content-Lizenzen aufzulösen. Sodann wird die gesamtgesellschaftliche Dimension dieser Diskussionen deutlich. Darauf aufbauend werden im sechsten Kapitel ökonomische, politische und soziale Modelle vorgestellt, um ein vermeintlich rein urheberrechtliches Thema umfassender zu bearbeiten. Das siebte Kapitel greift die genannten Punkte vertiefend auf und verdeutlicht, dass aus der Sicht einer nachhaltigen digitalen Allmende grundlegende urheberrechtliche Konzepte erweitert werden müssen. Einerseits trifft dies zu, um die vielfältigen, bei der Entstehung von Kultur im Digitalen relevanten sozialen Praktiken und Verhältnisse sachgemäss nachvollziehen zu können. Andererseits ist es so möglich, die in traditionellen Allmenden massgebliche Bedeutung von Pflichten, Selbstregulierung sowie Vertrauen in einen normativen Rahmen der digitalen Allmende zu integrieren – und für das Urheberrecht nutzbar zu machen.



---

# Teil 1: Herausforderungen für das Urheberrecht im digitalen Zeitalter

## Kapitel 1: Digitale Kulturproduktion

Neue Technologien prägen den gesamten Lebensalltag, beeinflussen so das Entstehen von digitaler Kultur in allen Formen und haben das Aufkommen neuer digitaler Kulturpraktiken erleichtert. Deutlich wird dies insbesondere in der digitalen Produktion und Verbreitung von Musik. Die Klänge wirken nicht nur auf den Alltag und werfen durch neuartige Verwertungshandlungen urheberrechtliche Fragen auf, sondern nehmen insgesamt eine herausragende Stellung ein. Dieser bedeutenden Position entsprechend sollen digitale Musikpraktiken im Folgenden vertieft behandelt werden, um Ansätze für das Urheberrecht im digitalen Zeitalter sowie weitere Bereiche des Immaterialgüterrechts zu entwickeln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Verhältnis zwischen dem Urheberrecht und der Musik seit jeher von Spannungen geprägt ist,<sup>3</sup> die unter anderem aus unterschiedlichen Betrachtungsweisen resultieren. Während das Recht in erster Linie auf die Regelung abstrakter Lebenssachverhalte abzielt,<sup>4</sup> lebt das Entstehen der Kultur von sozialen Praktiken, die sich stets in Bewegung befinden und viele Beteiligte involvieren. In der vorliegenden Arbeit werden diese beiden Perspektiven in Beziehung gesetzt und erweitert.

### I. Ein Fall: Metall auf Metall, BVerfG, Erster Senat, 31. Mai 2016 – 1 BvR 1585/13

Zur Annäherung an die erwähnten Perspektiven dient ein Rechtsfall, der die Rechtswissenschaft vor grosse Herausforderungen stellt:<sup>5</sup> «Metall auf Metall».<sup>6</sup> Anhand der darin zugrunde liegenden Diskussion um die Praktik des digitalen Musiksamplings ist es möglich, Herausforderungen für das Urheberrecht im digi-

---

<sup>3</sup> Vgl. DÖHL, Substantially similar?, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 201 ff.

<sup>4</sup> HUBMANN/REHBINDER, § 5, S. 35.

<sup>5</sup> PODSZUN, S. 256.

<sup>6</sup> BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, BVerfGE 142, 74.

talen Zeitalter herauszuarbeiten und in einen Gesamtkontext zu setzen.<sup>7</sup> Von Beginn an wird so deutlich, dass es in diesem Fall um weitaus mehr geht, nämlich um die Fragen, wie digitale Kultur entsteht, wer mitwirkt und welche Grenzen zu beachten sind.

## 1. Digitales Musiksampling

«Metall auf Metall» handelt vom Entstehungsprozess digitaler Musik, wobei die Praktik des Samplens eine zentrale Rolle spielt. Bevor vertieft auf die einzelnen rechtlichen Aspekte eingegangen wird, sollen die dafür notwendigen Grundlagen geschaffen werden. Hierfür wird in die Funktionsweise der eingesetzten Technologie, die Motivation der Beteiligten sowie die historischen Hintergründe eingeführt.

Die für das Musiksampling erforderlichen Samples, kurze Tonsequenzen, werden in einem ersten Schritt produziert, indem Klänge eines einzelnen Instruments (sog. Einzeltonsampling) oder ganze Melodieteile (sog. Tonfolgensampling) aufgezeichnet und digitalisiert werden.<sup>8</sup> In einem zweiten Schritt können diese digital fixierten Klangsequenzen in anderen musikalischen Zusammenhängen gestaltet oder in der ursprünglichen Version verwendet werden.<sup>9</sup> Das Musiksampling findet insbesondere im Hip-Hop Anwendung<sup>10</sup> und spielt mit den Reminiszenzen an andere Werke oder Musikerinnen. In zahlreichen Fällen ist deshalb die Wiedererkennbarkeit des Originals beabsichtigt, etwa zur Respekterweisung.<sup>11</sup> Das Wiederaufgreifen von Klangsequenzen in einem neuen Werk soll eine Bindung zum

---

<sup>7</sup> Umfassend HUI, passim; zur Technik und Bedeutung juristischer Präzedenzfälle LATOUR, ANT, S. 20 f.

<sup>8</sup> SUMMERER, S. 30 f.

<sup>9</sup> SALAGEAN, S. 21; kritisch indes als «[e]ine hybride Version der Benutzung fremder Werke und Leistungen [...], die Elemente der freien Bearbeitung und des Zitats enthält, der aber die Referenz auf das «Eigene» der Bearbeitung ebenso wie die Referenz auf das Fremde des Zitats fehlen», LADEUR, Metall, S. 453; PÖTZLBERGER, S. 65 ff.; STEWART, S. 339 ff.; zur historischen Herleitung WEGENER, S. 5 ff.

<sup>10</sup> Vgl. CANARIS, S. 39 f.; KATZ, S. 137 ff.; PÖTZLBERGER, S. 66; SCHRÖR, S. 6; ungeachtet dessen finden diese Verfahren in der Pop-, Rock- und Technomusik Anwendung, HÄUSER, S. 7 ff.; WEGENER, S. 22.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 142, 74 (76); weitere Beispiele bei DÖHL, S. 11 ff.; FISCHER, Sampling, S. 176 ff.; SANIO, S. 13 ff.; SCHRÖR, S. 25 ff.; WEGENER, S. 33; kritisch zum Aspekt der Ehrerweisung SIEVERS, S. 50; vgl. dazu das Phänomen der Fan Art bei SUMMERER, passim.

Ausgangswerk oder alternativ Kritik ausdrücken. Im Idealfall setzen sich die Musikerinnen intensiv mit den fixierten Sequenzen auseinander und versuchen, die Tonausschnitte gestaltend einzusetzen. Aufgrund dieser Anwendung wird das Musiksampling als «fremdreferenzielles Komponieren» bezeichnet.<sup>12</sup> Die damit einhergehende Kontextverschiebung des Ausgangswerkes ist mithin problemlos möglich<sup>13</sup> und oft gewollt.<sup>14</sup>

Das Verfahren des Samplens ist von Praktiken wie dem Remix,<sup>15</sup> dem musikalischen Zitat<sup>16</sup> und der musikalischen Collage<sup>17</sup> abzugrenzen. Zentral ist der unterschiedliche Fokus. Während das Sampling in erster Linie die Speicherung von Klängen bezweckt, zeichnen sich die drei abweichenden Verfahren durch den Fokus auf das entstehende Endprodukt aus.<sup>18</sup> Allesamt eint indes, dass ihre Verbreitung im 21. Jahrhundert zugenommen hat. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Musiksampling seit Jahrzehnten als fester Bestandteil der Musikproduktion etabliert ist.<sup>19</sup> So experimentierte der Komponist und Schriftsteller Pierre Schaeffer bereits in den 1950er Jahren mit vergleichbaren Praktiken und entwickelte sein Konzept der *musique concrète*, wobei er mithilfe gespeicherter Klänge

<sup>12</sup> DÖHL, S. 13; zu den Anfängen BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, S. 9 ff., 47 ff.; umfassend KATZ, S. 137 ff.

<sup>13</sup> SANIO, S. 12.

<sup>14</sup> Eine zentrale Herausforderung liegt hierbei in Formen und Praktiken «kultureller Aneignung» (cultural appropriation). Dies ist insb. dann problematisch, wenn durch die Verwendung von kurzen Tonsequenzen versucht wird, sich Teile einer (benachteiligten) Musikkultur oder gar eine Identität anzueignen, ohne die dahinterstehenden Erfahrungen von Diskriminierung, Unterdrückung und Ausgrenzung zu berücksichtigen sowie die Strukturen kritisch zu hinterfragen. Siehe zu diesem zentralen Aspekt D'ANJOU, passim mit Verweisen auf PERRY, S. 9 ff.; siehe AIKINS, S. 283 ff.; RODRIQUEZ, S. 645 ff. Die Problematik geht doch weit über die Musikkultur hinaus, vgl. dazu insb. TATE, passim; YOUNG, S. 1 ff.; zu weiteren Ansätzen, etwa einem «sui-generis-Schutzrecht für traditionelle kulturelle Ausdrucksformen», ENGELSING, S. 776 ff.

<sup>15</sup> Vgl. PÖTZLBERGER, S. 77; DERS., Pastiche, S. 675 f.; SUMMERER, S. 32 ff.; WEGENER, S. 29 f.

<sup>16</sup> Umfassend BERNSTEINER, insb. S. 110 ff.; FISCHER, Sampling, S. 44, Fn. 11; WEGENER, S. 263 ff.

<sup>17</sup> HUI, S. 138 ff., 152; SALAGEAN, S. 53 ff.

<sup>18</sup> SALAGEAN, S. 53; WEGENER, S. 14.

<sup>19</sup> Vgl. FISCHER, Sampling, S. 109 ff.; überblicksartig DERS., Nur mir, S. 43 ff.; KATZ, S. 137 ff.

Musik komponierte.<sup>20</sup> Darüber hinaus ist das Grundprinzip des cut and paste in anderen kreativen Bereichen weitverbreitet und prägt die Entstehung digitaler Kultur seit Jahren.<sup>21</sup> Umso mehr überrascht es, dass es weiterhin an einer abschliessenden rechtlichen Einstufung des digitalen Musiksamplings fehlt.<sup>22</sup>

## 2. Analoge Rechtsstreitigkeiten

Dieser Herausforderung nähert sich das Urteil «Metall auf Metall» des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 31. Mai 2016<sup>23</sup> an, indem es nicht nur das digitale Musiksampling, sondern ebenfalls die Verhältnisse zwischen den Beteiligten umfassend beschreibt. Personell stehen sich in diesem Fall zwei Gründer der Band Kraftwerk<sup>24</sup> und der Frankfurter Produzent Moses Pelham gegenüber.<sup>25</sup> Kraftwerk hatte im Jahr 1977 das Stück «Metall auf Metall» komponiert und es auf dem LP-Tonträger «Kraftwerk – Trans Europa Express» veröffentlicht. Im Jahr 1997 griff Pelham als Produzent der Sängerin Sabrina Setlur während der Musikproduktion auf eine Sampledatenbank zurück. Dabei stiess er auf eine zweisekündige Klangsequenz aus dem genannten Musikstück, verlangsamte die Geschwindigkeit um fünf Prozent und fügte die Sequenz in Form einer rhythmischen Dauer-



---

<sup>20</sup> BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, S. 47; FISCHER, Sampling, S. 119; PÖTZLBERGER, S. 33–34.

<sup>21</sup> BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, S. 103.

<sup>22</sup> JÜTTE/MAIER, S. 784; siehe eine Übersicht zu nationaler und internationaler Rechtsprechung zum Musiksampling bei PÖTZLBERGER, S. 69 ff.

<sup>23</sup> BVerfGE 142, 74.

<sup>24</sup> BVerfGE 142, 74 (78).

<sup>25</sup> Verfahrensgang: LG Hamburg, Urt. v. 08.10.2004 – 308 O 90/99; OLG Hamburg, Urt. v. 07.06.2006 – 5 U 48/05 – GRUR-RR 2007, S. 3 ff.; BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06 – Metall auf Metall – MMR 2009, S. 253 ff.; OLG Hamburg, Urt. v. 17.08.2011 – 5 U 48/05 – ZUM 2011, S. 748 ff.; BGH, Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11 – Metall auf Metall II – MMR 2013, S. 464 ff.; BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13 – BVerfGE 142, 74; BVerfG, 09.01.2017 – 1 BvR 1585/13; BGH, Beschl. v. 01.06.2017 – I ZR 115/16 – GRUR 2017, S. 895 ff.; Generalanwalt beim EuGH, 12.12.2018 – C-476/17 – ZUM 2019, S. 237 ff.; EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17 – NJW 2019, S. 929 ff.; BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16 – AfP 2020, S. 330 ff.

schleife<sup>26</sup> (sog. Loop<sup>27</sup>) in das neue Werk<sup>28</sup> ein. Durch das wiederholte Aufgreifen der Klangsequenz konnten die sechs «metallisch klingenden Schläge [...]»<sup>29</sup> zu einem essenziellen Teil des neu komponierten Liedes «Nur mir» werden, das 1997 auf dem Album «Die neue S-Klasse» veröffentlicht wurde.<sup>30</sup>



Im weiteren Verlauf konnten sich die Parteien nicht über eine ausserprozessuale Rechtklärung und damit verbundene Nutzungsformen einigen,<sup>31</sup> weshalb sich Kraftwerk zur Klage entschied. Erstinstanzlich machten sie eine Verletzung ihrer Rechte als Tonträgerhersteller aus § 85 I UrhG<sup>32</sup> geltend.<sup>33</sup> Dieses Leistungsschutzrecht besteht grundsätzlich unabhängig von der Schutzfähigkeit der aufgenommenen Töne,<sup>34</sup> zumal ein eigenständiger urheberrechtlicher Schutz für ein derart kurzes Sample nicht bestand.<sup>35</sup> Das Landgericht gab der Klage statt und untersagte den Vertrieb des Titels. Darüber hinaus bejahten die Richterinnen entsprechende Schadensersatzforderungen. In den Folgejahren kam es zu weiteren Entscheidungen an diversen Oberlandesgerichten sowie dem BGH – mit zentralen urheberrechtlichen Implikationen. So wurde unter anderem die Frage einer analo-

<sup>26</sup> WIELSCH, Kunst ist mehr.

<sup>27</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 16.04.2015 – I ZR 225/12; OLG Hamburg, Urt. v. 31.10.2012 – Az. 5U3710 5 U 37/10 – MMR 2015, 824; NJOZ 2016, 287; ZUM 2015, 996; zum Loop ebenfalls CANARIS, S. 39; WAGNER, S. 513; WEGENER, S. 19 ff.; vergleichbar mit ostinatos in der klassischen Musikkomposition, HUI, S. 97.

<sup>28</sup> Dass die beiden Versionen des Titels Werke i. S. d. UrhG darstellen, steht vorliegend ausser Frage, vgl. BVerfGE 142, 74 (103).

<sup>29</sup> FISCHER, Sampling, S. 47.

<sup>30</sup> BVerfGE 142, 74 (79).

<sup>31</sup> BVerfGE 142, 74 (92); Pelham zufolge lehnte Kraftwerk eine Rechtklärung ab; vgl. indes den Hinweis bei FISCHER, Sampling, S. 13, wonach Pelham zwischenzeitlich selbst ein Unternehmen betrieb, das sich auf Abmahnungen von Urheberrechtsverletzungen spezialisiert hatte. Seine Rolle in diesem Rechtsstreit ist mithin vielschichtig.

<sup>32</sup> Siehe zum Umfang des § 85 PÖTZLBERGER, S. 100 ff.; überblicksartig dazu GRÜNBERGER, Interpretenrecht, S. 209–217.

<sup>33</sup> LG Hamburg, Urt. v. 08.10.2004 – 308 O 90/99; diese Leistungsschutzrechte fielen Kraftwerk deshalb zu, weil sie «Metall auf Metall» im eigenen Label veröffentlicht hatten. Dazu FISCHER, Sampling, S. 47.

<sup>34</sup> SCHRÖR, S. 8 ff.

<sup>35</sup> Kritisch dazu WIELSCH, Kunst ist mehr, mit Verweis auf die Infopaq-Rechtssprechung EuGH, Urt. v. 16.07.2009, C-5/08 – Infopaq I; EuGH, Urt. v. 17.01.2012, C-302/10 – Infopaq II.

gen Anwendbarkeit des § 24 I UrhG, der freien Benutzung, behandelt.<sup>36</sup> Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg wurde zurückgewiesen.<sup>37</sup>

In der Folge wandte sich Pelham als Beschwerdeführer mit einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht. Er rügte im Wesentlichen eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG (Kunstfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitssatz).<sup>38</sup> Das Gericht hatte unter diesen Vorzeichen die Frage zu klären, «inwieweit sich Musikschaffende bei der Übernahme von Ausschnitten aus fremden Tonträgern im Wege des sog. Sampling gegenüber leistungsschutzrechtlichen Ansprüchen der Tonträgerhersteller auf die Kunstfreiheit berufen können».<sup>39</sup> Im Kontext einer Verhältnismässigkeitsprüfung<sup>40</sup> und der Abwägung zwischen dem Grundrecht auf Eigentum und jenem der Kunstfreiheit betonte das Gericht, dass bei der Auslegung der einfachrechtlichen Normen jene Option bevorzugt werden sollte, welche die Grundrechte der Beteiligten in praktischer Konkordanz zur Geltung bringt.<sup>41</sup> Hierbei sei eine kunstspezifische Betrachtungsweise einzunehmen.<sup>42</sup> Die Instanzgerichte hätten diese Bedeutung der Kunstfreiheit, so wie sie in § 24 I UrhG zum Ausdruck komme, nicht ausreichend berücksichtigt.<sup>43</sup> Am 31.05.2016 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die vorhergehenden Urteile die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht der Kunst-

---

<sup>36</sup> BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06 – NJW 2009, S. 770; zu § 24 I UrhG im Rahmen urheberrechtlicher Herausforderungen durch Samples, siehe DÖHL, S. 41 ff.; HÄUSER, S. 69 ff.; PÖTZLBERGER, S. 159 ff.; SALAGEAN, S. 104 ff.; kritisch SIEVERS, S. 89 f.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11 – NJW 2013, S. 1885 ff.

<sup>38</sup> BVerfGE 142, 74 (83).

<sup>39</sup> BVerfGE 142, 74 (75).

<sup>40</sup> Zur Bedeutung der Verhältnismässigkeitsprüfung im Privatrecht sowie insb. im Immaterialgüterrecht vgl. TISCHBIREK, S. 127 ff.

<sup>41</sup> BVerfGE 142, 74 (96); siehe dazu kritisch GRÜNBERGER, Vergütungsansprüche, S. 202–203, der darauf hinweist, dass während der Urheberin qua Gesetz umfangliche Verwertungsmöglichkeiten eingeräumt würden, die Freiheiten der Nutzerinnen abschliessend katalogisiert würden. Letztere müssten für eine gesetzliche Berücksichtigung ihrer «Zugangsinteressen» mithin erst politische Mehrheiten finden, wodurch das verfassungsrechtliche Ziel des Urheberrechts, die verschiedenen Interessen in Einklang zu bringen, nicht erreicht werde.

<sup>42</sup> BVerfGE 142, 74 (102) mit Verweis auf BVerfGE 119, 1 (27) – Esra; BVerfG, Beschl. v. 29.06.2000 – 1 BvR 825/98 – ZUM 2000, S. 867 ff. – Germania 3.

<sup>43</sup> BVerfGE 142, 74 (106).

freiheit aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 GG verletzen.<sup>44</sup> Infolgedessen wurde der Fall an den BGH zurückverwiesen.<sup>45</sup>

### 3. Ein erster Ausblick: EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17

Während im bisherigen Verlauf des Verfahrens zu «Metall auf Metall» vor dem Bundesverfassungsgericht in erster Linie eine Auslegung der Reichweite und Auswirkungen der Kunstfreiheit thematisiert wurde, hat sich inzwischen der Europäische Gerichtshof mit den zugrunde liegenden urheberrechtlichen Fragen auseinandergesetzt.<sup>46</sup> Aufgrund eines Vorlagebeschlusses des BGH vom 1. Juni 2017<sup>47</sup> hatte das Gericht einen Fragenkatalog zu bearbeiten, der die Urheberrechtsrichtlinie (2001/29/EG) (UrhRL) betraf. Zu klären war, ob die Entnahme kleinster Tonfetzen einen Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht aus Art. 2 lit. c der Richtlinie darstellt und ob § 24 Abs. 1 UrhG diese Rechte des Tonträgerherstellers beschränken kann.<sup>48</sup>

Wenngleich sich die Richterinnen zu diesen Aspekten dezidiert äusserten,<sup>49</sup> bleibt derzeit die Haupteckdaten, dass dieses langjährige Verfahren nur bedingt zur Schaffung von Rechtssicherheit beiträgt. Nach wie vor ist fraglich, wann Musik-sampling legal ist.<sup>50</sup> Die Klärung der zugrunde liegenden rechtlichen Fragen bleibt formal möglich,<sup>51</sup> aber entscheidend wird sein, wie die Praxis die Vorgaben der Gerichte umsetzen kann. Um diesen Übergang zu begleiten, ist es aus einer rechtswissenschaftlichen Sicht erforderlich, die bestehenden Ansätze des Gerichts aufzugreifen und zu verorten. Weiter können sie im Kontext interdisziplinärer

---

<sup>44</sup> BVerfGE 142, 74 (103).

<sup>45</sup> Zum weiteren Verlauf siehe Kap. 8.

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17 – NJW 2019, S. 929 ff.

<sup>47</sup> BGH, Beschl. v. 01.06.2017, Az. I ZR 115/16 – Metall auf Metall III.

<sup>48</sup> Vgl. zu den Vorlagefragen noch vor dem Urteil des EuGH PÖTZLBERGER, S. 232 ff.

<sup>49</sup> Siehe dazu Kap. 8. Zusammengefasst betonten die Richterinnen, dass auch bei der Übernahme kurzer Klangsequenzen eine Vervielfältigung anzunehmen sei, die grundsätzlich nur der Rechteinhaberin zustehe. Sofern die Sequenz jedoch eingefügt werde und anschliessend nicht wiedererkennbar sei, liege keine Vervielfältigung im Sinne der Richtlinie vor.

<sup>50</sup> Vgl. FISCHER, Halb legal.

<sup>51</sup> Vgl. ausblicksartig JÜTTE/MAIER, S. 784 ff.; OHLY, Hip-Hop, S. 964 ff.; ROSSA, S. 665 ff.; STIEPER, Reform, S. 1209 ff.

Ansätze fortgeführt werden. Obschon das Urteil verfassungsrechtlich<sup>52</sup> «wenig spektakulär»<sup>53</sup> ausfallen mag, bietet es Anknüpfungspunkte, um bestehende Herausforderungen im digitalen Bereich darzustellen. Es geht folglich um ein Schwenken des Blickes, weg von der rein juristischen Auseinandersetzung<sup>54</sup> hin zu den gesellschaftlichen, kulturellen und medientheoretischen Fragen. Diese Herausforderungen betreffen nicht nur die Praxis des digitalen Musiksamplings,<sup>55</sup> sondern das Entstehen von digitaler Kultur im Allgemeinen.

## II. Neue Betrachtungen und Systematisierungen

Diese Arbeit zielt nicht auf starre Begriffszuweisungen, Idealvorstellungen und Vereinfachungen in Form von Definitionen ab. Vielmehr sollen in einem ersten Schritt Teilbereiche einer Gesamtproblematik identifiziert und beschrieben werden. Im Anschluss werden die identifizierten Herausforderungen sowie daraus resultierende Fragen aufgegriffen und vertieft.

### 1. Räume

Den Auftakt zum Teilaspekt der «Räume» bilden zwei Sätze des Bundesverfassungsgerichts, die in die Diskussion um das Verhindern einer kommerziellen Ausbeutung der Werke ohne Genehmigung (Kraftwerk) sowie der freien künstlerischen Ausübung (Pelham) fallen:

«Zum anderen steht ein Werk mit der Veröffentlichung nicht mehr allein seinem Inhaber zur Verfügung, sondern **tritt bestimmungsgemäss in den gesellschaftlichen Raum** und kann damit zu einem **eigenständigen, das kulturelle und geistige Bild der Zeit mitbestimmenden Faktor werden**. Da es sich mit der Zeit von der privatrechtlichen Verfügbarkeit löst und geistiges und kulturelles Allgemeingut wird, muss der Urheber hinnehmen, dass es stärker als Anknüpfungspunkt für eine künstlerische Auseinandersetzung dient.»<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Vgl. zu verfassungsrechtlichen Wertungen MAIER, S. 54 ff.

<sup>53</sup> WIELSCH, Kunst ist mehr.

<sup>54</sup> Wobei eine zustimmende Rezeption überwiegt, vgl. DUHANIC, S. 1007 ff.; LADEUR, Metall, S. 447 ff.; LECHELER, S. 23 ff.; LEISTNER, S. 772 ff.; PODSZUN, S. 256 ff.; PÖTZLBERGER, S. 224–225; SCHONHOFEN, S. 279; STIEPER, S. 637 ff.; WAGNER, S. 513 ff.; WÜRTEMBERGER/LOSCHOLDER, S. 861 ff.

<sup>55</sup> Zur Entwicklung des digitalen Musiksamplings FISCHER, Sampling, S. 137 ff.

<sup>56</sup> BVerfGE 142, 74 (103) [Hervorh. d. Verf.].

Das Gericht betont, dass § 85 I UrhG zwar eine Schranke der Kunstfreiheit darstellen könne, gleichzeitig jedoch zu beachten sei, dass daraus keine umfassende wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit folge.<sup>57</sup> Eingebettet in den Grundsatz der Sozialbindung aus Art. 14 II GG<sup>58</sup> wird die Möglichkeit der Konstruktion eines undefinierten «Raums» hervorgebracht. Weitere Ausführungen zu den Grenzen, der Struktur oder zum Vorgang des Übertretens lassen sich nicht finden.<sup>59</sup> Im Grunde bleiben diese Hinweise offen und abstrakt. Diese Abstraktheit ist aber kein Mangel, sondern bietet Gelegenheit, an diese Stelle anzuknüpfen und sich mit theoretischen und praktischen Konzepten des «Raums» auseinanderzusetzen.

Mit Bezug auf die voranschreitende Digitalisierung zeichnet sich zunächst ab, dass eine Adaption des «musikalischen Raums»<sup>60</sup> ermöglicht wird. Dieser kann aufgelöst, neu zusammengefasst und manipuliert werden.<sup>61</sup> Damit geht ein neues Verständnis von Raum – ebenso wie Zeit – einher, aus dem sich neue experimentell-gestalterische Möglichkeiten ergeben. So kann etwa der Klang losgelöst vom ursprünglichen Zeit-Raum-Gebilde betrachtet und untersucht werden.<sup>62</sup>

Darüber hinaus lassen sich theoretische Erwägungen anstellen, wie innerhalb eines eingegrenzten oder aber grenzenlosen Bereichs Werke und Beteiligte miteinander verknüpft werden,<sup>63</sup> sodass daraus etwas Neues entstehen kann – und gleichzeitig das vorhandene Werk bewahrt wird. Bei einem solchen Verständnis bleibt zum jetzigen Zeitpunkt noch unklar, wo der «Raum» beginnt, endet oder ob er überhaupt Grenzen hat.<sup>64</sup> Jedoch ist es entscheidend, kein verdinglichendes Ver-

---

<sup>57</sup> BVerfGE 142, 74 (98).

<sup>58</sup> Siehe dazu BVerfGE 79, 29 (40) – Vollzugsanstalten; umfassend JÄNICH, S. 144 ff., 230 ff.

<sup>59</sup> Zum Entlassen von Werken in den Kommunikationsprozess durch die Veröffentlichung siehe GRÜNBERGER, Systemkollaps, S. 35 ff.; siehe DERS., Vergütungsansprüche, S. 193 ff.; zur kommunikativen Funktion des Urheberrechts MACMILLAN, S. 11 m. w. H.

<sup>60</sup> Verstanden als durch Sound generierte und simulierte Umgebungen, vgl. dazu BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, S. 22 ff.

<sup>61</sup> KATZ, S. 41 ff.

<sup>62</sup> BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, S. 3.

<sup>63</sup> Vgl. zu diesem Verständnis BRUNCEVIC, S. 129.

<sup>64</sup> Vgl. MACMILLAN, S. 40 ff. mit einem Versuch, diesen Raum nachzuvollziehen.

ständnis einzunehmen, sondern Fragen der Entstehung infolge von Kommunikation oder Netzwerken<sup>65</sup> nachzugehen.

Ergänzend kann darauf abgezielt werden, den Raum als etwas Konkretes und Greifbares zu verstehen. Gelingen kann dies, indem man nach und nach Materialität hinzufügt. Durch das Fokussieren auf die Handlungen und Kommunikationen der Beteiligten und der Werke können konkrete «digitale Lebensräume» erkennbar und nachvollzogen werden.<sup>66</sup> Das beobachtbare Verschmelzen der digitalen und analogen Welten sowie die Rück- und Anbindung an Hardware – ob Smartphones, Computer oder andere vernetzte Gerätschaften – ermöglichen es, den Raum greifbar zu machen.

**These 1:** Digitale kulturell geprägte Räume zeichnen sich durch vielfältige Verbindungen und Erscheinungsformen aus, wobei dieser Variantenreichtum und die involvierten Beteiligten durch neue Technologien weiter zunehmen. Der Austausch zwischen den Räumen und den Beteiligten begünstigt sodann die Herausbildung und Entwicklung neuer digitaler Kultur.

Doch welche digitalen Kulturformen entstehen und was umfassen sie?

## 2. Digitale Kultur

Die Frage nach den digitalen Kulturformen betrifft zunächst deren Entstehensvoraussetzungen. Das Bundesverfassungsgericht greift diese in der folgenden Passage auf:

«Wenn der Musikschaffende, der unter Einsatz von Samples ein neues Werk schaffen will, nicht völlig auf die Einbeziehung des Sample in das neue Musikstück verzichten will, stellt ihn die enge Auslegung der freien Benutzung durch den Bundesgerichtshof vor die Alternative, sich entweder um eine Samplelizenzierung durch den Tonträgerhersteller zu bemühen oder das Sample selbst nachzuspielen. In beiden Fällen würden jedoch **die künstlerische Betätigungsfreiheit und damit auch die kulturelle Fortentwicklung eingeschränkt**, was der Bundesgerichtshof im Rahmen seiner Prüfung der Kunstfreiheit nicht hinreichend berücksichtigt hat.»<sup>67</sup>

Die Richterinnen betonen in diesem Abschnitt, dass die «kulturelle Fortentwicklung» sichergestellt sein müsse. Wie dies praktisch gelingen kann, bleibt unklar. Jedoch wird deutlich, dass in bestimmten Musik- oder Stilrichtungen – hier im

---

<sup>65</sup> Vgl. zum Ganzen LATOUR, ANT, passim; siehe dazu Kap. 7 VI.1.

<sup>66</sup> Siehe dazu insb. Kap. 6 III.1.

<sup>67</sup> BVerfGE 142, 74 (106) [Hervorh. d. Verf.].

Hip-Hop –, die Wieder- und Weiterverwendung von Bestehendem eine massgebliche Rolle spielt. So argumentieren die Beschwerdeführer, dass ihre Musikkultur den Rückgriff auf die Werke anderer bedinge, um eine Weiterentwicklung sicherzustellen.<sup>68</sup> Vorliegend scheint das Gericht die Bedeutung dieser Rückgriffsmöglichkeit im Kontext digitaler Kulturpraktiken wahrzunehmen und rechtlich anzuerkennen.

Obschon zum momentanen Zeitpunkt unklar bleibt, was der Begriff der «digitalen Kultur» umfasst, wird die Bedeutung kultureller Praktiken beim Entstehen der Kultur deutlich. So prägt im Fall «Metall auf Metall» das Sampling, wie und welche Musik entsteht sowie wer daran partizipieren kann. Die kommunikative Auseinandersetzung mit dem Bestehenden nimmt eine übergeordnete Rolle ein und wird von den entsprechenden Grundrechten mitberücksichtigt und anerkannt. Daran anknüpfend stellt sich die Frage, ob sich diese Aussagen verallgemeinern lassen. Bedingt die Weiterentwicklung von Kultur in allen Fällen und jederzeit den Rückgriff auf andere Werke? Muss das Recht unter diesen Vorzeichen neue Regulierungsformen finden, um den Ablauf dieser Praktiken nachzuvollziehen? Für die Annahme einer solchen Sonderregulierung spricht die folgende Passage des Bundesverfassungsgerichts:

«Der Verweis auf die Lizenzierungsmöglichkeit bietet **keinen gleichwertigen Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit**: Auf die Einräumung einer Lizenz zur Übernahme des Sample besteht kein Anspruch; sie kann von dem Tonträgerhersteller aufgrund seines Verfügungsrechts ohne Angabe von Gründen und ungeachtet der Bereitschaft zur Zahlung eines Entgelts für die Lizenzierung verweigert werden. Für die Übernahme kann der Tonträgerhersteller die Zahlung einer Lizenzgebühr verlangen, deren Höhe er – innerhalb der allgemeinen rechtlichen Grenzen, also insbesondere des Wucherverbots des § 138 Abs. 2 BGB – frei festsetzen kann. Besonders schwierig gestaltet sich der Prozess der Rechteeinräumung bei Werken, die viele verschiedene Samples benutzen und diese collagenartig zusammenstellen. Die Existenz von Sampledatenbanken, auf denen Samples samt den Nutzungsrechten erworben werden können, sowie von Dienstleistern, die Musikschaffende beim Sampleclearing unterstützen, beseitigen diese Schwierigkeiten nur teilweise, da bei deren Inanspruchnahme unter Umständen erhebliche Transaktionskosten und grösserer Rechercheaufwand entstehen. **Ausserdem schränkt die Verweisung hierauf die Samplingmöglichkeiten erheblich – nämlich auf das jeweils vorhandene Angebot – ein.**»<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Man vergleiche nur BVerfGE 142, 74 (84), (87) und (93).

<sup>69</sup> BVerfGE 142, 74 (106–107) [Hervorh. d. Verf.].

Die Richterinnen gehen nicht mehr allein auf das Genre des Hip-Hops ein, sondern machen deutlich, dass es beim künstlerischen Schaffen im Bereich der Musik entscheidend ist, auf einen bunten Strauss an Werken zurückgreifen zu können.<sup>70</sup> Kulturelle Praktiken, jedenfalls sofern sie zum Erhalt und zur Fortentwicklung von Kultur beitragen sollen, erfordern mithin viele Ressourcen, die gleichzeitig verfügbar und zugänglich sein müssen.

Während auf die Diskussion der Öffnung von Werken für die Allgemeinheit im Rahmen rechtlicher Lizenzierungsformen zu einem späteren Zeitpunkt eingegangen wird,<sup>71</sup> bleibt die Herausforderung, wie man sich aus einer rechtswissenschaftlichen Betrachtungsweise dem Begriff der digitalen Kultur annähern kann.<sup>72</sup> Einerseits scheinen beide Bereiche getrennt voneinander, mit eigenen Grundentscheidungen und Wertungen, andererseits werden im Bereich des Urheberrechts zahlreiche Berührungspunkte sichtbar, die sich nicht ohne Weiteres auflösen lassen.<sup>73</sup> Entsprechend ist zu fragen, inwiefern die strikte ontologische und semantische Trennung zwischen «Recht» und «Kultur» aufrechterhalten werden kann oder soll.<sup>74</sup> Bestärkt wird ein solches Verständnis durch den Umstand, dass Kultur im Ergebnis stets auch das Produkt gesellschaftspolitischer Entscheidungen ist.<sup>75</sup> Im Folgenden soll der Terminus mithin als Reflexionsbegriff verstanden werden, der abhängig vom Kontext und vom konkreten Rechtsfall bestimmt und verändert wird. Ausgangspunkt ist jedoch ein allumfassendes Verständnis, wonach von vornherein verschiedene Ausgestaltungen des Gebrauchs von Formen, Handeln, Denken und Sprechen miteinbezogen werden.<sup>76</sup>

Neben der Bedeutung kultureller Praktiken und der Frage nach einem einheitlichen Kulturbegriff steht fest, dass im digitalen Bereich neue Formen und Orte kultureller Produktion entstehen.<sup>77</sup> Gleichzeitig bleiben sie vonseiten des Rechts un-

---

<sup>70</sup> «[E]ntnommene Teile [werden] wie ein neues Instrument genutzt», BVerfGE 142, 74 (84); DÖHL, S. 88 ff.; RÖTTGERS, Das Eigentum am Text, in: Eimer/Röttgers/V.-Stichelbrock, S. 191; umfassend dazu SCHLOSS; STEWART, S. 339 ff.

<sup>71</sup> Siehe dazu insb. Kap. 5 I.

<sup>72</sup> Zum Feld von Recht und Kultur siehe HOWE/LAI, passim.

<sup>73</sup> Zur Reflexion über das Verhältnis siehe etwa SENN, S. 13 ff.

<sup>74</sup> Vgl. dazu BRUNCEVIC, S. 52.

<sup>75</sup> QUARTA, S. 72.

<sup>76</sup> Vgl. VESTING, Computernetzwerke, S. 21 ff.

<sup>77</sup> FEHLING, Von der kommerziellen Verlagsproduktion zum Open Access, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 339.

berücksichtigt. So ist mitunter an bearbeitete digitalisierte Gemälde, aber ebenfalls an Posts, Bilder und Tweets zu denken, die bis dato keiner rechtlichen Klassifizierung unterfallen. Diese neuen Formen ermöglichen eine Arbeit am digitalen Original, ohne dieses zu beschädigen. Zwischen dem Alten und dem Neuen kann hin und her gewechselt sowie Kreativität und experimenteller Ehrgeiz geweckt und gefördert werden,<sup>78</sup> obgleich dies die Gefahr birgt, dass Fälschungen verbreitet werden können. Eine rechtliche Annäherung an die Erfassung und Klassifizierung digitaler Inhalte bietet die im Jahr 2003 erlassene UNESCO-Charta zur Bewahrung des digitalen Kulturerbes in Art. 1:

«Das digitale Erbe besteht aus einzigartigen Quellen menschlichen Wissens und menschlicher Ausdrucksweisen. Es umfasst Quellen aus Kultur, Bildung, Wissenschaft und Verwaltung ebenso wie technische, rechtliche, medizinische und andere Arten von Informationen, die digital erstellt oder von existierenden analogen Datenträgern in digitale Form konvertiert wurden. [...]

Viele dieser Quellen sind von dauerhaftem Wert und dauerhafter Bedeutung und bilden deshalb ein Erbe, das für gegenwärtige und künftige Generationen geschützt und bewahrt werden sollte.»<sup>79</sup>

Dieser erste Artikel der Charta berücksichtigt verschiedene Quellen und Formen, betont zugleich aber die Bedeutung für künftige Generationen. Nicht nur die momentane Bedeutung wird somit deutlich, sondern darüber hinaus der allgemeine Zukunftsbezug.

**These 2:** Ein moderner Begriff der digitalen Kultur sollte neben den Praktiken, Formen und Orten auch die technologischen Gegebenheiten mitberücksichtigen und abbilden, um künftigen Generationen die Nachvollziehbarkeit und den Zugang zu erleichtern.

Doch wie kann der so vorausgesetzte nachhaltige Zugang zur digitalen Kultur rechtlich implementiert dauerhaft gewährleistet werden?

### 3. Zugang

Das Bundesverfassungsgericht greift die Frage nach dem Zugang zu digitaler Kultur auf und betont, dass dabei entscheidend sei, ob künstlerische oder nicht künst-

---

<sup>78</sup> BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, S. 13.

<sup>79</sup> Art. 1, UNESCO-Charta zur Bewahrung des digitalen Kulturerbes, verabschiedet am 17. Oktober 2003 in Paris; im Folgenden einheitlich: UNESCO-Charta.

lerische Zwecke verfolgt würden. Für nicht künstlerische Zwecke gälten weiterhin die Lizenzierungspflichten<sup>80</sup> des Urheberrechtsgesetzes:

«Dem Gesetzgeber wäre es allerdings zur Stärkung der Verwertungsinteressen auch nicht von vornherein verwehrt, das Recht auf freie Benutzung mit einer Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung zu verknüpfen. Hierbei könnte er der Kunstfreiheit beispielsweise durch nachlaufende, an den kommerziellen Erfolg eines neuen Werks anknüpfende Vergütungspflichten Rechnung tragen. Auch ohne Vergütungsregelung lässt die gesetzliche Regelung aber ausreichend Spielraum, um hier die Verwertungsinteressen des Tonträgerherstellers bei der Bestimmung der Reichweite des Rechts auf freie Benutzung zu berücksichtigen und ihm – unabhängig vom Einzelfall – (unter dem Strich) ein angemessenes Entgelt für seine Leistung zu belassen. **Die Zulässigkeit einer freien Benutzung von Tonträgern zu künstlerischen Zwecken ist nicht gleichbedeutend mit der generellen Zulässigkeit des erlaubnis- und vergütungsfreien Sampling[s]. So bleibt es im Falle nichtkünstlerischer Nutzungen bei der Lizenzierungspflicht. Zudem erlaubt § 24 Abs. 1 UrhG eine freie Benutzung auch nur, soweit ein hinreichender Abstand des Werks zu der entnommenen Sequenz oder zum Originaltonträger insgesamt besteht.»<sup>81</sup>**

Das Gericht unterstreicht demnach zunächst, dass weitreichende Zugänge für «künstlerische Zwecke» geschaffen werden müssen. Zum einen werden somit Wege zur künftigen Vereinbarkeit mit dem Recht aufgezeigt, zum anderen jedoch die Zugangsmöglichkeiten für jene gesperrt, die aus anderem Antrieb handeln. Zu untersuchen ist folglich, inwieweit diese Differenzierung gerechtfertigt ist oder hinterfragt werden muss.

Im Prozessverlauf zwischen Kraftwerk und Pelham wird deutlich, dass bei der Methode des Samplings kleinste technische Details entscheidend sind. So sind zum Beispiel spezifische Fachkenntnisse erforderlich, um Differenzen in Ton- und Stimmhöhe sowie im Timing<sup>82</sup> zu erkennen. In diesem Kontext wurde von Pelham grosser Wert auf die Kälte des Klanges gelegt.<sup>83</sup> Sofern diese Kenntnisse und Interessen nachgewiesen werden können, scheint dies die Bejahung künstlerischer Zweckverfolgung zu begünstigen. Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob es sich um

---

<sup>80</sup> Zu den (hohen) Kosten des sog. sample clearing statt vieler FISCHER, Sampling, S. 185 ff.

<sup>81</sup> BVerfGE 142, 74 (100) [Hervorh. d. Verf.].

<sup>82</sup> KATZ, S. 141.

<sup>83</sup> Wobei der computergenerierte metallische Klang als für Kraftwerk typisch bezeichnet werden kann, OHLY, Hip-Hop, S. 964 ff.; zur Nutzung und zum Zweck digitaler Musiktechnologien siehe BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, passim.

vorgeschobene Gründe handelt und die Beteiligten in erster Linie auf die kostenlose Nutzung fremder Werke oder Werkteile abzielen. Eine solche Absicht könnte nur unter grossen Umständen nachgewiesen werden und wird von den Beschwerdeführern im vorliegenden Fall verneint. Vielmehr sei es ihnen um den Bezug zum Originalkontext gegangen,<sup>84</sup> so wie es der Praktik des Musiksamplings entspricht.<sup>85</sup> Nur so werde die gewollte diskursive Auseinandersetzung ermöglicht.<sup>86</sup> Darüber hinaus solle das Originalwerk nicht ersetzt werden.<sup>87</sup>

Das Gericht folgt dieser Argumentation weitgehend und betont, das Tonträgerherstellerrecht solle nicht verhindern, dass man sich mit Tonsequenzen aus der Vergangenheit musikalisch auseinandersetze.<sup>88</sup> Wengleich Pelham die Samples hätte nachbauen können,<sup>89</sup> wäre dies mit einem erheblichen Aufwand verbunden gewesen.<sup>90</sup> Das werde allein daran deutlich, dass zur Klärung der Nachspielbarkeit während des Ausgangsverfahrens vor dem Oberlandesgericht mehrere Gutachterinnen<sup>91</sup> und Verhandlungstage erforderlich gewesen seien.<sup>92</sup> Diese Argumentationslinie stützen die Vertreterinnen der Bundesrechtsanwaltskammer wie folgt:

«Gerade der Musik des Hip-Hop[s] gehe es darum, sich mit alten und bekannten Klängen auseinanderzusetzen und diese in einen neuen, aktuellen musikalischen Kontext zu stellen. **Das Finden einzigartiger, unverbrauchter Originale aus dem unbegrenzten Medienarchiv sei dabei ein zentraler Teil der künstlerischen Arbeit.** Beim Sampling sei aus einer Technologie, die anfangs nur zur Simulation akustischer Instrumente

<sup>84</sup> BVerfGE 142, 74 (85); STEWART, S. 361, beschreibt, dass es oft schwierig sei, die Urheberin eines Samples ausfindig zu machen. Er macht dafür u. a. das unorganisierte System verantwortlich.

<sup>85</sup> Vgl. dazu Kap. 1 I.1.

<sup>86</sup> Vgl. zu diesem Aspekt WIELSCH, Zugangsregeln, S. 16 ff., 18.

<sup>87</sup> BVerfGE 142, 74 (85).

<sup>88</sup> BVerfGE 142, 74 (84).

<sup>89</sup> SALAGEAN, S. 21, der als «revolutionäres Merkmal des Samplings» die Möglichkeit unterstreicht, «jegliche Klangobjekte originalgetreu und ohne Klangverluste aufnehmen zu können»; es wird mithin «Reproduktion ohne Qualitätsverlust» ermöglicht.

<sup>90</sup> Siehe dagegen DÖHL, S. 121 ff. m. w. N.; vgl. wiederum GELKE, S. 22.

<sup>91</sup> Zur Rolle von musikalisch Gelehrten als Gutachterinnen in Urheberrechtsprozessen DÖHL, S. 25.

<sup>92</sup> BVerfGE 142, 74 (107–108).

entwickelt worden sei, ein künstlerisches Verfahren geworden, das inzwischen selbst als Inspirationsquelle für eine Musikergeneration diene.»<sup>93</sup>

In den Ausführungen wird deutlich, dass an die Verfolgung künstlerischer Zwecke hohe Anforderungen gestellt werden, die darlegbar sein müssen. Untersucht man diese Ausführungen tiefer, statuiert das Gericht im Ergebnis nichts Geringeres als eine «kunstspezifische Zugangsregel»,<sup>94</sup> zumindest für den Bereich des Hip-Hops. Im Unterschied zu den urheberrechtlichen Schranken legt das Gericht mithin keine dogmatische Annäherung vor, sondern versucht, die Grenzen des Urheberrechts insgesamt auszuloten. Dieses Spannungsverhältnis muss weiter untersucht werden, um zu klären, für wen die Öffnung des Zugangs letztlich gilt.

Für die Annahme einer rein künstlerischen oder weiter differenzierten Zugangsregel spricht, dass das Gericht wiederholt genrespezifische Aspekte betont – etwa die Bedeutung von Samples im Hip-Hop.<sup>95</sup> Alle übrigen Eingriffe seien hingegen weiterhin als Rechtsverletzungen zu werten.<sup>96</sup> Gegen eine solche Einschätzung spricht indes, dass die Unterschiede zwischen professionellen Aufnahmestudios und solchen in Wohn- und Schlafzimmern immer kleiner werden<sup>97</sup> und im Allgemeinen Audio-Samples aus dem Lebensalltag, in Spielzeug, Küchengeräten und anderen digitalen Geräten, nicht mehr wegzudenken sind.<sup>98</sup> Sollte die Freiheit der kostenlosen Samplennutzung dennoch bestimmten Gruppierungen vorbehalten bleiben? Gegen einen solchen privilegierten Zugang spricht zweierlei. Zum einen existiert im Hip-Hop ein «Selbstbewusstsein im Sinne eines Finderstolzes»,<sup>99</sup> das in anderen Stilrichtungen kaum zu finden ist. Wer sich die Mühe macht, unzählige Samples durchzuhören, um die optimale Klangsequenz zu finden, soll für diese Suche belohnt werden. Hinzu kommt eine weitere Besonderheit. Das Bundesverfassungsgericht verhandelt Aspekte der Kunstfreiheit. Berücksichtigt man, dass anstelle des Samplings vom musical borrowing<sup>100</sup> die Rede ist und die Kunstfrei-

---

<sup>93</sup> BVerfGE 142, 74 (87–88) [Hervorh. d. Verf.]; vgl. SALAGEAN, S. 21; WEGENER, S. 1 ff.; lesenswert zum Wunsch nach Zugang anstatt hoher Qualität, DARLING, Internet Pornography without IP, in: Darling/Perzanowski, S. 224; siehe deshalb Quantität als neue Form der Qualität bei BALDWIN, S. 321.

<sup>94</sup> WIELSCH, Zugangsregeln, S. 78.

<sup>95</sup> BVerfGE 142, 74 (107).

<sup>96</sup> So BVerfGE 142, 74 (100).

<sup>97</sup> BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, S. 1; MICHALIK, S. 68.

<sup>98</sup> SANIO, S. 12.

<sup>99</sup> DÖHL, S. 88 f.

<sup>100</sup> KATZ, S. 137.

heit in Art. 5 GG, den Kommunikationsfreiheiten,<sup>101</sup> verortet ist, wird deutlich, wie Kultur stetig neu bestimmt wird. Es entsteht ein Austauschverhältnis, in dem sich zwei aufeinander bezogene Leistungen gegenüberstehen.<sup>102</sup> Das Musik-sampling zeichnet sich mithin durch diese besondere Referenzialität aus. Entsprechend erscheint es hinnehmbar, dass der Zugang nur jenen Beteiligten offenstehen soll, die an diesem Prozess partizipieren.

Doch wenn der Zugang für bestimmte Gruppen konstruiert wird, bleiben weitergehende Fragen offen. So ist zu klären, inwieweit die Arbeit der Soundingenieurinnen berücksichtigt werden sollte.<sup>103</sup> Welche Zwecke verfolgen sie? Obwohl ihre Rolle oft unberücksichtigt bleibt, haben sie einen grossen Einfluss,<sup>104</sup> denn sie machen aus dem «kreativen Akt ein warenförmiges Gut».<sup>105</sup> Doch sind sie deshalb ein essentielles Bindeglied zwischen dem Ausgangswerk und dem finalen «Produkt»? Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass viele Inhalte von Laien erzeugt werden.<sup>106</sup> Partizipieren nicht auch sie am künstlerischen Geschehen und tragen somit zur Fortentwicklung der Kultur bei? Nimmt man somit privilegierte Zugänge an, sind die Grenzziehungen genau nachzuvollziehen und einzeln zu begründen.

**These 3:** Weitreichende Zugangsmöglichkeiten sind anhand der zugrunde liegenden Zweckverfolgung der Beteiligten und genrespezifischen Besonderheiten auszurichten und anzupassen.

Doch wie liessen sich Zugangsmöglichkeiten noch weiter als Mittel zur Gewährleistung eines nachhaltigen kollektiven<sup>107</sup> Produktionsregimes deuten?

---

<sup>101</sup> SIEVERS, S. 142.

<sup>102</sup> Vgl. dazu insb. das Konzept der Intertextualität, Kap. 7 VI.2.

<sup>103</sup> Vgl. im Allgemeinen: «Was am meisten fehlt, sind detaillierte Untersuchungen über den Ingenieursberuf [...]», LATOUR, Aramis, VIII.

<sup>104</sup> KATZ, S. 44.

<sup>105</sup> FISCHER, Sampling, S. 47.

<sup>106</sup> BVerfGE 142, 74 (90).

<sup>107</sup> Zum Verständnis von Kollektivität als Entstehensprozess in Abgrenzung zur bestehenden Gesellschaft LATOUR, ANT, S. 129.

#### 4. Nachhaltigkeit

Auf der Suche nach Ansätzen, die eine umfassende Öffnung ermöglichen könnten, rücken zunächst folgende Äusserungen des Bundesverfassungsgerichts in den Blickpunkt:

«Das eigene Nachspielen von Klängen stellt ebenfalls keinen gleichwertigen Ersatz dar. Der Einsatz von Samples ist eines der stilprägenden Elemente des Hip-Hop[s]. Der direkte Zugriff auf das Originaltondokument ist – ähnlich wie bei der Kunstform der Collage – Mittel zur **«ästhetischen Reformulierung des kollektiven Gedächtnisses kultureller Gemeinschaften»** und wesentliches Element eines experimentell synthetisierenden Schaffensprozesses. Die erforderliche kunstspezifische Betrachtung verlangt, diese genrespezifischen Aspekte nicht unberücksichtigt zu lassen. Dass in anderen Bereichen Samples auch oder vorrangig zum Zweck der Kostenersparnis eingesetzt werden, darf nicht dazu führen, den Einsatz dieses Gestaltungsmittels auch dort unzumutbar zu erschweren, wo es stilprägend ist.»<sup>108</sup>

Das Gericht wendet somit den Blick von der einzelnen Kulturpraktik ab und versucht, die gesamtgesellschaftliche Bedeutung nachzuvollziehen, kommende Generationen mitberücksichtigend. Die Betonung des Speichermediums verdeutlicht, dass eine massgebliche Aufgabe darin liegt, die Formen der digitalen Kultur nicht nur gegenwärtig, sondern auch in Zukunft bereitzuhalten. Wenngleich Samples zum jetzigen Zeitpunkt auf Datenbanken verfügbar sind, ist für die künftige Nutzung stets die Funktionsweise und Interoperabilität, verstanden als die Schnittstellen mit anderen Geräten und Systemen, zu gewährleisten.<sup>109</sup>

Obwohl das Gericht diesen Aspekt nicht vertieft, zeigt die Gaming-Szene exemplarisch, wie den technischen Herausforderungen begegnet werden kann. So kommen sog. Emulatoren zum Einsatz, die das bestehende System teilweise nachbilden, als Schnittstelle agieren und auf diese Weise über einen längeren Zeitraum hinweg die Kompatibilität sicherstellen.<sup>110</sup> Ergänzt wird diese technische Ebene durch die menschliche Interaktion und Zusammenarbeit der Beteiligten während des Prozesses.

Zentral bleibt dennoch zunächst die Gewährleistung von Verknüpfungspunkten. Während des Wandels von Formen und Materialitäten, von der Papyrusrolle und

---

<sup>108</sup> BVerfGE 142, 74 (107) [Hervorh. d. Verf.].

<sup>109</sup> Dazu SOSNITZA, S. 238.

<sup>110</sup> Vgl. dazu LANGE, Die Gaming-Community als Pionier der digitalen Bewahrung, in: Klimpel/Keiper, S. 109 ff., 111.

der Wachstafel über den Pergamentkodex bis zum E-Book,<sup>111</sup> geht es darum, eine Verknüpfung zwischen den Medien sicherzustellen, um die Weitergabe von Daten zu ermöglichen. Neue Formate und das schnelle Veralten der Trägermedien<sup>112</sup> lassen heute die Frage der digitalen Nachhaltigkeit in einem neuen Licht erscheinen. Aufgrund dieser Überlegungen und Entwicklungen ist ein Verständnis vonnöten, das unter einer nachhaltigen Digitalität mehr versteht als Langzeitarchivierung.<sup>113</sup> Gleichzeitig bleibt etwa die spezifische Archivierungsfunktion von Büchern<sup>114</sup> bestehen.<sup>115</sup> Entsprechend ist zwischen der Langzeitarchivierung und der zukunftsgerichteten Sicherung von Weiterverwendungsmöglichkeiten zu unterscheiden, wobei beide Ziele gleichwertig erscheinen.<sup>116</sup>

Im vorliegenden Fall streift das Bundesverfassungsgericht die Fragen der Kompatibilität und der Archivierung nur am Rande. Den Richterinnen wäre es jedoch möglich gewesen, die Bedeutung der Technologien und ihrer langfristigen Nutzungsmöglichkeit und Anknüpfungsfähigkeit herauszuarbeiten. Gelingen könnte dies durch die Erarbeitung eines Schutzrahmens für die Gerätschaften, in diesem Fall die Sampler. Dabei hätten die Richterinnen sich am Projekt der Gallery of Lost Art<sup>117</sup> orientieren können, um gesetzliche Vorgaben anzustossen. Zu Beginn des Projekts wurden verlorene Kunstwerke als digitalisierte Werke auf einer Website zugänglich gemacht. Die Besucherinnen konnten die Galerie virtuell besuchen, allerdings nur für einen begrenzten Zeitraum. Anschliessend wurden die Werke in einem gedruckten Buch «archiviert». Wenngleich es in diesem Projekt um eine künstlerische Auseinandersetzung mit der genannten Problematik geht, kommt sie doch zu einem vergleichbaren Ergebnis und schafft folglich Grundlagen für eine weitergehende Konzeption. Deutlich wird im Kontext dieses Projekts weiter, dass der Begriff der Nachhaltigkeit vielschichtig verstanden werden muss,

---

<sup>111</sup> MANCINI, S. 19 ff.; VESTING, Buchdruck, S. 47; vgl. ESPOSITO, S. 183 ff.

<sup>112</sup> KLIMPEL, Was bleibt?, in: Klimpel/Keiper, S. 12.

<sup>113</sup> Vgl. BEINERT/STRAUBE, Aktuelle Herausforderungen der digitalen Langzeitarchivierung, in: Klimpel/Keiper, S. 27 ff.

<sup>114</sup> ESPOSITO, S. 184.

<sup>115</sup> Vgl. HOEREN, Internetrecht, Vorwort, II.

<sup>116</sup> WILLER, Kulturelles Erbe und Nachhaltigkeit, in: Klimpel/Keiper, S. 140; zu berücksichtigen sind hierbei ebenfalls die persönlichkeits- und datenschutzrechtlichen Aspekte im Kontext der Diskussion um ein «Recht auf Vergessenwerden», dazu beispielsweise PEIFER, Vergessenwerden, S. 34 ff., insb. S. 36.

<sup>117</sup> Vgl. [perma.cc/J53E-AQDJ](http://perma.cc/J53E-AQDJ).

zumal ihn diese Bedeutungsvielfalt auszeichnet.<sup>118</sup> Dennoch mangelt es bisweilen an Anknüpfungspunkten, um diese Vielfalt umzusetzen. Dies hat zur Folge, dass es an einem disziplinenübergreifenden Konsens hinsichtlich seiner Bedeutung weitgehend fehlt.<sup>119</sup> So überrascht es kaum, dass «die Nachhaltigkeit» als «Modewort»<sup>120</sup> bezeichnet wird. Diese Prägung könnte die Folge einer einseitigen Vereinnahmung durch die Ökonomie sein, die wiederum in andere Bereiche zurückgespiegelt wird.<sup>121</sup> Entsprechend ist es von grosser Bedeutung, den Nachhaltigkeitsbegriff als Diskurs zu begreifen,<sup>122</sup> der sich im stetigen Wandel befindet und situationsabhängig angepasst werden muss. Dabei werden von vornherein grosse Erwartungen an die Wissenschaft gestellt.<sup>123</sup> Das Ziel ist somit eine positiv verstandene «Verwissenschaftlichung» des Diskurses.<sup>124</sup>

**These 4:** Digitale Nachhaltigkeit zeichnet sich durch zwei Funktionen aus: einerseits die Berücksichtigung archivarischer Grundsätze, andererseits den Einsatz moderner Techniken, um eine Weiterverwendung in der Zukunft sicherzustellen.

Somit stellt sich die Frage, welche Form der Anerkennung und welchen Ausgleich die am Prozess der Entstehung, Verbreitung und Bewahrung Beteiligten erhalten.

## 5. Kompensation

Das Bundesverfassungsgericht greift in seinem Urteil die Frage nach einer Kompensation jener Personen auf, die am Prozess der Entstehung, Verbreitung und Bewahrung beteiligt sind:

«Soweit die Kläger des Ausgangsverfahrens die Untersagung der Verwendung des Sample nicht zur ökonomischen Verwertung ihrer Leistung erstreben, sondern damit verhindern wollen, dass ihr Musikwerk in anderen Zusammenhängen erscheint, fällt ihr Grundrecht aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG nicht erheblich ins Gewicht. Zudem sind sie durch die Entscheidungen im Ausgangsverfahren ausschließlich in ihren Interessen als

---

<sup>118</sup> KAHL, Einleitung: Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, in: Kahl – Verbundbegriff, S. 1 ff., S. 1; BEST, Wikipedia und Nachhaltigkeit, in: Klimpel/Keiper, S. 179 ff.; vgl. KATSOS, S. 32.

<sup>119</sup> So jedoch KAHL, Nachhaltigkeit durch Organisation, in: Kahl – Organisation, S. 33.

<sup>120</sup> KAHL, Nachhaltigkeit durch Organisation, in: Kahl – Organisation, S. 1.

<sup>121</sup> Vgl. GOTTSCHLICH, S. 21 ff.

<sup>122</sup> Dazu lesenswert GOTTSCHLICH, S. 23 ff.

<sup>123</sup> Vgl. HENKEL/BÖSCHEN/DREWS et al., S. 16.

<sup>124</sup> DINGLER, S. 227.

Tonträgerhersteller und damit in ihrer Mittlerfunktion zwischen Künstlern und Publikum betroffen, nicht dagegen in ihrer Rolle als Künstler und Urheber.

**Danach steht hier ein geringfügiger Eingriff in das Tonträgerherstellerrecht ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile einer erheblichen Beeinträchtigung der künstlerischen Betätigungs- und Entfaltungsfreiheit gegenüber.»<sup>125</sup>**

Abermals betonen die Richterinnen in diesem Absatz die Bedeutung und die notwendige Freiheit künstlerischer Praktiken, welchen gegenüber unwesentlichen ökonomischen Nachteilen im konkreten Fall Vorrang zu gewähren ist. Die Band Kraftwerk widersetzt sich dieser Argumentation und betont, dass sie finanzielle Einbussen befürchte. Die Einnahmen durch Samplings spielten eine erhebliche Rolle, zumal die Tonfetzen regelmässig angefragt würden, insbesondere aus dem Ausland.<sup>126</sup> Diese Perspektive wird bestärkt, indem im Urheberrecht weiterhin das Bestehen einer «Vergütungsfunktion» als massgeblich erachtet wird.<sup>127</sup>

Doch wie kommt das Gericht zu den konträren Schlussfolgerungen? Liegt dies am Umstand, dass der Remix zum Zeitgefühl gehört?<sup>128</sup> Oder ist die Ursache darin zu verorten, dass bereits Künstler wie Robert Rauschenberg und Andy Warhol Werke anderer aufgriffen?<sup>129</sup> Fest steht, dass verschiedenen Formen von Appropriation Art eine wichtige Rolle innerhalb des kulturellen Schaffens zukommt,<sup>130</sup> wobei sich bei der Nutzung monetäre Austauschverhältnisse bisweilen nicht als entscheidend erweisen.<sup>131</sup> Wie noch zu zeigen ist, nimmt eine Kompensation in Form von

<sup>125</sup> BVerfGE 142, 74 (109–110) [Hervorh. d. Verf.].

<sup>126</sup> BVerfGE 142, 74 (92).

<sup>127</sup> Vgl. im Kontext digitaler Musik insb. MICHALIK, S. 121 ff.

<sup>128</sup> Vgl. MICHALIK, S. 132; PÖTZLBERGER, insb. S. 54 ff.; vgl. GRASSMUCK, re-mi-x-erogra-philist-er-kenntnisse, S. 199 ff.

<sup>129</sup> DUHANIC, S. 1008 ff.; vgl. den Verweis bei SCHAEFFER, S. 359, auf TUSHNET, S. 797: «Artists are, among other things, mischievous, and we should try to remember that we wish them to be. In songs, films, paintings, and much poetry, allusions, and even direct quotations [...] are subsumed within the voice of the artist who claims them. Citations come afterward, if at all. There are no quotation marks around the elements in a Robert Rauschenberg collage or around Quentin Tarantino's swipes from lesser-known movies.»

<sup>130</sup> Siehe dazu FISCHER, Digitale Kunst, S. 47 ff.; HUTTENLAUCH; PÖTZLBERGER, S. 84; SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 18, Fn. 13; SUMMERER, S. 27 f.; zum Verhältnis von Appropriation Art und Sampling siehe HUI, S. 19 ff., 24 f.; FISCHER, Sampling, S. 142; zum Remix als Appropriation MAIER, S. 6 ff.

<sup>131</sup> Vgl. REIBMANN/KLASS/HOFFMANN, S. 161 m. w. N.

Anerkennung und Respekt zu.<sup>132</sup> Es geht in erster Linie darum, wahrgenommen und für die Leistungen auf alternative Art und Weise honoriert zu werden. Berücksichtigt man die Bedeutung dieser Praktiken im digitalen Bereich, so passt die Argumentation des Gerichts zum «Zeitgeist». Gleichzeitig nehmen massenkulturelle Phänomene zu, bei welchen ebenfalls kopiert wird, jedoch eine ökonomische Motivation zentral ist und sich die Beteiligten in erster Linie an Populärwerken und Trends abarbeiten.

Das Gericht versucht, diese beiden extremen Pole gegeneinander abzuwägen und miteinander in Einklang zu bringen. Obschon gänzlich monetär basierte Austauschverhältnisse nicht als angemessene Lösung erscheinen, erweist sich das ohne geldwerte Bezüge gestaltete Gegenteil als wenig erstrebenswert. Gleichzeitig sollte die Entwicklung alternativer «Anreize» nicht unterdrückt, sondern explizit gefördert werden.<sup>133</sup>

**These 5:** Digitale Kultur entsteht grösstenteils relational und referenziell zu anderen Werken sowie Beteiligten. Diese Austauschverhältnisse zeichnen sich in vielen Fällen durch eine nicht rein monetäre Dimension aus, was in der rechtlichen Rezeption zu würdigen ist.

Doch wie entstehen diese Verhältnisse, die einer rechtlichen Würdigung zugrunde zu legen sind, und wer interagiert darin?

## 6. Beziehungen

In einem weiteren Abschnitt des Urteils wird die Bedeutung von kollektiven kulturellen Praktiken unterstrichen. Dabei liegt der Fokus nicht nur auf Beziehungen im herkömmlichen Sinne, sondern ebenfalls auf den Inhalten, durch die kommuniziert wird. Diese Ausführungen ergänzen jene zum «Schaffensprozess im künstlerischen Dialog mit vorhandenen Werken»:<sup>134</sup>

«Die Digitale Gesellschaft legt dar, dass den digitalen Technologien und der Vernetzung auf dem Gebiet der Produktion und Verbreitung kultureller, insbesondere medialer Inhalte eine transformierende Kraft zukomme. **Kulturgüter entstünden nicht mehr allein oder auch nur vorwiegend im Rahmen eines professionellen, auf Gewinnerzielung gerichteten Prozesses, sondern häufig durch Laien. Diese Entwick-**

---

<sup>132</sup> Zum Aspekt der Anerkennung in der Metall-auf-Metall-Rechtsprechung, aus dem Blickwinkel des Pastiche, PÖTZLBERGER, Pastiche, insb. S. 679; vgl. SUMMERER, S. 2.

<sup>133</sup> Vgl. GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 103.

<sup>134</sup> BVerfGE 142, 74 (102).

lung habe soziokulturelle Phänomene wie beispielsweise den Remix oder den Mashup hervorgebracht, die sich in der digitalen Generation mittlerweile als selbstverständliche Kommunikations- und Ausdrucksmittel etabliert hätten. Dabei stehe stets die kreative Kopie im Sinne einer Bearbeitung und Abwandlung bereits existierender Inhalte im Mittelpunkt.»<sup>135</sup>

Zentral stellt sich hierbei die Frage, wie sich diese Kommunikation konstituiert und wie sie weitergehend gewährleistet werden kann. Demnach ist zunächst nachzuvollziehen, wie Praktiken durch Beziehungen generiert werden.<sup>136</sup> Dies setzt voraus, dass die Beziehungen entflochten und die einzelnen Beteiligten mitsamt der Technologie identifiziert werden. Ziel ist es, einen stärkeren Fokus auf die technisch-sozialen Beziehungen zu legen.<sup>137</sup> Hieraus wird ein umfassenderes Gesamtbild deutlich, das über das reine Austauschverhältnis, zum Beispiel zwischen zwei Künstlerinnen, hinausreicht und folgerichtig die Vielzahl der involvierten Medien mitberücksichtigt.

Mit Bezug auf die menschlichen Beteiligten ist zu fragen, inwiefern diese im Zusammenspiel als Gemeinschaften oder Gesellschaften operieren,<sup>138</sup> denn die im digitalen Bereich beteiligten Personen zeichnen sich durch einen «Kollektivsingular»<sup>139</sup> aus. Mithilfe isolierter Netzkommunikation finden sie zusammen.<sup>140</sup> Daraus resultieren eine persönliche Nähe sowie ein grundsätzlich solidarischeres Verhalten.<sup>141</sup> Gruppierungen bilden sich indes nur, wenn die einzelnen Gruppenmitglieder von einem Zusammenschluss profitieren, das heisst, wenn «kollektive Bedarfsgemeinschaften»<sup>142</sup> entstehen.<sup>143</sup> Dabei fördern «Partizipantinnen»<sup>144</sup> den Erhalt und die Weiterentwicklung, indem sie eine aktive Rolle einnehmen. Unter-

---

<sup>135</sup> BVerfGE 142, 74 (90) [Hervorh. d. Verf.].

<sup>136</sup> Vgl. JANCKE/SCHLÄPPI, Einleitung, in: Jancke/Schläppi, S. 22 ff.

<sup>137</sup> Vgl. dazu im Kontext von Eigentumsrechten GAMBARO, I beni, S. 65.

<sup>138</sup> Kritisch zum inflationären Gebrauch dieser unterschiedlichen Begriffe STALDER, Digitalität, S. 131.

<sup>139</sup> KERSTEN, Schwarmdemokratie, S. 29.

<sup>140</sup> KERSTEN, IT und Demokratie, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 310 ff.

<sup>141</sup> Zum Begriff der Solidarität siehe HALDEMANN, S. 29 ff.; umfassend zur Solidarität in der digitalen Welt STALDER, Solidarität, S. 19 ff.

<sup>142</sup> OSTROM, Gemeingütermanagement, in: Helfrich – Wem gehört die Welt, S. 221 f.

<sup>143</sup> LESCHKE, Nachhaltige Gesetzgebung und Interessengruppen, in: Kahl – Organisation, S. 239.

<sup>144</sup> KLUGE, S. 4.

bleibt diese Rollenverteilung, hilft die Zusprache von Verantwortung<sup>145</sup> und Pflichten oder «assoziative[n] Dimensionen»<sup>146</sup> – also der Austausch verschiedener Strukturen –, um den weiteren Erhalt sicherzustellen. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die Technik «kulturelle Fertigkeiten» voraussetzt, die ungleich verteilt sind.<sup>147</sup> Nur wenige Beteiligte sind hinreichend technisch versiert. Vielen ist die Logik von Computern und Algorithmen schwer verständlich,<sup>148</sup> was bei einigen eine «prometheische Scham»<sup>149</sup> vor Geräten auslöst. Entsprechend erweisen sich die Rollenverteilungen als zentral. Doch trotz dieser vielfältigen Beziehungen, welche die Konstitution der sozialen Existenz erst ermöglichen,<sup>150</sup> sind die einzelnen Beteiligten in der Lage, sichtbar zu bleiben.<sup>151</sup> Das Verhältnis zwischen dem Werk und den einzelnen Beteiligten wird nicht infrage gestellt.<sup>152</sup>

**These 6:** Im Kontext der Entstehung digitaler Kultur treffen verschiedene Beteiligte aufeinander, die im Kollektiv – und doch individuell – medienbasiert agieren.

### III. Resümee

Obschon sich die Deutungen aus dem Urteil zu «Metall auf Metall» als divers erweisen, lassen sich einige verbindende Aspekte herausarbeiten. So bleiben Fragen bestehen, die das Auflösen der Grenzen eines kulturell-digitalen Raumes, die Zugehörigkeit zu kreativ-produktiven Beziehungssystemen und die Verbindungen untereinander sowie nach aussen betreffen. Darüber hinaus ist zu klären, ob die verschiedenen funktional erscheinenden Trennungen sachgemäss wirken oder ob eine überlappende Vielschichtigkeit der gestalterischen Sphären überwiegt.

An der Verfahrensdauer im Fall «Metall auf Metall» von inzwischen über zwanzig Jahren wird ebenfalls deutlich, wie zäh sich die Fortentwicklung und Anpassung

---

<sup>145</sup> Umfassend zum Prinzip der Verantwortung HALDEMANN.

<sup>146</sup> Vgl. KERSTEN, Nachhaltigkeit und Parteidemokratie, in: Kahl – Organisation, S. 184 f.

<sup>147</sup> JACOB/THIEL, Einleitung, in: Jacob/Thiel, S. 27.

<sup>148</sup> CASTELLS, S. 4.

<sup>149</sup> Siehe diesen kulturpessimistischen Begriff bei ANDERS, S. 23 ff.; seines Erachtens schenken sich die Menschen nach der Perfektion technischer Gerätschaften und schämen sich angesichts der eigenen Unterlegenheit.

<sup>150</sup> Vgl. STALDER, Digitalität, S. 137.

<sup>151</sup> Vgl. überblicksartig zu Kommunikation im Digitalen JORDAN, S. 21 ff.

<sup>152</sup> Vgl. KÖNIG, S. 29.

des Rechts im Kontext der Digitalisierung gestaltet.<sup>153</sup> So bleibt unklar, wo die Reise für das Urheberrecht hingehen wird und wie sich eine Fortentwicklung in Rechtssicherheit zu verfestigen vermag. Gleichzeitig kann diese Ungewissheit gewollt sein. Offen verstandene Begriffe und Konzepte schaffen die erforderlichen Räume für eine kritische Selbstreflexion der Disziplin, im Sinne eines konstitutiven Elements.<sup>154</sup>

Entsprechend verfolgt die vorliegende Arbeit das Ziel, Anhaltspunkte für die weitere Diskussion sowie Bezugspunkte für die praktische Umsetzung auszumachen und zu kontextualisieren. Die Fragen zu Raum, Zugang, Nachhaltigkeit und Beziehungen sind Elemente, die für das Konzept der Allmenden Anknüpfungspunkte bieten. Diese werden im Folgenden aufgegriffen und mit ausgewählten Ergebnissen der Allmendenforschung zusammengebracht. Die Verbindung rechtlich dogmatischer, theoretischer und fachübergreifender Ansätze ermöglicht sachgemäße Lösungen. Obgleich Differenzierungen erforderlich sind, sollen technische, rechtliche, soziale und kulturelle Komponenten zusammengeführt und gemeinsame Bezugfelder aufgezeigt werden. In der Fallbearbeitung wird somit nicht mit rein dogmatischen Systembegriffen gearbeitet, sondern nach Anschlüssen an theoretische Kontexte gesucht.<sup>155</sup> So kann es gelingen, das rechtswissenschaftliche Potenzial auszuschöpfen und eine unentbehrliche gesellschaftstheoretische Problembearbeitung nicht an einer disziplinären Selbstbeschränkung scheitern zu lassen.

---

<sup>153</sup> LECHER, S. 29.

<sup>154</sup> Vgl. GOTTSCHLICH, S. 47.

<sup>155</sup> Vgl. zu dieser Methodik WIELSCH, Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 378 f.



---

## Teil 2: Allmenden

An die regelmässige Verwendung im Digitalen anknüpfend,<sup>156</sup> wird vorliegend der durch die Institution der Allmende vorgegebene Rahmen nachvollzogen und erweitert. Die verbreitete Inanspruchnahme des Begriffs fügt sich in eine allgemeine Prägung des digitalen Raums durch Naturmetaphorik ein.<sup>157</sup> So dienen Begriffe wie «Datensturm», «Datenberge» und «Datenseen» sowie «Wolken» oder Clouds dazu, neuartige Systeme oder Anwendungen zu beschreiben. Obschon solche Begriffsanlehnungen in den letzten Jahren weiter zugenommen haben, ist diese Entwicklung nicht neu. Seit Beginn des «Computerzeitalters» stechen Ausdrücke wie «Maus», «Viren» und «Würmer» ins Auge.<sup>158</sup> Wenngleich der so beschriebene Zustand zunächst wertungsfrei verstanden werden kann, ist sogleich die Zwecksetzung evident. Auf diese Weise wird ein Verständnis der digitalen Welt impliziert, das sie beinahe liebevoll – in jedem Fall aber nahbar – erscheinen lässt.<sup>159</sup> Die Natur und die von ihr ausgehenden Erfahrungen werden geschätzt, die Gefahren gleichzeitig banalisiert.

Während diese Problematik für viele digitale Bereiche gilt, zeigt sich eine ähnliche Herausforderung bei den «digitalen Allmenden» oder Commons. Es ist kein Zufall, dass sich die Entwicklerinnen dieser Begrifflichkeiten bedienen, um einen vermeintlichen Bezug zu traditionellen Institutionen herzustellen. Wer über die «Wissensallmende Wikipedia» sinniert, denkt womöglich an allen offenstehende, saftige grüne Wiesen, Kühe und ein angenehmes Miteinander. Dass innerhalb dieser traditionellen Institutionen zahlreiche Konflikte auszustehen waren, gerät aus dem Blickfeld. Es wird versucht, von der Allmende als «Modewort»<sup>160</sup> zu profitieren – ohne die Eigenschaften und Funktionsweisen dieser seit Jahrtausenden existierenden Institution zu untersuchen und zu berücksichtigen.

---

<sup>156</sup> Vgl. dazu insb. Kap. 3 I.

<sup>157</sup> Siehe dazu und zum Folgenden LOBE, *Twitter-Gewitter*, S. 11; dazu und zur Verwendung von Metaphern im Digitalen allgemein SCHROER, S. 254 ff.

<sup>158</sup> Siehe dazu umfassend THOMAS.

<sup>159</sup> Vgl. LUPTON.

<sup>160</sup> DE MOOR, S. 422; DIES., *Allmende*, S. 187.

## Kapitel 2: Die traditionelle Allmende

Um vorschnellen Zuschreibungen oder Verwendungen des Allmendebegriffs eine fundierte Analyse entgegenzusetzen, nähert sich diese Arbeit der Institution der Allmende aus einer historisierenden Sichtweise.<sup>161</sup> Dabei gilt es, sich auf die natürlichen, traditionellen Allmenden zu beziehen, ohne eine strikte Trennung der Dichotomie Natur/Kultur vorzunehmen.<sup>162</sup> Das Ziel ist, Grundüberlegungen aus der Allmendenforschung für ausgewählte Diskurse im Bereich der Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen, insbesondere im grundlagenbezogenen Immaterialgüterrecht. Die Diskussion um Allmenden soll dort anknüpfen, wo die Verbindungen zwischen den Beteiligten, der Zugehörigkeit und den Inhalten in einem Raum sichtbar werden.<sup>163</sup>

Für die interdisziplinären Grundlagen sind die empirischen Ergebnisse von ELINOR OSTROM von Bedeutung. Zwar beschrieb und bearbeitete die 1933 in Los Angeles geborene und 2012 verstorbene Politikwissenschaftlerin Allmenden längst nicht als Erste,<sup>164</sup> jedoch führte ihre 2009 mit dem Wirtschaftsnobelpreis ausgezeichnete Forschung maßgeblich zu einer Neubelebung des Themas.<sup>165</sup> Sie widersetzte sich den dominierenden neoliberalen Ansichten, die eine Privatisierung als einzig gangbaren Weg erachteten. Auf diese Weise konnte sie das Vertrauen vieler Wissenschaftlerinnen in das Funktionieren dieser Institutionen zurückgewinnen.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> Vgl. entsprechend GREIF/NEUWIRTH, S. 201.

<sup>162</sup> So bereits BRUNCEVIC, S. 7 ff.

<sup>163</sup> Vgl. BRUNCEVIC, S. 121.

<sup>164</sup> Vgl. die Auswahl bei AGRAWAL, *Common Resources and Institutional Sustainability*, in: NRC – Drama, S. 46 ff.

<sup>165</sup> BENKLER, *The Penguin*, S. 149, erwähnt OSTROMS Verfassung als «the single most influential book [...]»; ähnlich GROSS/HARMON, S. 206; MATTEI, *Postfazione*, in: Quarta/Spànò, S. 209; dennoch kritisch zu einigen wissenschaftlichen Ansätzen OSTROMS: AGRAWAL, *Common Resources and Institutional Sustainability*, in: NRC – Drama, S. 45 ff.

<sup>166</sup> ROSE, *Ostrom*, S. 32.

## I. Begriff, Entstehung und weitere Entwicklung

Wie bereits angedeutet, muss der Begriff der Allmende<sup>167</sup> im wissenschaftlichen Diskurs für verschiedenste Formen offenstehender Gemeinschaften erhalten, innerhalb derer Güter geteilt wurden.<sup>168</sup> Bei diesen Ansätzen unterbleibt in zahlreichen Fällen indes eine Analyse der historischen Hintergründe und Verläufe.<sup>169</sup> Entsprechend überrascht es kaum, dass eine Gleichsetzung der Institution der Allmende mit jenen der Commons erfolgt, ohne Unterschiede herauszuarbeiten, obschon diese bisweilen marginal erscheinen.<sup>170</sup>

### 1. Etymologie und Historie

Mit dem Anspruch, den historischen Rückbezug herzustellen, ist zunächst die Etymologie des Begriffs «Allmende» zu untersuchen. Im deutschsprachigen Raum stösst man auf den althochdeutschen Begriff «Alagimeinida», womit «das allgemeine Land»<sup>171</sup> beschrieben wurde. Im Mittelhochdeutschen war es als «Al(ge)meinde»<sup>172</sup> bekannt, während im bayrisch-österreichischen Raum die Synonyme «gemain» und «öllmet» belegt sind.<sup>173</sup> Diese etymologischen Wurzeln machen deutlich, wie sehr die sprachliche Prägung die weiterhin vertretene Ansicht bestärkt, dass es sich bei der Allmende um Land gehandelt hat, das allen offenstand.

Während die Wortherkunft somit in Teilen nachvollzogen werden kann, wird die materiell-historische Entwicklung kontrovers diskutiert.<sup>174</sup> Einige vermuten eine

---

<sup>167</sup> Wobei unter dem Begriff der Allmende die Institution verstanden wird.

<sup>168</sup> BADER, Bd. 1, S. 49; deshalb ist exakte Definitionsarbeit wichtig; eine solche übersah etwa HARDIN, jedenfalls nach DE MOOR, Allmende, S. 190 ff.; SIEFERLE, S. 304.

<sup>169</sup> Vgl. diese Kritik bei SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 29 ff.; siehe dennoch die Literatur zu historischen Bezügen im deutschsprachigen Raum, etwa DOBUSCH/QUACK, S. 41 ff.; GREIF/NEUWIRTH, S. 198 ff.; kritisch dazu DILLING, Wissensallmende oder Werbeplattform?, in: Schläppi/Gruber, S. 202 ff.

<sup>170</sup> Vgl. zu den Differenzierungen Kap. 2 VI.

<sup>171</sup> Lexikon des Mittelalters, Bd. I, S. 439, Stichwort Allmende.

<sup>172</sup> CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, S. 169.

<sup>173</sup> GREIF/NEUWIRTH, S. 198.

<sup>174</sup> CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, S. 170; Lexikon des Mittelalters, Bd. I, S. 439, Stichwort Allmende; vgl. zum Folgenden LÜTGE, S. 25 ff.

Weiterentwicklung aus altgermanischen Markgenossenschaften<sup>175</sup> im Frühmittelalter.<sup>176</sup> Andere gehen davon aus, dass die Allmende erst im Übergang zum späten Mittelalter entstand.<sup>177</sup> Obgleich sich diese Entwicklungslinien nur in Teilen nachvollziehen lassen, steht fest, dass im Alpenraum des 10. Jahrhunderts die ersten rechtlichen Regelungen entstanden, sog. Allmendenverfassungen.<sup>178</sup> Diese verschriftlichten Normtexte ermöglichten den Gemeindemitgliedern den Zugang und die Nutzung gemeinsam verwalteter Liegenschaften zu regulieren.<sup>179</sup> Gleichzeitig wurden Allmenden in Individualverwaltung betrieben.<sup>180</sup> Insbesondere im schwäbischen und fränkischen Raum gab es sog. Allmendgärten.<sup>181</sup> Bei diesen erscheint fraglich, ob es sich tatsächlich um Allmenden im hier vorliegenden Sinn handelte oder eher um besondere Formen der Bewirtschaftung.<sup>182</sup>

Innerhalb der Allmendeinstitutionen überwogen besondere Formen von Erbpacht- und Erbleihverhältnissen.<sup>183</sup> Konstruktionen und Zuweisungen, wie das heute bekannte «Eigentum»,<sup>184</sup> sind mit diesen Verhältnissen jedoch nicht vergleichbar.<sup>185</sup> Zwar war ein externes, feudales «Obereigentum» in vielen Fällen zu berücksich-

---

<sup>175</sup> Zu Dorf und Mark BADER, Bd. 1, S. 37 ff.

<sup>176</sup> Etwa MATTEI, Manifesto, S. 27 ff.; SIEHR, S. 409 ff.; beachte obgleich die Erwähnung der Markgenossenschaften im Kontext der Allmende, Kap. 2 V.2.

<sup>177</sup> DOBUSCH/QUACK, S. 41; CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, S. 171; HUBER, S. 16; zu der inkonsistenten Terminologie LÜTGE, S. 26; ZÜCKERT, S. 7 m. w. N.; parallel dazu der Wandel der Schenkgesellschaft bis hin zur Marktwirtschaft überblicksartig bei FROSIO, Gift, S. 1985 ff.; zu Gütergemeinschaften im Mittelalter HOFFARTH, Gütergemeinschaft im Mittelalter und moderne Share Economy, in: Schläppi/Gruber, S. 73 ff.

<sup>178</sup> CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, S. 171; OSTROM, Die Verfassung, insb. S. 90 ff.

<sup>179</sup> BADER, Bd. 1, S. 116 ff.; DOBUSCH/QUACK, S. 41; CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, S. 169; RÖSLER, S. 993; HUBER, S. 16 ff., betont, dass es dann jedoch zur Einteilung von Eigentum gekommen sei.

<sup>180</sup> Dazu BADER, Bd. 2, S. 128.

<sup>181</sup> BADER, Bd. 3, S. 81.

<sup>182</sup> BADER, Bd. 2, S. 128.

<sup>183</sup> Vgl. dazu ZÜCKERT, S. 74 ff.

<sup>184</sup> Zur historischen Entwicklung der verschiedenen Eigentumsmodelle siehe DE CLIPPELE, Rz. 1252 ff.

<sup>185</sup> GREIF/NEUWIRTH, S. 198 ff.; SIEHR, S. 413 ff.; ZÜCKERT, S. 1; zur Entstehung ländlichen Grundeigentums siehe insb. BADER, Bd. 2, S. 125 ff.; sowie BADER, Bd. 3; zu einem modernen Verständnis von Eigentum vgl. DE CLIPPELE, Rz. 1238 ff.

tigen,<sup>186</sup> dennoch überwogen in erster Linie Nutzungsfragen.<sup>187</sup> Das Land selbst war mithin keine handelbare Ware, sondern galt als Nutzungsgegenstand.<sup>188</sup> Der Liegenschaft kam die Funktion eines Speichers, einer «Nutzungsreserve»<sup>189</sup> zu.<sup>190</sup> Bewahrt wurden hauptsächlich Naturgüter, etwa Weiden, Rebland, Wald und Moore.<sup>191</sup> Die für Zugang und Zufuhr erforderlichen Strassen und Wege, Flüsse und Bäche stellten ebenfalls wichtige Speicher dar.<sup>192</sup> Wälder, in denen Schweine nach Eicheln und Bucheckern suchen konnten, waren für die Viehwirtschaft von grosser Bedeutung.<sup>193</sup> Der hohe Wert des Waldes bestand somit nicht in erster Linie in der Holznutzung,<sup>194</sup> sondern in der Waldweide.<sup>195</sup>

Neben natürlichen Ressourcen dienten Backofen und Fleischbänke als gemeinsame infrastrukturelle Anlagen der Allmende.<sup>196</sup> In dieser Hinsicht war der gemeinsame Ge- und Verbrauch oft nur eine Ergänzung zum individuell betriebenen Ackerbau.<sup>197</sup> Die einzelne Nutzerin konnte folglich auf mindestens zwei Quellen zurückgreifen. Dies lag wohl daran, dass sich die Bäuerinnen der Begrenztheit der jeweiligen Güter bewusst waren.<sup>198</sup> Neben diesen Allmenden im ländlichen Bereich existierten entsprechende Institutionen in urbanen Gebieten.<sup>199</sup> OSTROM<sup>200</sup> merkt an, dass sich die Allmendenerforschung nicht nur mit einigen Fischgrün-

---

<sup>186</sup> LÜTGE, S. 15; ZÜCKERT, S. 210.

<sup>187</sup> BADER, Bd. 3, S. 1–15; SCHACHERREITER, S. 205 ff.; mit Bezug auf digitale Commons BALAND/PLATTEAU, S. 26.

<sup>188</sup> SCHACHERREITER, S. 214.

<sup>189</sup> BADER, Bd. 1, S. 49.

<sup>190</sup> Lexikon des Mittelalters, Bd. I, S. 439, Stichwort Allmende.

<sup>191</sup> CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, S. 169; Lexikon des Mittelalters, Bd. I, S. 439, Stichwort Allmende.

<sup>192</sup> Vgl. OSTROM, Die Verfassung, S. 89 ff., 107 ff.

<sup>193</sup> HUBER, S. 17 m. w. N.; Ziegen hingegen hinderten die Regenerierung des Waldes und waren deshalb oft verboten, SIEFERLE, S. 304.

<sup>194</sup> Vgl. zur Bau- und Brennholzgewinnung im Gemeindewald jedoch ZÜCKERT, S. 1.

<sup>195</sup> BADER, Bd. 1, S. 49.

<sup>196</sup> BADER, Bd. 1, S. 116.

<sup>197</sup> CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, S. 170.

<sup>198</sup> DE MOOR, Allmende, S. 190 m. w. N.

<sup>199</sup> GREIF/NEUWIRTH, S. 199.

<sup>200</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 3.

den<sup>201</sup> oder Weideflächen befasse.<sup>202</sup> Ein öffentliches Interesse im heute bekannten Mass wäre so kaum entstanden.

## 2. Die Einhegung der Allmenden ...

Im Verlauf des 18. und des 19. Jahrhunderts kam es zu ersten Einzäunungen.<sup>203</sup> Bedingt durch die Industrialisierung, den sinkenden Bedarf an Arbeitskräften und ein Streben nach Masse und Fläche wurde dies insbesondere durch die rasante Entwicklung in England vorangetrieben.<sup>204</sup> Der Staat versuchte, den daraus resultierenden Verarmungen mit temporären Nutzungsrechten entgegenzuwirken,<sup>205</sup> doch standen schnelle Ertragssteigerungen und hohe Gewinne diesem Anspruch entgegen.<sup>206</sup>

Das Flurbild veränderte sich infolgedessen radikal<sup>207</sup> und die Bewirtschaftung der Felder erfolgte anders als zuvor:<sup>208</sup> Einzelne Parzellen wurden zusammengeschlossen und privatisiert. Während in den Jahrzehnten davor dem Gemeinbesitz und der gemeinsamen Nutzung eine wichtige Rolle zugekommen war, hielten nun neue Formen des Privateigentums Einzug.<sup>209</sup> Den Einzelnen wurde es möglich, nach eigenem Ermessen zu walten, ohne Vorbehalte durch die Gemeinschaft befürchten zu müssen.<sup>210</sup> Hatte zuvor in manchen Orten individuelles Eigentum an

---

<sup>201</sup> Zu Allmend-Fischrechten in England ZÜCKERT, S. 157 f.; vgl. BALAND/PLATTEAU, S. 26 ff., 352 ff., 365 ff.

<sup>202</sup> Vgl. zur Rolle von Allmenden in modernen Kontexten MARELLA, S. 61–86; dennoch zu den animal spirits und der animal nature im Kontext von Commons PASQUINELLI, S. 30 ff.

<sup>203</sup> MATTEI, Benicomunismo, S. 21; WIELSCH, Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 372; SIEHR, S. 411 f.; zu einer virtuellen Einzäunung BOYLE, Public Domain, S. 33 ff.; DOBUSCH, S. 216 ff.; HESS/OSTROM, Introduction: An Overview of the Knowledge Commons, in: Hess/Ostrom, S. 12; zum walled garden im Digitalen und historisch KRANICH, Countering Enclosure, in: Hess/Ostrom, S. 85 ff.; vgl. zum Folgenden mit Bezug auf die Eigentumsverhältnisse DE CLIPPELE, Rz. 1241 ff.

<sup>204</sup> Vgl. dazu ZÜCKERT, S. 136 ff.; 207 ff.

<sup>205</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 50 ff.

<sup>206</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 51.

<sup>207</sup> CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, S. 177.

<sup>208</sup> CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, a. a. O.

<sup>209</sup> Umfassend dazu ZÜCKERT.

<sup>210</sup> ZÜCKERT, S. 1 ff.

Acker und Wiese mit einem gemeinschaftlichen Eigentum an Weide und Wald korrespondiert,<sup>211</sup> wurde nun das Privateigentum gegenüber dem Gemeinbesitz durchgesetzt.<sup>212</sup> Die ärmere Landbevölkerung verlor auf diese Weise jegliche Nutzungsmöglichkeit.<sup>213</sup> Diese Aberkennung von Rechten bedeutete für viele den Verlust der Lebensgrundlage. Ohne die Möglichkeit, Vieh zu halten oder Lebensmittel anzubauen, konnten die Menschen oft nur ein geringes Einkommen generieren, das kaum zum Leben reichte.<sup>214</sup> Die Gemeinden der Bäuerinnen vermochten dieser umfassenden Zersetzung ihrer Wirtschaftsordnung wenig entgegenzusetzen. Dies lag unter anderem daran, dass treibende Kräfte teilweise aus ihren eigenen Reihen hervorwuchsen.<sup>215</sup> So waren in England einige Bäuerinnen mit Schafzucht zu Reichtum gekommen und verfolgten nun entgegengesetzte Interessen.<sup>216</sup>

Wenngleich dieser Prozess der Einhegungen viele Herausforderungen und für die Einzelnen fatale Veränderungen mit sich brachte, kam es zu zahlreichen positiven Neuerungen. So war es fortan möglich, die Felder effizient zu bestellen und zu bewirtschaften. Zuvor war dies aus praktischen Gründen nicht möglich gewesen, weil die Felder beispielsweise zu klein und zu stark umzäunt gewesen waren, um sie umzupflügen.<sup>217</sup> Die Einzäunungen bewirkten somit nicht nur wirtschaftlich einen erforderlichen Bruch mit einer althergebrachten Wirtschaftsweise und die Einleitung moderner Produktionsformen.<sup>218</sup> Ferner hatte die Bauernbefreiung, verstanden als die Umwandlung der altüberkommenen Agrarverfassung in neue liberale Ideen, zur Folge, dass zahlreiche Bäuerinnen der herrschaftlichen Abhängigkeit entfliehen konnten.<sup>219</sup> Gleichzeitig kam es jedoch zur zwanghaften Eingliederung in geldwirtschaftliche Zusammenhänge. Diesen waren viele Landwirtschaftstreibende kaum gewachsen, obschon sie auf finanzielle Mittel zum Leben

---

<sup>211</sup> ZÜCKERT, S. 4.

<sup>212</sup> WIELSCH, Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 371; wobei ebenfalls existierende Schenkgesellschaften stark zurückgingen, vgl. FROSIO, Gift, S. 1987.

<sup>213</sup> ZÜCKERT, S. 136 ff.

<sup>214</sup> ZÜCKERT, S. 145; vgl. dazu LÜTGE, S. 286 f.

<sup>215</sup> ZÜCKERT, S. 204.

<sup>216</sup> ZÜCKERT, S. 176 ff.

<sup>217</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 52.

<sup>218</sup> ZÜCKERT, S. 138.

<sup>219</sup> GREIF/NEUWIRTH, S. 203; vgl. dazu umfassend LÜTGE, S. 201 ff.

angewiesen waren.<sup>220</sup> Weitere Verluste hatten sie ferner hinzunehmen, weil Nutzungsrechte grösstenteils entschädigungslos entzogen wurden.<sup>221</sup> Die Entwicklungen über die Jahre wiesen für die Gemeinschaft der Bäuerinnen demnach zahlreiche Facetten auf. Obgleich es zu zahlreichen, durchaus notwendigen Modernisierungen kam, scheinen die Schwierigkeiten für die einzelnen Personen oft überwogen zu haben.

### 3. ... und die Öffnung des Wissens?

Während der Boden somit zu grossen Teilen vom Kollektiv- ins Privateigentum<sup>222</sup> übergang,<sup>223</sup> geschah mit dem Anbruch der Moderne bei «geistigen Gütern» das Gegenteil.<sup>224</sup> Investitionen in den Bau von Schulhäusern, Bibliotheken sowie Bildungsinstitutionen wurden ausgeweitet.<sup>225</sup> Des Weiteren wurden viele private Bücherbestände der Fürstinnen für die Öffentlichkeit zugänglich gemacht.<sup>226</sup> Zwar konnte Wissen bereits ab Mitte des 17. Jahrhunderts umfassend zirkulieren, jedoch nahmen die Geschwindigkeit und der Umfang dieser Wissensöffnung für die Allgemeinheit massiv zu.<sup>227</sup> Potenziert wurde diese Entwicklung durch neue wissenschaftliche Zeitschriften,<sup>228</sup> die einen weitreichenden Diskurs vereinfachten und institutionalisierten.

Gleichzeitig lässt sich bereits ab dem 15. Jahrhundert die Verbindung von Werken mit Rechten beobachten. So entstanden um 1486 in Venedig erste Grundlagen des heutigen Urheberrechts, wobei diese zunächst darauf abzielten, ideelle Interessen

---

<sup>220</sup> LÜTGE, S. 286.

<sup>221</sup> LÜTGE, S. 286 f.

<sup>222</sup> Kritisch zum Dualismus privat-öffentlich AOKI, S. 1313; BOLLIER/HELFRICH, Commons als transformative Kraft, in: Helfrich – Commons, S. 15 ff.; zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses BOYLE, Shamans, S. 58 f.; MATTEI, Benicomunismo, S. 24.

<sup>223</sup> MATTEI, Manifesto, S. 32 ff.; ZÜCKERT, S. 1 ff.; Widerstand half indes, dass nicht alle Gemeinwälder in Privateigentum überführt wurden, SIEFERLE, S. 305.

<sup>224</sup> GRASSMUCK, Freie Software, S. 43; OHLY, Wissenskommunikation und -organisation. Quo Vadis?, in: Sieglerschmidt/Ohly, S. 14.

<sup>225</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 53.

<sup>226</sup> Vgl. GRASSMUCK, Freie Software, S. 43 m. w. H.

<sup>227</sup> Zum Wiederaufleben allgemein zugänglicher (wissenschaftlicher) Information, unter dem Aspekt von Open Access, FROSIO, Open Access Publishing, S. 23 ff.

<sup>228</sup> Die Philosophical Transactions in London und das Journal des Savans in Paris, GROSS/HARMON, S. 5; dazu ebenfalls CARROLL, S. 747.

abzusichern.<sup>229</sup> Während in der Antike Rechte an geistigen Werken weitgehend unbekannt waren,<sup>230</sup> kam nun das Bedürfnis nach rechtlichem Schutz auf.<sup>231</sup> Zwar war man sich bereits zuvor eines «geistigen Eigentums» bewusst gewesen, jedoch waren bis anhin geistige Güter und Sachgüter gleichgesetzt worden.<sup>232</sup> Manuskripte standen insbesondere im Eigentum des Mäzens.<sup>233</sup> Nachdrucke oder Verfälschungen wurden moralisch im wahrsten Sinne des Wortes «verteufelt».<sup>234</sup> Zu grundlegenden Veränderungen kam es dann im Zuge der maschinellen Massenproduktion von Papier, der Verbreitung des Holzschnitts und des Kupferstichs sowie der Erfindung des Buchdrucks<sup>235</sup> um 1440.<sup>236</sup> Während der Renaissance hatte die Stärkung der Stellung des Individuums zudem einen massgeblichen Einfluss auf die neue Rolle der Urheberin.<sup>237</sup> Im Mittelalter hatte es nicht nur an einer marktwirtschaftlichen Prägung,<sup>238</sup> sondern insbesondere an den erforderlichen Reproduktionstechnologien gefehlt.<sup>239</sup>

Ein erster Höhepunkt in dieser rasanten Entwicklung war das Aufkommen sog. Privilegien.<sup>240</sup> Diese bestanden als Druckerprivilegien mit Gewerbemonopol, Territorialprivilegien oder Bücherprivilegien bezüglich einer bestimmten Werkklasse. Den Begünstigten kamen auf diese Weise Befreiungen von den allge-

---

<sup>229</sup> POTTAGE/SHERMAN, S. 22 ff.; vgl. zur Entstehung von Vorläufern des Patentrechts ebenfalls in Venedig GIESECKE, Buchkultur, S. 106 f.

<sup>230</sup> JÄNICH, S. 7.

<sup>231</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden HUBMANN/REHBINDER, S. 17 ff.

<sup>232</sup> HUBMANN/REHBINDER, S. 19 f., bringen das Beispiel an, dass Epigramme mit Sklaven verglichen wurden; umfassend dazu JÄNICH, S. 7 ff.; PEUKERT, Kritik, S. 100.

<sup>233</sup> HUBMANN/REHBINDER, a. a. O.; PEUKERT, Kritik, S. 84 f.; dies bis in die 1750er Jahre in Deutschland, vgl. BARUDI, S. 78 ff.

<sup>234</sup> FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 25.

<sup>235</sup> Von GIESECKE, Buchkultur, S. 139 f., als «technisiertes und sozial standardisiertes komplexes Informationssystem» bezeichnet, das über den Fokus auf die blosse Druckerpresse hinausgeht; umfassend zum Buchdruck DERS., Buchdruck, S. 63 ff.; kritisch zur Annahme, dass damit eine «Buchkultur» beginnt, ESPOSITO, S. 187 f.

<sup>236</sup> PEUKERT, Kritik, S. 77; zu den technischen Neuerungen Gutenbergs GIESECKE, Kommunikative Welt, S. 198 ff.

<sup>237</sup> HUBMANN/REHBINDER, S. 21 ff.; JÄNICH, S. 17 ff.

<sup>238</sup> Zum Aufkommen derselben PEUKERT, Kritik, S. 92 ff.

<sup>239</sup> PEUKERT, Kritik, S. 76.

<sup>240</sup> PEUKERT, Kritik, S. 71 ff., 87 ff.; zum Folgenden FISCHER, Sampling, S. 35 ff.; MACMILLAN, S. 8 ff.; KLIPPEL, S. 36 ff.

meinen Rechtsregeln zu.<sup>241</sup> Zuwiderhandlungen, etwa Nachdrucke, wurden mit Geldstrafen oder Konfiskationen geahndet.<sup>242</sup> Aus heutiger Sicht sprach die herrschende Person somit absolute subjektive Rechte zu.<sup>243</sup> Daran anschliessend<sup>244</sup> entwickelten sich in England und Frankreich verschiedene Formen von Monopolen, Privilegien und Ad-hoc-Lizenzen.<sup>245</sup> Honorare für die Autorinnen waren indes nicht vorgesehen. Vielmehr sollten jene geschützt und entlohnt werden, die massgebliche finanzielle Aufwendungen getätigt hatten.<sup>246</sup>

Um 1690<sup>247</sup> kamen sodann erste Theorien zum Umgang mit geistigen Gütern auf.<sup>248</sup> Die daraus resultierende Lehre vom Verlags Eigentum schützte vornehmlich die Verlegerinnen, indem ihnen ein gewerbliches Monopol zum Schutz gegenüber Nachdrucken eingeräumt wurde.<sup>249</sup> Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in China entsprechende Konzepte bereits um 1185 bekannt waren.<sup>250</sup> Die Theorie vom geistigen Eigentum, geprägt durch die Arbeitstheorie John Lockes,<sup>251</sup> den Act 8 Anne c.19 aus dem Jahr 1710<sup>252</sup> und die diesbezüglichen französischen Revolutionsgesetze aus den Jahren 1791 und 1793,<sup>253</sup> bezweckte hingegen vornehmlich den Autorinnenschutz.<sup>254</sup> Inhaltlich ging es weiter um den Schutz der Investorinnen vor dem Ruin und um die Ermutigung, nützliche Bücher zu erfassen.<sup>255</sup> Entsprechend

---

<sup>241</sup> JÄNICH, S. 20 ff.

<sup>242</sup> FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 27.

<sup>243</sup> KLIPPEL, S. 37.

<sup>244</sup> Wobei KLIPPEL, S. 37, betont, dass eine Diskontinuität zu den modernen Formen des Urheberrechts bestehe.

<sup>245</sup> IZZO, S. 45 ff.

<sup>246</sup> FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 26 ff.

<sup>247</sup> Wobei der Zeitpunkt umstritten ist, BARUDI, S. 72 ff.

<sup>248</sup> Vgl. dazu FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 26 ff.

<sup>249</sup> HUBMANN/REHBINDER, S. 22 f.; SCHLINGLOFF, S. 573.

<sup>250</sup> FECHNER, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 27 m. w. N.

<sup>251</sup> Vgl. dazu BRUNCEVIC, S. 125; ausführlich DE CLIPPELE, Rz. 1248 ff.; SIEVERS, S. 42 f.

<sup>252</sup> An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books, in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned, oftmals als Statute of Anne bezeichnet. Dazu JÄNICH, S. 60 ff.; kritisch dazu PEUKERT, Kritik, S. 105 ff.; zu diesem im Kontext von Recht und Musik DÖHL, Substantially similar?, in Bung/Gruber/Kühn, S. 201 ff.

<sup>253</sup> PEUKERT, Kritik, S. 105 ff.

<sup>254</sup> HUBMANN/REHBINDER, S. 23 f.

<sup>255</sup> BARUDI, S. 74; IZZO, S. 109.

waren bereits damals vielzählige Interessen zu berücksichtigen, die nebeneinander Bestand hatten und gleichzeitig Anlass für Diskussionen gaben. Umso bedeutender war, dass in der weiteren Entwicklung immer mehr Beteiligte an diesen Diskussionen teilhaben und sich informieren konnten.

#### 4. Zwischenfazit

Für die weitere Entwicklung der Allmenden ist festzuhalten, dass der Entzug des Gemeindelandes einen massiven Einschnitt in die bis dahin verbreitete Lebens- und Produktionsweise sowie die gelebte Kultur bedeutete. Viele Bäuerinnen waren fortan nicht mehr in der Lage, selbstständig für ihren Unterhalt zu sorgen. Die Schaffung der Grundlagen der modernen Wirtschaftswelt ging auf diese Weise mit gewaltsamen Auflösungen des Gemeineigentums einher.<sup>256</sup>

Im Kontext immaterieller Güter wird der bis dahin von der Monarchin bestimmte kulturelle Rahmen mit einer neuen Öffentlichkeit und einem neuen Publikum konfrontiert. Mit dem gedruckten Buch begann eine künstlerische Form zu zirkulieren, in der ein bürgerliches Gefühl der Öffnung literarisch aufgearbeitet wird.<sup>257</sup> Ferner verlangten Gelehrte Zugang zu privaten Sammlungen der Adligen, um an diesem Wissen teilzuhaben.<sup>258</sup> Gleichzeitig wurde das gedruckte Buch, mitsamt der Möglichkeit zur Kopie, zunehmend zu einem Industriegut und aus diesem Grund verstärkt mit Rechten belegt. Der Mensch erkannte sein vermeintliches «geistiges Individuum» und erste Anzeichen eines urheberrechtlichen Denkens wurden sichtbar.<sup>259</sup> Es ist demnach zu differenzieren: Während «altes» Wissen zunehmend für die Allgemeinheit offenstand, wurden neue Werke zunehmend Rechten unterstellt und blieben somit grösstenteils «verschlossen».<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> BRAUN, S. 87 f.

<sup>257</sup> VESTING, Computernetzwerke, S. 34.

<sup>258</sup> GRASSMUCK, Freie Software, S. 43 ff.

<sup>259</sup> VOGEL, § 2 Geschichte und Quellen des Urheberrechts, in: Loewenheim, Rn. 1 ff.

<sup>260</sup> GRASSMUCK, Freie Software, S. 44.

## II. Merkmale traditioneller Allmendeinstitutionen

Während der weitere Umgang mit den Inhalten im dritten Teil aufgegriffen werden soll, werden folgend die massgeblichen Eigenschaften traditioneller Allmenden vertieft,<sup>261</sup> um Ansätze für eine digitale Allmende zu entwickeln und einer detaillierten Auseinandersetzung zu unterziehen. Wenngleich nicht von allgemeinen, stets gleichbleibenden Merkmalen ausgegangen werden kann,<sup>262</sup> die Einzelfallbetrachtung mithin zentral bleibt,<sup>263</sup> bestehen nach OSTROM Ähnlichkeiten.<sup>264</sup>

### 1. Beziehungen

Von den im ersten Kapitel beschriebenen Begriffen spielten in Allmenden soziale Beziehungen eine massgebliche Rolle. Bei den Beteiligten handelte es sich meist um Individuen mit gewissen Ähnlichkeiten.<sup>265</sup> Diese Homogenität bezieht sich insbesondere auf wirtschaftliche und kulturelle Prägungen sowie Fähigkeiten, welche die Gruppe einten,<sup>266</sup> das heisst den Zusammenhalt stärkten und eine Spal-

---

<sup>261</sup> Vgl. MADISON/FRISCHMANN/STRANDBURG, S. 660; dem Grunde nach ist es dennoch fast unmöglich, starre Regeln für Allmenderessourcen-Institutionen herauszustellen, OSTROM, Die Verfassung, S. 75.

<sup>262</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 75; OSTROM/BASURTO, S. 320; OSTROM, Reformulating, S. 40: «The particular rules used in the long-surviving, self-governing systems varied substantially from one another. Consequently, it is not possible to arrive at empirical generalizations about the particular types of rules used to define who is a member of a self-governing community, what rights they have to access a common-pool resource and appropriate resource units, and what particular obligations they face. It is possible, however, to derive a series of design principles that characterize the configuration of rules that are used.»

<sup>263</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 117.

<sup>264</sup> Vgl. dazu die Ausführungen bei OSTROM, Beyond markets and states, S. 652 ff.

<sup>265</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 115 ff.

<sup>266</sup> HESS/OSTROM, S. 116; BALAND/PLATTEAU, S. 162; wobei OSTROM, Reformulating, S. 44, daraufhinweist, dass heterogene Gemeinschaften erfolgreich zusammenarbeiten könnten, sofern sie gemeinsame Ansichten, Absichten und ein ähnliches Verständnis hätten; GREIF/NEUWIRTH, S. 204, meinen hingegen, dass Egalität innerhalb von Allmendeinstitutionen nicht existiert habe.

tung verhinderten.<sup>267</sup> Wie bildhaft beschrieben wird, teilten die Personen «eine gemeinsame Vergangenheit und erwarten für sich eine gemeinsame Zukunft».<sup>268</sup>

Weiter spielte die Historizität in Allmenden eine grosse Rolle. Wissen und Erfahrungen weiterzugeben, ermöglichte den erforderlichen Austausch zwischen den Generationen<sup>269</sup> und stärkte das Zugehörigkeitsgefühl. Die Planung einer gemeinsamen Zukunft wurde durch das Vertrauen möglich, das zwischen den Einzelnen vorhanden war.<sup>270</sup> Gestärkt wurde dieses Vertrauen wahrscheinlich dank kleinerer Gruppengrössen, wengleich zur Anzahl der Beteiligten verschiedene Angaben gemacht werden.<sup>271</sup> Die sozialen Beziehungen innerhalb der Allmende entstanden folglich über einen längeren Zeitraum und waren von Zukunftsplanung und historisch gewachsenen Werten geprägt. Trotz dieser Gemeinsamkeiten, der Pflege von Werten und Zugehörigkeit waren die Allmenden keine Urform einer freien Gesellschaft.<sup>272</sup> Eine «urkommunistische» oder «urdemokratische» Gleichheit bestand nicht.<sup>273</sup> Vielmehr wurden verschiedene Rollen eingenommen, wobei Pflichten zu berücksichtigen waren, deren Einhaltung streng kontrolliert wurde. Diese Verpflichtungen sollten die Beteiligten an die Allmende binden,<sup>274</sup> um den Erhalt der Institution sicherzustellen.

---

<sup>267</sup> JOHNSON/LIBECAP, S. 1005 ff.

<sup>268</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 115; DIETZ/DOLŠAK/OSTROM/STERN, The Drama of the Commons, in: NRC – Drama, S. 12 ff. m. w. N.; siehe dazu AGRAWAL, Common Resources and Institutional Sustainability, in: NRC – Drama, S. 56, der kritisiert, dass sich OSTROM alleine auf die internen Nutzerinnen bezieht und das äussere soziale Umfeld kaum beachtet, wodurch sie z. B. den sozialen und/oder demografischen Druck in ihrer Arbeit nicht berücksichtigen kann.

<sup>269</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 31.

<sup>270</sup> BECKENKAMP, Der Umgang mit sozialen Dilemmata. Institutionen und Vertrauen in den Commons, in: Helfrich – Commons, S. 51 ff.; OSTROM, Beyond markets and states, S. 661; DIES., Reformulating, S. 34.

<sup>271</sup> AGRAWAL, Common Resources and Institutional Sustainability, in: NRC – Drama, S. 59 ff., weist darauf hin, dass es an genaueren Untersuchungen zum Verhältnis zwischen der Anzahl der Gruppenmitglieder und erfolgreicher Kooperation noch fehle; OSTROM, Reformulating, S. 43, sieht dieses Problem ebenfalls.

<sup>272</sup> SIEFERLE, S. 304.

<sup>273</sup> Vgl. LÜTGE, S. 15; SIEHR, S. 414 f.

<sup>274</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 56, 66; DIES., Reformulating, S. 31; vgl. ZÜCKERT, S. 7.

Allerdings wird bei den erwähnten Pflichten bisweilen übersehen, dass in Allmenden viele unterschiedliche Aufgaben den Alltag der Beteiligten prägten.<sup>275</sup> Dabei handelte es sich nicht um staatlich durchsetzbare Rechtspflichten im engeren Sinne, sondern um frühe Formen von Selbstregulierung und -kontrolle. Die Allmendeinstitutionen existierten daher parallel zum Rechts- und Staatssystem<sup>276</sup> und waren unabhängig in der eigenen Regelsetzung. Nichtsdestotrotz mussten in einigen Institutionen die Nutzungsregeln der Allmende zwischen Grundherren und Gemeinden ausgehandelt werden.<sup>277</sup> Hierdurch kam es zu Berührungspunkten zwischen Privat- und Allmendeigentum, was regelmässig zu Friktionen zwischen den Parteien führte.<sup>278</sup>

## 2. Zugang

Obwohl vielschichtige Beziehungen zu Aussenstehenden unterhalten werden mussten, bedeutete dies nicht, dass diese umfassenden Zugang erhielten. Zahlreiche Auflagen waren zu erfüllen, um an der Nutzung teilhaben zu können. Die Nutzungsmöglichkeit setzte vielerorts zum Beispiel voraus, dass die Person eigenes Liegenschaftseigentum besass,<sup>279</sup> in der Gemeinde wohnhaft war oder ein bestimmtes Alter erreicht hatte.<sup>280</sup> Nur dann konnte sie Beteiligte eines umfassenden Ressourcenpools werden. Die Teilhabe setzte mithin voraus, dass man selbst etwas beitrug. Deutlich wird hier der Aspekt des Austauschs, der die Allmenden prägte. Anders als bisweilen beschrieben, waren die Allmenden somit nicht Räume, die allen offenstanden, sondern der Zugang wurde in einem definierten Raum mit klaren Grenzen gewährt.<sup>281</sup> Innerhalb dieser Grenzen bewirtschaftete und teilte die Gemeinschaft die jeweilige Ressource nach bestimmten Grundsätzen. Wer Zugang erhielt, hatte stetig am Ausbau der Institution mitzuarbeiten und zum nachhaltigen Erhalt beizutragen.

---

<sup>275</sup> OSTROM, *Reformulating*, S. 31; ZÜCKERT, S. 7; zur diesbezüglichen Kritik an HARDIN etwa SIEFERLE, S. 304, mit Verweis auf bestehende Regeln innerhalb der Allmenden.

<sup>276</sup> STALDER, *Solidarität*, S. 22.

<sup>277</sup> BADER, Bd. 1, S. 42.

<sup>278</sup> Friktionen als Metapher für spannungs- und reibungsvolle, teils widersprüchliche Verknüpfungen der Gesellschaft – auch innerhalb der heutigen Gesellschaft; vgl. dazu GREIF/NEUWIRTH, S. 204; PASQUINELLI, S. 29.

<sup>279</sup> Zur Frage des Eigentums in den Allmenden siehe Kap. 2 I.1.

<sup>280</sup> *Lexikon des Mittelalters*, Bd. I, S. 440, Stichwort Allmende.

<sup>281</sup> Kritisch zu diesen Grenzen MATTEI, *Benicomunismo*, S. 49.

Um die Einhaltung der Pflichten sicherzustellen, existierten unterschiedlichste Regelungen, die von den Beteiligten für Einzelfälle angepasst wurden.<sup>282</sup> Die Einhaltung der Normen zu kontrollieren, stand jedoch nicht einzelnen Beteiligten, sondern der Gemeinschaft zu, die Verstösse mit Sanktionen ahndete.<sup>283</sup> Gleichzeitig gab es umfassende Mitbestimmungsrechte, wobei kein Mehrstimmrecht existierte, sondern pro Person nur eine Stimme abgegeben werden konnte. Ein solches Prinzip setzte eine beschränkte Grösse der Besitztümer voraus<sup>284</sup> und sollte verhindern, dass Liegenschaften ohne Weiteres verkauft werden konnten.<sup>285</sup> Dies trug dazu bei, dass das angestammte Besitztum zusammenblieb und anwachsen konnte. Aussenstehenden blieb der Zugang zu diesen Institutionen grundsätzlich verwehrt.<sup>286</sup> Dennoch konnten Externe in bestimmten Fällen sanktioniert werden. Gegenmassnahmen wurden unter anderem eingeleitet, wenn Allmendland unerlaubt für Gartenanlagen genutzt wurde.<sup>287</sup> Gleichzeitig existierten für diese Fälle verschiedene Konfliktlösungsmechanismen,<sup>288</sup> um die Streitigkeiten schnell und effizient zu lösen. Dies war bei den zahllosen Streitigkeiten, die das bäuerliche Leben stark belasteten,<sup>289</sup> vonnöten, um das friedliche Zusammenleben zu bewahren.

### 3. Zwischenfazit

Einige dieser Eigenschaften werden von OSTROM in den sog. design principles zusammengefasst,<sup>290</sup> etwa klar definierte Grenzen, Überwachung und Sanktionen.<sup>291</sup> Die Aufzählung solch schematischer und feststehender Beschaffenheiten

---

<sup>282</sup> Vgl. DILLING, Wissensallmende oder Werbeplattform?, in: Schläppi/Gruber, S. 193 ff.

<sup>283</sup> Wobei in vielen Allmendeinstitutionen die Sanktionen oft niedrig ausfielen, OSTROM, Die Verfassung, S. 76, 88; SIEFERLE, S. 304.

<sup>284</sup> ZÜCKERT, S. 5.

<sup>285</sup> BADER, Bd. 2, S. 126.

<sup>286</sup> Siehe dazu die fünf wichtigsten Regelungen innerhalb von Allmenden bei SCHLAGER/OSTROM, S. 250, namentlich Zugang, Herausnahme, Management, Ausschluss und Abgrenzung.

<sup>287</sup> BADER, Bd. 3, S. 82.

<sup>288</sup> Vgl. dazu aus historischer Sicht SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 38; siehe ELLICKSON, S. 82 ff.

<sup>289</sup> BADER, Bd. 1, S. 50; vgl. ZÜCKERT, S. 172 ff.

<sup>290</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 115 ff., DIES., Beyond markets and states, S. 652; DIES., Coping with tragedies, S. 493–535, 495; DIES., Reformulating, S. 41; HESS/OSTROM, Introduction: An Overview of the Knowledge Commons, in: Hess/Ostrom, S. 7.

<sup>291</sup> Vgl. dazu Kap. 3 III.

ten<sup>292</sup> steht in einem Spannungsverhältnis zur Erkenntnis, dass die Voraussetzungen der jeweiligen Institutionen stetiger Veränderung ausgesetzt waren.<sup>293</sup> Im Gegensatz zur Annahme absoluter Prinzipien erscheint es vielversprechender, «besondere Bedingungen»<sup>294</sup> anzunehmen und zu untersuchen, welche Eigenschaften bestehen, welche Beziehungen auf welcher Grundlage vorhanden sind und welche Besonderheiten zu berücksichtigen sind.

Die Grundlagenforschung OSTROMS schafft dennoch wichtige Erkenntnisse für die weitere wissenschaftliche Auseinandersetzung. Somit kann festgehalten werden, dass die Konstruktion und Bewirtschaftung nachhaltiger Allmendeinstitutionen auf unterschiedliche Arten möglich war und ist.<sup>295</sup> Während die Unterschiede klar herausgearbeitet werden müssen, ist gleichzeitig zu beachten, dass das Abstraktionsniveau die komplexe Struktur vieler Institutionen nicht in den Hintergrund verfrachtet.<sup>296</sup>

### III. Die Tragik der Allmende

Bis heute bleibt neben den Arbeiten von OSTROM der Einfluss des 1968 veröffentlichten Artikels zur sog. Tragik der Allmende von GARRETT HARDIN<sup>297</sup> bestehen.<sup>298</sup> Die Bedeutung seiner Theorie ist von den starken Konflikten zwischen kapitalistischen und kommunistischen Idealen im Zeitraum der Veröffentlichung geprägt.

---

<sup>292</sup> Deshalb kritisch zu dieser Auswahl AGRAWAL, *Common Resources and Institutional Sustainability*, in: NRC – Drama, S. 49 ff.; zu digitalen design principles NRC – *Coming of Age*, S. 3, 34 ff.; vgl. die Grundsätze effektiver Selbstregulierung bei BUCKHEEB/DIECKMANN, S. 277 ff., namentlich klare Regelsetzung (u. a. ausgewogene Interessenrepräsentanz und Transparenz des Verfahrens) und -durchsetzung (u. a. Anreize zur Regeleinhaltung, Regelkontrolle und Sanktionsmechanismen); vgl. BELSKY/KAHR/BERKELHAMMER/BENKLER, S. 1 ff.

<sup>293</sup> GREIF/NEUWIRTH, S. 199 ff.

<sup>294</sup> LADEUR, *Die Dynamik des Internet*, in: Eifert/Hoffmann-Riem, S. 358.

<sup>295</sup> Vgl. STALDER, *Digitalität*, S. 249 ff.

<sup>296</sup> Vgl. OSTROM, *Coping with tragedies*, S. 494, die wiederholt darauf verweist, dass die oft angebotenen einfachen Lösungen für eine komplexe Institution wie die Allmende wenig zielführend seien; einige wissenschaftliche Ansätze kritisch zusammenfassend AGRAWAL, *Common Resources and Institutional Sustainability*, in: NRC – Drama, S. 70 ff.

<sup>297</sup> HARDIN, S. 1243 ff.

<sup>298</sup> Siehe das Folgende zusammengefasst etwa bei MATHIS, S. 401 ff.; ebenfalls DINGLER, S. 395 ff.

Ferner werden die von HARDIN ausgelösten Diskussionen durch die Aufsätze von SCOTT GORDON<sup>299</sup> und anderen Autorinnen<sup>300</sup> in ähnlichen Bereichen verstärkt.<sup>301</sup> Zusammen nehmen diese Autorinnen die Haltung ein, dass zu grosse Freiheit in Allmenden den Ruin für alle in sich birgt.<sup>302</sup> Diese Annahmen beruhen unter anderem auf Überlegungen von ARISTOTELES. Ihm zufolge tendieren grosse Gemeinden dazu, Pflichten zu vernachlässigen, sobald andere diese Aufgaben übernehmen.<sup>303</sup>

HARDIN basiert diese theoretischen Annahmen auf der Beschreibung einer Kuhweide, deren Nutzung sich mehrere Personen teilen, die sich organisieren müssen, um ihre Tiere gleichzeitig sowie im Wechsel grasen zu lassen.<sup>304</sup> Zu Beginn schicken die Beteiligten nur wenige Kühe auf die Weide. Mit der Zeit tendiert nach HARDIN jedoch jede Person dazu, immer mehr Tiere grasen zu lassen, bis diese Zahl ins Grenzenlose steigt.<sup>305</sup> Diese Annahme begründet er damit, dass jede für sich den grösstmöglichen Profit in möglichst kurzer Zeit<sup>306</sup> generieren möchte. Entsprechend schnell komme es zum Verfall der Weide. HARDINS These einer zwangsweisen Übernutzung würde sich immer dann bewahrheiten, wenn eine Ressource von mehreren genutzt wird und andere nicht ausgeschlossen werden können. Diese «Tragödie» liesse sich nur vermeiden, wenn die Nutzung begrenzt respektive die Freiheit zur Nutzung entzogen wird.<sup>307</sup> Demnach wäre ein «Levia-

<sup>299</sup> GORDON, S. 124 ff., mit einer frühen Version der Tragik der Allmende.

<sup>300</sup> Siehe zu den verschiedenen Einflüssen und Autorinnen in den 1960er Jahren FROSIO, Open Access Publishing, S. 22 ff.

<sup>301</sup> BOYLE, Property, S. 7; DOBNER, S. 193 f., bezeichnet das Werk Hardins als das «einflussreichste Werk über ökologische Probleme in den USA nach 1945»; vgl. zur Diskussion mit Paul Ehrlich im Jahr 1968 LÖHR/REHLING, «Governing the Commons», in: Löhr/Rehling, S. 12.

<sup>302</sup> «Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all», HARDIN, S. 1244; DOBNER, S. 194 ff.; HESS/OSTROM, Introduction: An Overview of the Knowledge Commons, in: Hess/Ostrom, S. 10 f.

<sup>303</sup> ARISTOTELES, Politik, 1261b, S. 35 ff.; siehe dazu MATHIS, S. 402.

<sup>304</sup> Das Folgende aus HARDIN, S. 1243 ff.

<sup>305</sup> «[M]an is locked into a system that compels him to increase his herd without limit – in a world that is limited», HARDIN, S. 1244.

<sup>306</sup> Vgl. FEHR/LEIBBRANDT, S. 2, die menschliche Ungeduld als entscheidenden Faktor ausmachen.

<sup>307</sup> «Die zwangsweise Übernutzung, wenn viele Eigner das Recht haben, eine Ressource zu nutzen[,] und keiner den anderen ausschliessen darf[,] und die Tragödie, dass die

than» ein gangbarer Lösungsweg.<sup>308</sup> Vergleichbar haben andere Autorinnen vorgeschlagen, verstärkt auf Privatisierungen<sup>309</sup> oder staatliche Eingriffe<sup>310</sup> in Form von kontingentierten Weiderechten<sup>311</sup> zu setzen.<sup>312</sup>

Obschon diese Annahmen bis heute anerkannt sind, werden sie seit den 1990er Jahren verstärkt hinterfragt. So wird HARDINS Modell vorgehalten, auf ungenauen Annahmen zu beruhen.<sup>313</sup> Diese Unbestimmtheit sei die Folge eines zu abstrakten und vereinfachten Konzepts, das zahlreiche Faktoren und Umwelteinflüsse nicht mitberücksichtigte.<sup>314</sup>

Doch wie kommen die Autorinnen zu dieser Einschätzung? In seiner Veröffentlichung in der Fachzeitschrift *Science* geht HARDIN von der Allmende als offenstehende Gemeinschaft aus, die jedermann zugänglich ist.<sup>315</sup> Wie gezeigt, bestanden und bestehen zwar verschiedene Formen von Allmendeinstitutionen,<sup>316</sup> jedoch definiert ein Grossteil klare Grenzen. Darüber hinaus ist gemäss seiner Beschreibung keine Kommunikation zwischen den Beteiligten möglich. Jede Beteiligte ist nur auf sich bedacht.<sup>317</sup> Eine solche Annahme wirkt statisch, ohne die zahlreichen Mechanismen zur Konfliktlösung zu berücksichtigen, die dank des kommunikativen Austauschs funktionieren. Folgt man den Beschreibungen HAR-

---

Ressource sich nur erhalten lässt, wenn man die Nutzung begrenzt, was den Verlust der Freiheit bedeuten würde, aber andererseits, würde man die Freiheit erhalten wollen, die Ressource verloren wäre», EULER/DREIER, *Creative Commons*, in: Bourcier/Dulong de Rosnay, S. 159.

<sup>308</sup> HARDIN, S. 1245; gegensätzlich dazu etwa OSTROM, *Coping with tragedies*, S. 495 ff.

<sup>309</sup> «Die Standardantwort», DOBUSCH/QUACK, S. 41; HARDT/NEGRI, S. 10.

<sup>310</sup> So etwa HETTICH, S. 116; RINDERLE, S. 15 ff. m. w. N.

<sup>311</sup> HETTICH, S. 117.

<sup>312</sup> AGRAWAL, *Common Resources and Institutional Sustainability*, in: NRC – Drama, S. 43; HESS/OSTROM, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in: Hess/Ostrom, S. 11; OSTROM, *Beyond markets and states*, S. 642; DIES., *Reformulating*, S. 31; MADISON/FRISCHMANN/STRANDBURG, S. 675 ff.; überblicksartig RINDERLE, S. 5 ff.; zu Lösungsansätzen bei der klassischen Allmenderessource Wasser siehe DOBNER, S. 177 ff.

<sup>313</sup> Vgl. FROSIO, *Open Access Publishing*, S. 25.

<sup>314</sup> Siehe zur Diskussion und zum Folgenden DIETZ/OSTROM/STERN, S. 1907 ff. m. w. N.

<sup>315</sup> MATHIS, S. 404 ff.

<sup>316</sup> Vgl. dazu Kap. 2 I.

<sup>317</sup> Zu dieser Kritik DOBNER, S. 199; HESS/OSTROM, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in: Hess/Ostrom, S. 11; zur Bedeutung von Kommunikation im Kontext von Kooperation BELSKY/KAHR/BERKELHAMMER/BENKLER, S. 40 ff.

DINS, scheint es indes, als könnten die Beteiligten an den bestehenden Bedingungen nichts ändern, als wären sie Gefangene ihrer selbst.<sup>318</sup> Zu fragen ist hierbei, ob der Autor versucht, Begründungen für die zu diesem Zeitpunkt populären neo-liberalen Annahmen zu finden. Diese richten sich gegen ein kooperatives Wirtschaften<sup>319</sup> und somit gegen ein funktionierendes Allmendemodell. Entsprechend wird auf diese Weise aller Voraussicht nach versucht, Formen der kollektiven Landnutzung im Allgemeinen zu diskreditieren und kapitalistische Wirtschaftsmodelle zum höchstmöglichen Entwicklungsstand des Menschen zu erklären.<sup>320</sup> Obgleich viele dieser Kritikpunkte eine politische Dimension haben, wird ebenfalls deutlich, dass die Theorie von HARDIN von einer zunehmenden Anzahl Wissenschaftlerinnen im Sinne einer «Ansicht konservativer Lehrmeinungen»<sup>321</sup> abgetan wird.

Dieser Wandel ist insbesondere OSTROM zuzuschreiben,<sup>322</sup> die in ihren Aufsätzen auf Alternativen zur Vermeidung der Tragik eingeht.<sup>323</sup> Ihre empirisch basierten Erkenntnisse bestärkten den Glauben an das Funktionieren menschlichen Miteinanders<sup>324</sup> und bildeten folglich eine fundierte Gegenthese. Während sie staatliche Regulierung als zu bürokratisch<sup>325</sup> und die Überführung in das Privateigentum<sup>326</sup> als nicht lohnenswert ansieht,<sup>327</sup> plädiert sie für eine gemeinschaftliche Selbstverwaltung.<sup>328</sup> Um diese Annahmen zu rechtfertigen, nimmt OSTROM zu-

<sup>318</sup> DOBNER, S. 199.

<sup>319</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 29, Fn. 22.

<sup>320</sup> LÖHR/REHLING, «Governing the Commons», in: Löhr/Rehling, S. 12.

<sup>321</sup> JANCKE/SCHLÄPPI, Einleitung, in: Jancke/Schläppi, S. 18.

<sup>322</sup> DOBNER, S. 197 m. w. N., bezeichnet diese Zeit als Phase des «neuen Institutionalismus», in der mit Beharrlichkeit auf die Bedeutung institutioneller Details Wert gelegt wurde. Dabei unterstreicht sie ebenfalls die Rolle OSTROMS.

<sup>323</sup> Überblicksartig zu den verschiedenen Ansätzen FROSIO, Gift, S. 2015 ff.

<sup>324</sup> MATTEI, Eine kurze Phänomenologie der Commons, in: Helfrich – Commons, S. 70 ff.

<sup>325</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 11 ff.

<sup>326</sup> Das bürgerliche Privateigentum als die Grundkategorie subjektiver Rechte, bedingt durch die Voraussetzung, dass sie die Macht des eigenen Willens des Subjekts voraussetzen (Machtbefugnis über die Nutzung, nicht in der Nutzung) und in das Recht einführen, MENKE, S. 207.

<sup>327</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 15 ff.

<sup>328</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 19 ff.; zusammengefasst bei BRAUN, S. 84; FROSIO, Gift, S. 2019; ROSE, Futures, S. 162; vgl. für einen Mittelweg (Selbst- und Mitverwaltung) FECHNER, Emanzipatorischer Rechtsstaat, S. 265 ff.

nächst an, dass eine Mehrzahl der Beteiligten anfangs das Regelsystem befolgen würde,<sup>329</sup> um im Wohle der Gemeinschaft zu handeln. Vergleichbar mit den Ausführungen HARDINS geht sie ebenfalls davon aus, dass im weiteren Verlauf der unmittelbare Vorteil durch Regelverletzungen stetig steigt.<sup>330</sup> Wenn beispielsweise mehr Kühe als erlaubt auf der Wiese grasen, kann die Einzelne mit einer erhöhten Milchproduktion rechnen. Diesem Szenario zum Trotz gelingt es OSTROM, Allmendeinstitutionen in verschiedenen Teilen der Welt zu finden, in denen diese Tragik nicht eintritt.<sup>331</sup> Sie kann ihre Gegenthese somit anhand real existierender, langlebiger Allmendeinstitutionen belegen und die Annahmen HARDINS in Teilen widerlegen. Warum es in manchen Institutionen zur Tragik kommt und in anderen nicht, lässt sie jedoch weitgehend offen. Sie vermutet, dass es an individuellen Heuristiken liegt, die über Jahre gewachsen sind und sich für ausgewählte Sachverhalte als passend erweisen.<sup>332</sup> So erstaunt es, dass die Beteiligten mit ihrem Verhalten Ergebnisse erzielen, die dem Optimum nahekommen.<sup>333</sup> OSTROM versucht dennoch, keine allgemeinen «Lösungen» zum Vermeiden einer Tragik in Allmendeinstitutionen anzubieten, sondern stellt die Einzelfälle in erster Linie deskriptiv dar.

#### **IV. Allmenden in der Schweiz und im schweizerischen Recht**

OSTROMS Ausführungen beziehen sich auf Institutionen in verschiedenen Ländern, unter anderem in Törbel, im Kanton Wallis. Dieser Bezug zur Schweiz soll vorliegend weitergeführt werden, um die besondere Relevanz dieser Institutionen im schweizerischen Recht und im gesamtgesellschaftlichen Gefüge darzustellen.

---

<sup>329</sup> FEHR/LEIBBRANDT, S. 1; es wird das befolgt, was andere Subjekte ebenfalls tun, FALK/FEHR/FISCHBACHER, *Appropriating the Commons: A Theoretical Explanation*, in: NRC – Drama, S. 179.

<sup>330</sup> OSTROM, *Die Verfassung*, S. 56.

<sup>331</sup> Vgl. dazu EULER/DREIER, *Creative Commons*, in: Bourcier/Dulong de Rosnay, S. 159, die auf die Beispiele bei SINGH verweisen.

<sup>332</sup> OSTROM, *Beyond markets and states*, S. 660.

<sup>333</sup> Siehe dazu SADRIEH/GÜTH/HAMMERSTEIN et al., *Group Report: Is There Evidence for an Adaptive Toolbox?*, in: Gigerenzer/Selten, insb. S. 85 ff.

Als Beispiel dient ein Urteil des Bundesgerichts (BG) vom 21. November 2006,<sup>334</sup> dem der folgende Sachverhalt zugrunde lag: Im Zuge des Erlasses eines neuen Weidgesetzes durch die Gemeindeversammlung Schiers im Kanton Graubünden am 1. Juli 2005 wurde die Nutzung der Gemeindealpen neu reguliert. So sah das Gesetz eine Fusion der vier bestehenden Genossenschaften zu einer öffentlich-rechtlichen Weid- und Alpgenossenschaft Schiers vor. Die Genossenschaften betrieben insbesondere Milchkuhhaltung. Drei Alpgenossenschaften sowie einzelne Mitglieder versuchten, diesen Zusammenschluss zu verhindern, und fochten das neue Weidgesetz mit Verfassungsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden an. Diese Beschwerden wurden mit Urteil vom 4. April 2006 gutgeheissen. Das Gericht begründete die Entscheidung insbesondere mit der Eigentumsгарantie der betroffenen Alpgenossenschaften, bei denen es sich um privatrechtliche juristische Personen im Sinne von Art. 59 Abs. 3 ZGB handle. Die Gemeinde wandte sich per staatsrechtlicher Beschwerde gegen dieses Urteil und argumentierte mit der Gemeindeautonomie. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut.<sup>335</sup>

Neben diesen Hintergründen interessiert vorliegend die Frage, welche Rechtsform Allmenden im schweizerischen Rechtssystem zukommt. So wird diskutiert, ob es sich um öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Institutionen handelt, wobei stets eine Einzelfallbetrachtung einzunehmen ist. In diesem Fall führt das Gericht aus:

«Im Anwendungsbereich von Art. 59 Abs. 3 ZGB können die Kantone regeln, ob sie derartige Körperschaften dem privaten oder dem öffentlichen Recht unterstellen. [...] Im Kanton Graubünden besteht neben der Rechtsgrundlage von Art. 63 ff. GG/GR für öffentlich-rechtliche Körperschaften der Gemeinden eine privatrechtliche Regelung zu den Allmendgenossenschaften [...]»<sup>336</sup>

Das Gericht betont diese Bedeutung der Betrachtung der jeweiligen Institution und räumt den Kantonen weitreichende Rechte ein. Obschon diese Zuordnung umstritten ist, wird sie auch in der Rechtswissenschaft vertreten.<sup>337</sup> Mithin liegt es an den Kantonen, darüber zu entscheiden, ob privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsformen präferiert werden. Mit Bezug auf die Entstehung und den Bestand

---

<sup>334</sup> BGE 132 I 270 ff.

<sup>335</sup> BGE 132 I 270.

<sup>336</sup> BGE 132 I 270, E. 4.1 und 4.2; vgl. dazu bereits HUBER, S. 13: «Die wenig präzisen Bestimmungen des Art. 59 ZGB lassen den Kantonen weitgehende Freiheit bei der Einteilung ihrer Körperschaften in öffentliche und privatrechtliche.»

<sup>337</sup> NORER, S. 6.

von Allmendeinstitutionen ist diese Offenheit bezüglich der Rechtsform insofern förderlich, als damit die notwendigen lokalen Gegebenheiten berücksichtigt und kontextbezogen angepasst werden können.<sup>338</sup> Bestärkt wird diese Betrachtungsweise durch den Verweis aus Art. 59 Abs. 3 ZGB auf kantonale zu erlassendes Recht.<sup>339</sup> Diese Bestimmung wird durch das BGBB ergänzt, das in Art. 5 lit. b ebenfalls Vorbehalte kantonalen Rechts statuiert. Obgleich nicht alle Kantone von dieser Bestimmung Gebrauch machen, ist beispielsweise nach Art. 52 lit. d der Verfassung des Kantons Solothurn die Bürgergemeinschaft für die Bewirtschaftung der Allmenden zuständig. Für die Annahme privatrechtlicher Regelungen spricht der redaktionelle Aufbau des Art. 59 ZGB. Der dritte Absatz statuiert diesbezüglich eine Ausnahme zu den beiden ersten Absätzen. Während für die öffentlich-rechtlichen und kirchlichen Körperschaften und Anstalten das öffentliche Recht vorbehalten bleibt (Abs. 1), unterstehen private Personenverbindungen dem Privatrecht (Abs. 2). Die Ausnahme bilden gemäss dem Wortlaut Allmendgenossenschaften, die unter den Bestimmungen des kantonalen Rechts verbleiben.<sup>340</sup>

Neben dieser Frage hat sich aus vertieft rechtswissenschaftlicher Perspektive ALFRED HUBER mit den lokalen Besonderheiten des Rechts und darüber hinaus auseinandergesetzt. So beschreibt er Spezialgesetze mit privatrechtlichem Charakter, wodurch er den Variantenreichtum der Rechtsformen abermals aufzeigt. Gleichzeitig betont er, dass Allmenden in vielen Kantonen der romanischen Schweiz der Status als juristische Personen – nach Genehmigung der Statuten – zugesprochen wird.<sup>341</sup> Die häufigste Organisationsform sei jene der Gesamthandsgemeinschaft.<sup>342</sup> Nichtsdestotrotz bestehen Zwischenformen, die teils im Kollektiv und teils individuell genutzt werden.<sup>343</sup> Entsprechend geht die Vielzahl unterschiedlicher Rechtsgrundlagen mit der Schwierigkeit eindeutiger rechtlicher Zuordnungen einher. Dies lässt sich damit begründen, dass es, wie gezeigt, an klaren Kriterien für die Annahme einer Allmende fehlt. Dies vereinfacht jedoch wiederum die Berücksichtigung lokaler Gegebenheiten und Eigenarten.<sup>344</sup>

---

<sup>338</sup> Vgl. dazu insb. HUBER, S. 13 ff.

<sup>339</sup> Vgl. dazu HUBER, S. 13 ff., 16 ff.

<sup>340</sup> Vgl. zu diesem Argument HUBER, S. 13.

<sup>341</sup> HUBER, S. 19.

<sup>342</sup> Lexikon des Mittelalters, Bd. I, S. 440, Stichwort Allmende.

<sup>343</sup> Lexikon des Mittelalters, Bd. I, S. 439, Stichwort Allmende.

<sup>344</sup> HUBER, S. 15.

Obschon Allmenden bisweilen als Relikte der Vergangenheit angesehen werden, zeigen diese Beispiele, dass diese Institutionen in mehreren Kantonen der Schweiz bis heute existieren und in der Rechtsrealität gelebt werden.<sup>345</sup> Beschrieben werden Allmenden zum Beispiel im Urserental im Kanton Uri<sup>346</sup> oder im Walliser Dorf Törbel von ROBERT MCNETTING.<sup>347</sup> Ferner ist das Bestehen dieser Institutionen im Kanton Obwalden bekannt, wobei circa neunzig Prozent der dortigen Alpflächen unter die Regelungshoheit verschiedenster Korporationsformen fallen.<sup>348</sup> Darüber hinaus sind Allmenden im Wallis zur Bewirtschaftung von Wasser bekannt.<sup>349</sup> Über sog. Suonen, offene Bachläufe und Wasserkanäle wird das Wasser seit Jahrhunderten transportiert.<sup>350</sup> Diese verschiedenen Institutionen dienen durch ihre Zukunftsgewandtheit und die auf langen Traditionen aufbauende Basis gleichsam als Grundlage für Forschungsprojekte,<sup>351</sup> die nachhaltige Konzepte zu entwickeln versuchen. In der vorliegenden Konzeption der digitalen Allmende wird ebenso versucht, nachhaltige Ansätze für die Bewirtschaftung von verschiedenartigen Ressourcen zu finden, ohne die traditionellen Rahmenbedingungen zu vernachlässigen.

Insgesamt wird deutlich, dass in den heutigen Institutionen vielfältige Rechtsformen statt starre rechtliche Gesellschaften überwiegen können. Dieser Umstand folgt aus den unterschiedlichen Organisationsstrukturen und kulturellen Prägungen.<sup>352</sup> Die Bedeutung dieser Institutionen in der Alpwirtschaft bis in die heutige Zeit ist darüber hinaus kaum bestreitbar, obgleich dahingestellt bleiben kann, ob die schweizerische Demokratie auf der Allmende beruht.<sup>353</sup>

<sup>345</sup> Siehe bestehende Regelungen in Italien, lesenswert ANGIOLINI, *Possibilità e limiti di recenti regolamenti comunali in materia di beni comuni*, in: Quarta/Spañò, S. 147 ff.

<sup>346</sup> CORDES/LÜCK/WERKMÜLLER, S. 183.

<sup>347</sup> NETTING; OSTROM, *Die Verfassung*, S. 79 ff.

<sup>348</sup> NORER, *passim*.

<sup>349</sup> Vgl. DOBNER, insb. S. 177 ff.

<sup>350</sup> Eine gute Beschreibung von Suonen bei RODEWALD, insb. S. 12 ff.

<sup>351</sup> Siehe das Waterchannel-Projekt, NFP 61, zur nachhaltigen Wassernutzung sowie MontanAqua. Zu beiden vgl. WEINGARTNER.

<sup>352</sup> Vgl. HUBER, S. 19.

<sup>353</sup> Vgl. SIEHR, S. 412, Fn. 17, und S. 428, Fn. 84; wengleich BRUNCEVIC, S. 177, Allmenden als demokratisch bezeichnet.

## V. Abgrenzungen

Allmenden kommt somit weiterhin eine wichtige Rolle zu. Dabei sind jedoch die historischen Wurzeln zu berücksichtigen, um über die metaphorische Inanspruchnahme hinauszugehen. In den letzten Jahren ist weiter zu beobachten, dass moderne Formen des Wirtschaftens wie die Sharing Economy sich zwar nicht direkt des Allmendebegriffs bedienen,<sup>354</sup> aber vom zunehmenden Interesse für kollaborative Formen des Wirtschaftens zu profitieren versuchen. Entsprechend kommt es zu ähnlichen Umschreibungen, die mit der Institution der Allmende jedoch wenig gemein haben. Im Folgenden erfolgen deshalb notwendige Abgrenzungen zu der Allmende ähnlichen Institutionen und Formen,<sup>355</sup> um sodann im dritten Kapitel das Konzept der modernen «Wissensallmende» einer vertieften vergleichenden Analyse zu unterziehen.

### 1. Das öffentliche Gut

Die erste Unterscheidung betrifft jene zwischen Allmendegütern und öffentlichen Gütern, wobei dies in erster Linie die Ressourcen, nicht die Institutionen betrifft. Hierbei kommt es bisweilen zu Konfusionen, da diese Unterscheidung zwischen den Ressourcen und den Institutionen nicht immer trennscharf erfolgt. OSTROM betont deshalb wiederholt, dass zwischen dem Ressourcensystem (z. B. Fischgründe) und den Ressourceneinheiten (z. B. den gefangenen Fischen) grundlegend zu unterscheiden sei.<sup>356</sup>

Diese ökonomisch geprägte Abgrenzung erfolgt anhand der Unterteilung in verschiedene Klassen von Gütern.<sup>357</sup> Namentlich wird zwischen den vorliegend relevanten öffentlichen Gütern (z. B. die Luft zum Atmen), gemeinschaftlichen Einrichtungen (z. B. Bibliotheken), Vereinsgütern (z. B. Clubs) und Privatgütern (z. B. der eigene Computer) differenziert. Diesbezüglich erweisen sich die Kriterien der Exklusivität sowie der Rivalität als zentral.<sup>358</sup> Gefragt wird dabei, wie

---

<sup>354</sup> Vgl. zu solch modernen Namensanleihen Kap. 3 I.

<sup>355</sup> Eine solche Abgrenzung kann jedoch nur in Bezug auf bestimmte Begriffe erfolgen, siehe etwa die weitgehende Abgrenzung bei BADER, Bd. 1, S. 2, 3; GREIF/NEUWIRTH, S. 198 ff. mit Bezugnahme auf die Hofstatt und die Feldflur.

<sup>356</sup> Vgl. überblicksartig dazu OSTROM, Die Verfassung, S. 37 ff.

<sup>357</sup> EULER/DREIER, Creative Commons, in: Bourcier/Dulong de Rosnay, S. 160 ff.; vgl. die Zusammenfassung der Abgrenzung bei MATHIS, S. 400.

<sup>358</sup> Vgl. die Übersicht bei HESS/OSTROM, S. 120; siehe Kap. 3 II.

kostenintensiv es ist, andere auszuschliessen (Exklusivität), und ob die Ressourcen endlich sind (Rivalität). Legt man diese schematische Unterteilung zugrunde, erscheint eine Abgrenzung anhand feststehender Klassifizierungen ohne Weiteres möglich. Allmendegüter lägen demnach immer dann vor, wenn Externe nicht bzw. nur mit unverhältnismässigem Aufwand von der Nutzung ausgeschlossen werden könnten und die Güter endlich sind.

Werden indes die vorstehenden Ausführungen zu den Institutionen der Allmende berücksichtigt, wirkt fraglich, wie es mithilfe eines solch schematischen Ansatzes gelingen kann, die Vielfalt der Allmendeinstitutionen abzubilden und zuzuordnen. Wie bereits deutlich wurde, unterscheiden sich die Allmenden und die Güter bisweilen grundlegend, sodass eine eindeutige Einordnung schwerfällt. So verweist OSTROM auf Beschränkungen durch Pflichten, die sie in Allmendeinstitutionen empirisch erfassen konnte.<sup>359</sup> Würde dies eine andere Einordnung in das vorgegebene Schema zur Folge haben? Trifft es zu, dass Allmendegüter stets endlich sind? Im Vergleich zu modernen Formen der «Allmende» wird deutlich, dass diese Differenzierungen zu Verallgemeinerungen führen, die zugunsten der Einzelfallbetrachtung und der Anpassungsfähigkeit der Allmende vermieden werden sollten. Im Sinne einer geschichtsbewussten Neukonzeptionierung der «digitalen Allmende» wird vorliegend eine Betrachtungsweise präferiert, die lokale, kulturelle, technische und rechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen versucht.

## 2. Die Markgenossenschaft

In der Allmendenforschung rücken mitunter Markgenossenschaften in den Blickpunkt.<sup>360</sup> Hierbei ist zu betonen, dass es sich bei diesen Genossenschaften nicht um Urformen des Siedlungsausbaus handelte. Vielmehr sind diese erst zu einem späteren Zeitpunkt, wahrscheinlich im Hoch- und Spätmittelalter,<sup>361</sup> entstanden. Grundsätzlich handelte es sich bei Markgenossenschaften um Gehöfte, die am Rande offenstehenden Landes lagen. Die Mark wird deshalb einerseits als wirt-

---

<sup>359</sup> Vgl. BOYLE, Mertonianism Unbound? Imagining Free, Decentralized Access to Most Cultural and Scientific Material, in: Hess/Ostrom, S. 138; DERS., Property, S. 1 ff.

<sup>360</sup> Vgl. insb. BADER, Die Rechtsgeschichte der ländlichen Siedlung, Teil B., in: Bader/Dilcher, S. 33, 103, 109, 170 ff., 332; DERS., insb. Bd. 1, S. 116 ff.; Bd. 2, S. 47 ff., 57 ff.; Bd. 3, S. 296 f.; siehe MAINE, S. 10.

<sup>361</sup> BADER, Die Rechtsgeschichte der ländlichen Siedlung, Teil B., in: Bader/Dilcher, S. 170 ff.

schaftliche und rechtliche Einheit des Dorfes beschrieben,<sup>362</sup> andererseits ist sie daraus hervorgegangen und hat sich losgelöst.<sup>363</sup> Dies wird in der gewählten Rechtsform deutlich. So zeichneten sich diese Zusammenschlüsse durch die Möglichkeit der politischen Vertretungsmacht und der gesellschaftsrechtlichen Eigenständigkeit aus.<sup>364</sup> Gleichzeitig unterlagen Markgenossenschaften restriktiven Bindungen von aussen. Insbesondere das Erstarren der Grundherrschaften verstärkte diese Bindungen.<sup>365</sup> Hierin liegt ein zentraler Unterschied zu Allmenden: Während sich Allmenden durch verschiedene Formen der Selbstverwaltung und -organisation auszeichneten, war dies in Markgenossenschaften höchstens in einer frühen Phase Realität.<sup>366</sup>

Darüber hinaus wurden die Nutzungsbefugnisse der Beteiligten, denen Anteile an der Feldflur innerhalb der Mark zustanden, früh verdichtet. In der Folge entstanden eigentumsähnliche Sonderrechte. In der Allmende standen die Rechte den Beteiligten oft gemeinsam zu,<sup>367</sup> dagegen dominierten in der Markgenossenschaft frühe Formen des Privateigentums.

Der dritte fundamentale Unterschied liegt in der Zwecksetzung. Den Beteiligten der Markgenossenschaft ging es in erster Linie darum, zuvor nicht benutzte Räume und Höfe einer extensiven Nutzung zuzuführen und umfangreiche Erträge zu generieren.<sup>368</sup> Im Gegensatz dazu bestand in der Allmende das Ziel darin, nachhaltig zu wirtschaften, wenngleich dies weniger Erträge für die einzelnen Beteiligten bedeuten konnte.

### 3. Die Sharing Economy

Weiter ist die Institution der Allmende von der Sharing Economy abzugrenzen.<sup>369</sup> Diese vermeintlich neue Form des Wirtschaftens spielt mit dem Begriff des Teilens und versucht so, Parallelen zur Allmende hervorzurufen. Durch die Verwendung unpräziser Begrifflichkeiten im Kontext «kollaborativer» Geschäftsmodelle,

---

<sup>362</sup> BADER, Bd. 1, S. 37.

<sup>363</sup> BADER, Bd. 2, S. 125.

<sup>364</sup> Vgl. zu Markgenossenschaften SIEHR, S. 409 ff.

<sup>365</sup> GREIF/NEUWIRTH, S. 202.

<sup>366</sup> Vgl. GREIF/NEUWIRTH, a. a. O.

<sup>367</sup> BADER, Bd. 2, S. 123 ff.

<sup>368</sup> BADER, Die Rechtsgeschichte der ländlichen Siedlung, Teil B., in: Bader/Dilcher, S. 170.

<sup>369</sup> Siehe Kap. 2 V.

die einer weltweiten Konsumentinnenmasse angeboten werden, präsentieren sie sich als nachhaltige Akteurinnen.<sup>370</sup> In dieser Hinsicht profitieren sie vom Umstand, dass sich das Verständnis und die Erwartungen an Produkte und Dienstleistungen im stetigen Wandel befinden.<sup>371</sup> Daraus ergeben sich zwei Fragen: zum einen, ob aus rechtlicher Sicht terra incognita betreten wird,<sup>372</sup> also ob diese Modelle bestehende Geschäftspraktiken fundamental verändern, zum anderen, inwiefern in diesen Wirtschaftsformen Anleihen traditioneller Allmendestrukturen zu finden sind.<sup>373</sup> Es gilt zu klären, ob die Modelle der Sharing Economy als «Indiz für die zunehmende Konsensfähigkeit von Modellen der gemeinschaftlichen Nutzung» dienen oder ein erneuter Versuch sind, weitere Märkte zu erschliessen.<sup>374</sup>

Die letzte Frage zuerst aufgreifend wird deutlich, dass eine einheitliche Definition des Phänomens der Sharing Economy fehlt.<sup>375</sup> Gemeinsam haben die verschiedenen Angebote, dass in ausgewählten Fällen private Ressourcen auf digitalen Plattformen gegen Geld zugänglich sind. Zahlreiche Privatpersonen bieten auf diese Weise ihre Wohnung oder das eigene Auto für die gebrauchswise Nutzung durch andere an. Dies führt zunehmend zu Rechtsstreitigkeiten.<sup>376</sup> Privates Eigentum wird eingesetzt, um möglichst viel Profit zu generieren. Hierin lassen sich grundlegende Unterschiede zu traditionellen Formen der Allmende erkennen, in der die Einzelne zwar Eigentum miteinbringen musste, die Gemeinschaft dies jedoch gemeinsam und gleichberechtigt verwaltete. Dem zentralen Ziel eines möglichst hohen und schnellen Profits steht demnach ein nachhaltiges Wirtschaften zum Wohle der Beteiligten gegenüber.

Gleichzeitig fällt auf, dass beide Modelle auf Vertrauen beruhen.<sup>377</sup> Während in der Allmende darauf vertraut werden musste, dass sich die anderen an die Regeln halten, setzt die Überlassung der eigenen vier Wände einen guten Glauben an das Verhalten der Mitmenschen voraus. Sichtbar wird die Notwendigkeit von Ver-

---

<sup>370</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 16.

<sup>371</sup> KALOUTA, S. 867.

<sup>372</sup> KALOUTA, S. 868.

<sup>373</sup> Vgl. dazu QUARTA, Privati della cooperazione: beni comuni e *sharing economy*, in: Quarta/Spanò, S. 85 ff., insb. 94 ff.; siehe SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 15 ff.

<sup>374</sup> LÖHR/REHLING, «Governing the Commons», in: Löhr/Rehling, S. 30.

<sup>375</sup> HAWLITSCHKEK/TEUBNER/WEINHARDT, S. 26.

<sup>376</sup> Siehe ausgewählte Fallbeispiele bei KALOUTA, S. 869 ff.

<sup>377</sup> Vgl. dazu HAWLITSCHKEK/TEUBNER/WEINHARDT, S. 26 ff.; BOTSMAN/ROGERS, S. 75 ff.

trauen beim sog. Crowdfunding, verstanden als die Finanzierung über viele Kleinstbeträge. Wer Geld gibt, vertraut beispielsweise auf die baldige Veröffentlichung eines Musikalbums.<sup>378</sup> Trotz der grundlegenden Differenzen zwischen den althergebrachten Institutionen und den modernen Geschäftspraktiken bestehen somit durchaus Ähnlichkeiten.

Ein weiterer Aspekt dieser differenzierten Betrachtung sind Konfliktlösungsmechanismen. Wie ausgeführt, zeichneten sich traditionelle Allmenden unter anderem durch die internen Regulierungen zur Lösung von Disputen aus. Dies stellte sicher, dass sie keine externe Hilfe in Anspruch nehmen mussten und unabhängig die internen Abläufe regulieren konnten. Im Vergleich dazu appellieren Unternehmen wie Airbnb an die Nutzerinnen, Streitigkeiten eigenständig zu lösen.<sup>379</sup> Hierbei fallen die grundlegend unterschiedlichen Motivationen ins Auge. Während in der Allmende der Zusammenhalt innerhalb der Institution gewahrt werden sollte, ist davon auszugehen, dass die meisten heutigen Plattformbetreiberinnen Verantwortung von sich weisen wollen. Dafür spricht der Versuch, in den Richtlinien die Tätigkeiten als bloße Vermittlungsleistungen zu definieren, um Haftungsbeschränkungen zu ermöglichen.<sup>380</sup>

Entsprechend wird deutlich, dass man zwar Vergleiche zwischen den beiden Formen des Wirtschaftens ziehen kann, den Systemen aber fundamental divergierende Prägungen zugrunde liegen, mit denen gegensätzliche Ziele verfolgt werden.

Ob es sich bei diesen digitalen Plattformen dennoch um Ansätze handelt, die in die Richtung einer gemeinschaftlichen Bewirtschaftung gehen, wirkt fraglich. So wird von Beginn an deutlich, dass versucht wird, in bestehende Märkte einzutreten, ohne die regulatorischen Barrieren zu beachten.<sup>381</sup> Anders als die Institution der Allmende, die darauf abzielte, losgelöst vom Staat zu wirtschaften, wird hier versucht, in den staatlich regulierten Markt einzutreten und die bestehende Regulierung mit verschiedenen Mitteln zu umgehen.<sup>382</sup> Obschon die Sharing Economy somit im Sinne eines Wirtschaftsmodells beschrieben wird, das traditionelle An-

---

<sup>378</sup> Vgl. dazu WIEMEYER, Crowdfinanzierung aus normativer Sicht, in: Aufderheide/Dabrowski, S. 76 f.

<sup>379</sup> Vgl. dazu GRAPENTIN, S. 182 f.; KALOUTA, S. 872.

<sup>380</sup> KALOUTA, S. 867.

<sup>381</sup> DITTMANN/KUCHUNKE, Sharing Economy: Digitale Revolution in der Produktion?, in: Aufderheide/Dabrowski, S. 27.

<sup>382</sup> DITTMANN/KUCHUNKE, Sharing Economy: Digitale Revolution in der Produktion?, in: Aufderheide/Dabrowski, S. 27.

sätze der Vermietung, des Transports oder der Paketauslieferung «revolutioniert»,<sup>383</sup> scheint eher das Gegenteil der Fall: Es wird versucht, Modelle der Vermietung<sup>384</sup> oder des Angestelltendaseins<sup>385</sup> zu umgehen, um beispielsweise Sozialabgaben zu sparen.<sup>386</sup>

Die Selbstbezeichnung als Communismus, um die Bedeutung des Teilens hervorzuheben, erscheint als reines Marketing.<sup>387</sup> Eine entsprechende Darstellung als gemeinsames Projekt wird von den Plattformbetreiberinnen im Gegensatz dazu genutzt, «hyperkapitalistischen Strukturen» einen Allmendeanstrich zu geben.<sup>388</sup> Die Verfahren und Urteile gegen Uber in Europa<sup>389</sup> scheinen diese Einschätzung weitgehend zu bestätigen. Es bleibt demnach abzuwarten, ob auf europäischer Ebene eine «Plattformrichtlinie» eingeführt wird oder ob direkt in den einzelnen Bereichen, wie dem Wettbewerbsrecht, eigenständige Änderungen erfolgen.<sup>390</sup>

#### 4. Zwischenfazit

Trotz fundamentaler Unterschiede sind ebenfalls Gemeinsamkeiten zwischen den einzelnen institutionellen Ausformungen auszumachen. Insbesondere der Aspekt des Vertrauens zwischen den Beteiligten ist hervorzuheben. Ein entscheidender Unterschied ist, dass in der Allmende das Land nicht als Ware, sondern als Nutzungsobjekt begriffen wurde.<sup>391</sup> Massgeblich war nicht das Bestehen von Eigentumsformen, sondern die Möglichkeit der Nutzung zu bestimmten Zwecken. Damit einhergehend zielten Allmendeinstitutionen auf nachhaltiges Wirtschaften

---

<sup>383</sup> FROSIO, Gift, S. 2024 ff.

<sup>384</sup> Dazu BR, Digitale Wirtschaft, S. 101 ff.; JUD/STEIGER, No. 3 ff.; VISCHER, S. 478 ff.

<sup>385</sup> PÄRLI, S. 243 ff.

<sup>386</sup> Siehe die Diskussion um Sharing Economies bei LESSIG, Remix, S. 143 ff.; MACMILLAN, S. 30–31.

<sup>387</sup> Vgl. SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 11.

<sup>388</sup> STALDER, Digitalität, S. 278; siehe umfassend SUNDARARAJAN; a. A. BOTSCHAN/ROGERS, Introduction: xiv ff.

<sup>389</sup> Vgl. zu diesem Themenkomplex die ergangenen Urteile der letzten Jahre, etwa Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urt. v. 10.07.2018 – UV.2017.00030; EuGH, Urt. v. 10.04.2018 – C-320/16 – GRUR Int. 2018, S. 1065 ff.; EuGH, 20.12.2017 – C-434/15 – DAR 2018, S. 138 ff.; BGH, Urt. v. 13.12.2018 – I ZR 3/16 – MMR 2019, S. 301 ff.

<sup>390</sup> KALOUTA, S. 882 f.

<sup>391</sup> SCHACHERREITER, S. 214.

statt Wachstum. So konnten beispielsweise nur so viele Kühe gehalten werden, wie gesund durch den Winter zu bringen waren.<sup>392</sup>

## VI. Exkurs: Commons

Zu weitergehenden modernen Anleihen der Allmende überleitend, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die Begriffe der Commons und der Allmende stehen. Dabei ist zu beachten, dass sich der Begriff des common von jenem der Commons unterscheidet. Ersterer beschreibt ein Verständnis des Gemeinsamen, das in erster Linie im Kontext marxistischer Theorien Anwendung findet.<sup>393</sup> Letzterer ist ebenfalls politisch und idealistisch besetzt, aber als ökonomisches Konzept umfassender verbreitet. Im Folgenden geht es aus diesem Grund in erster Linie um die Commons.

Zunächst fällt auf, dass im deutschsprachigen Raum der Begriff der Commons häufig Verwendung findet. Dies ist aller Voraussicht nach auf die Prägung durch englischsprachige Literatur zurückzuführen, welche die wissenschaftlichen Diskussionen massgeblich prägt.<sup>394</sup> Begründet wird die Begriffsverwendung damit, dass der im Deutschen vergleichbare Begriff der Allmende eine starke landwirtschaftliche Prägung aufweist<sup>395</sup> und für nicht landwirtschaftliche Modelle weniger geeignet erscheint. Doch umschreiben beide Begriffe tatsächlich dieselbe Institution? Während grundsätzliche Ähnlichkeiten zwischen englischen Commons und Allmenden auf dem Rest des Kontinents bestehen,<sup>396</sup> sind folgend die rechtlich relevanten Unterschiede herauszuarbeiten.

Vergleichbar mit der beschriebenen Entwicklung verschiedener Allmenden in Zentraleuropa entstanden im 13. Jahrhundert erste Formen der Commons in England. In der bäuerlichen Wirtschaft nahmen sie eine zentrale Rolle ein und ermöglichten einer Vielzahl von Beteiligten Zugang zu verschiedenen Ressourcen.<sup>397</sup> Ihre Existenz wurde massgeblich durch die Verabschiedung der Charter of the Fo-

---

<sup>392</sup> ZÜCKERT, S. 218.

<sup>393</sup> PASQUINELLI, S. 28.

<sup>394</sup> EULER/DREIER, Creative Commons, in: Bourcier/Dulong de Rosnay, S. 158, die LAWRENCE LESSIG für die amerikanische und BERND LUTTERBECK für die deutsche Rechtswissenschaft hervorheben.

<sup>395</sup> Vgl. SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 32.

<sup>396</sup> ZÜCKERT, S. 146.

<sup>397</sup> ZÜCKERT, S. 144.

rest, Teil der Magna Charta aus dem Jahr 1225, gesichert. Dieser Gesetzestext sicherte den Fortbestand dieser Institutionen verfassungsrechtlich ab.<sup>398</sup> Weiter zielte der 1516 erlassene Act of Parliament darauf ab, drohende Einhegungen zu unterbinden.<sup>399</sup> Obschon die Commons demnach weitreichend gesetzlich abgesichert waren, kam es im spätmittelalterlichen England zu umfassenden Einhegungen. Zahlreiche Rechte wurden aufgehoben, womit ein Wandel der Bewirtschaftungsformen einherging.<sup>400</sup>

Die Entwicklung der Commons und der Allmenden wirkt aus historischer Sicht mithin vergleichbar. Als zentrales Differenzierungsmerkmal erscheint die institutionelle Anbindung der Commons an den Staat. Während die Beteiligten an Allmenden zwar im Austausch mit den umgebenden Gemeinschaften standen, wurden die englischen Institutionen durch staatliche Normen massgeblich reguliert. Deutlich wird dies im Umstand, dass Allmendrechte in England durch das Common Law geschützt und somit gerichtlich durchsetzbar waren.<sup>401</sup> Ferner standen die englischen Institutionen für eine weitaus grössere Anzahl von Personen offen.<sup>402</sup> So konnten ganze Hundertschaften von Dörfern oder Grafschaften die Ressourcen nutzen.<sup>403</sup> Demgegenüber waren in der Allmendeinstitution Individuen bzw. Familien beteiligt.

Wiederum vergleichbar mit den Allmenden bestand unter den Beteiligten eine starke gemeinschaftliche Bindung,<sup>404</sup> was zum Erhalt über viele Jahrzehnte hinweg beitrug. Beide Institutionen bauten folglich auf weit zurückreichende historische Entwicklungen auf.

---

<sup>398</sup> MATTEI, Benicomunismo, S. 19; DERS., Manifesto, S. 33.

<sup>399</sup> ZÜCKERT, S. 137.

<sup>400</sup> Vgl. dazu umfassend ZÜCKERT, S. 136 ff.

<sup>401</sup> Dazu ZÜCKERT, S. 155 ff.

<sup>402</sup> EULER/DREIER, Creative Commons, in: Bourcier/Dulong de Rosnay, S. 158; LESSIG, Commons, S. 405 ff.; vgl. umfassend ZÜCKERT, S. 146 ff.

<sup>403</sup> ZÜCKERT, S. 147.

<sup>404</sup> ZÜCKERT, S. 172 f.

Insgesamt ist zu konstatieren, dass eine historisch genaue Abgrenzung zwischen den Allmenden und den Commons schwerfällt. Dies liegt an der mangelnden Konturierung beider Institutionen.<sup>405</sup> Gleichzeitig regt dieser Umstand dazu an, weitere wissenschaftliche Forschung in diesen Bereichen zu betreiben, um Erkenntnisse zu gewinnen, die als Basis dafür dienen können, die Allmende im digitalen Zeitalter wieder aufleben zu lassen.<sup>406</sup>

---

<sup>405</sup> PEUKERT, Gemeinfreiheit, S. 46 ff.

<sup>406</sup> Vgl. etwa DE CLIPPELE, Rz. 1238 ff., 1303 ff. Sie beschreibt die Eigentumsverhältnisse in Commons als eine Art «Meta-Regime», jenseits von öffentlichem und privatem Eigentum.

## Kapitel 3: Die kontemporäre Allmende

Nach der Einführung in traditionelle Allmendestrukturen und der Abgrenzung von vergleichbaren Konzepten bleibt die Frage, inwiefern sich deren Eigenschaften und Funktionsweisen an ein Zeitalter, das von digitalen Technologien geprägt ist, adaptieren und in das kontemporäre Urheberrecht integrieren lassen. In welchen Fällen kann das tatsächliche Bestehen einer kontemporären Allmende angenommen werden? Welche Kriterien sind hierbei entscheidend? Diesbezüglich warnt OSTROM vor einem überschwänglichen Optimismus,<sup>407</sup> zumal es als Herausforderung erscheint, langjährig gewachsene Institutionen «neu» zu implementieren. Obschon ein historisches Verständnis der Allmende erforderlich bleibt,<sup>408</sup> ist beispielhaft auf die sog. «Wissensallmende»<sup>409</sup> Wikipedia einzugehen, die als Aushängeschild einer digitalen Allmende angeführt wird.<sup>410</sup> Dieses dritte Kapitel wird dabei von der Frage geleitet, warum Inhalte als relevant eingestuft werden und wer dies entscheidet.

### I. «Wissensallmende» Wikipedia?

Der «Wissensallmende» Wikipedia kommt in der Diskussion um eine mögliche (Teil-)Adaption der traditionellen Allmende auf kontemporäre Kontexte eine zentrale Rolle zu. Begründen lässt sich dies nicht nur mit der Organisationsstruktur des Projekts,<sup>411</sup> sondern ebenfalls mit der zunehmenden Bedeutung des «digitalen

<sup>407</sup> OSTROM, *Beyond markets and states*, S. 659; vgl. BOLLIER, *The Growth of the Commons Paradigm*, in: Hess/Ostrom, S. 29; wobei BENKLER, *The Penguin*, S. 151 ff., mit Beispielen darlegt, wie traditionelle Allmenden in einer modernen Welt Bestand haben.

<sup>408</sup> «Die Exegese des Begriffs Commons bedingt eine historische Betrachtungsweise», EULER/DREIER, *Creative Commons*, in: Bourcier/Dulong de Rosnay, S. 158; im Bereich des Informationsrechts geht es demnach nicht um Analogien, sondern um die Übertragung von Problemlösungen auf das Wissensfeld, insb. von theoretischen Modellen, SPINNER, *Ist Wissen analogiefähig?*, in: FS Druey, S. 967.

<sup>409</sup> Zu diesem Begriff etwa DOBUSCH, S. 215; NUSS, S. 101 ff.; obwohl der Begriff metaphorisch verwendet wird, findet sich Kritik etwa bei DILLING, *Wissensallmende oder Werbeplattform?*, in: Schläppi/Gruber, S. 191 ff.; DE MOOR, *Allmende*, S. 191.

<sup>410</sup> Etwa BECKENKAMP, *Der Umgang mit sozialen Dilemmata. Institutionen und Vertrauen in den Commons*, in: Helfrich – Commons, S. 51 ff.; DOBUSCH/QUACK, S. 41 ff.

<sup>411</sup> Siehe Kap. 3 I.2.

Wissensspeichers» in Zeiten weltweiter politischer Herausforderungen.<sup>412</sup> Diese Bedeutung wird dadurch bestärkt, dass Wikipedia von idealistischen Zügen angetrieben wird. So soll die Website nicht weniger als eine umfassende Darstellung von verifizierbaren Fakten bieten, die stets aktualisiert digital einsehbar sind.<sup>413</sup> Dass Wikipedia und andere Wikis<sup>414</sup> diesem Leitbild nicht immer entsprechen, wird zu einem späteren Zeitpunkt thematisiert.<sup>415</sup>

## 1. Ein Projekt

Als Weiterentwicklung von «Fragstuben» in Wien, Frankfurter «Frag- und Anzeigungsnachrichten»<sup>416</sup> oder des «Brockhaus»<sup>417</sup> wurde Wikipedia im Januar 2001 als englischsprachiges Projekt gegründet.<sup>418</sup> Ziel war eine frei zugängliche Enzyklopädie,<sup>419</sup> die etablierte Nachschlagewerke in Umfang und Qualität übertreffen<sup>420</sup> und dazu beigetragen sollte, wissenschaftliches und Alltagswissen miteinander zu verbinden.<sup>421</sup> Anders als beim gescheiterten Projekt Nupedia wurden keine Spezialistinnen mit dem Verfassen der Artikel beauftragt,<sup>422</sup> sondern die breite Öff-

---

<sup>412</sup> Siehe dazu die Debatte aus 2017: [perma.cc/TQJ4-FJ4M](https://perma.cc/TQJ4-FJ4M); zu diesem Thema bereits LUHMANN, *Realität der Massenmedien*, S. 53 ff.; vgl. dazu ESPOSITO, S. 255 ff.; vgl. die musikalische Aufbereitung COHEN, *Album: You Want It Darker: Seemed The Better Way*: «It sounded like the truth, It seemed the better way, It sounded like the truth, But it's not the truth today.»

<sup>413</sup> Zur Kritik an der oft fehlenden Aktualität siehe Kap. 3 I.3.

<sup>414</sup> Umfassend zu verschiedenen Wikis KLINGEBIEL, *Wikis und Urheberrecht – Lösung über Lizenzierung?*, in: Ruse-Khan/Klass/v. Lewinski, S. 44.

<sup>415</sup> Siehe Kap. 3 I.3.

<sup>416</sup> Siehe zu den zwei genannten Institutionen TANTNER, insb. S. 67 ff. bzw. S. 108 ff.; zur geschichtlichen Entwicklung von Wissen und Institutionen BURKE, S. 19 ff.

<sup>417</sup> BERNAU, S. 17.

<sup>418</sup> PSCEIDA, S. 348.

<sup>419</sup> Zu Begriff und Geschichte der Enzyklopädie vgl. PSCEIDA, S. 100 ff.

<sup>420</sup> Wobei weiterhin hinterfragt wird, ob Wikipedia mit Enzyklopädien gleichzusetzen ist, BAND/GERAFI, S. 1; fest steht, dass Wikipedia den Markt für Enzyklopädien und Lexika stark eingeschränkt, wenn nicht gar zerstört hat, vgl. MANTZ, *Open Source, Open Content und Open Access*, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 418; PEUKERT, S. 79.

<sup>421</sup> PSCEIDA, S. 107.

<sup>422</sup> Dazu KLINGEBIEL, *Wikis und Urheberrecht – Lösung über Lizenzierung?*, in: Ruse-Khan/Klass/v. Lewinski, S. 44; PSCEIDA, S. 348; STALDER, *Digitalität*, S. 263, stellt Wikipedia als Nebenprodukt von Nupedia dar.

fentlichkeit eingeladen, am Projekt mitzuwirken.<sup>423</sup> Entsprechend ist Wikipedia als Form der sog. Massive Multiauthor Collaboration (MMC) einzustufen.<sup>424</sup> Diese Kooperationsformen zeichnen sich durch Offenheit der Projekte aus, in denen sich Beteiligte die Arbeit teilen. Die Zusammenarbeit setzt voraus, dass die Aufgaben aufteilbar sind und klare Zugangs- und Teilhaberegelungen existieren,<sup>425</sup> wobei sich Arbeiten am Text als passend erweisen.

## 2. Zwei Ebenen

Obschon die Formen der Zusammenarbeit im Digitalen in vielfältigen Formen zunehmen, wurden die Strukturen, Abläufe und Positionen innerhalb der Wikipedia im deutschsprachigen rechtswissenschaftlichen Diskurs nur von einzelnen Autorinnen beschrieben.<sup>426</sup> Diese Analysen verdeutlichen, dass zwischen dem für alle öffentlichen Bereich und der Organisationsstruktur dahinter zu unterscheiden ist, die nur internen «Wikipedianerinnen» offensteht.<sup>427</sup>

Die externe Ebene betrifft die für alle zugängliche Benutzeroberfläche, die unter wikipedia.org in zahlreichen Sprachen zur Verfügung steht. Möchte eine Nutzerin die Artikel und Bilder verwenden,<sup>428</sup> hat sie bestimmte Lizenzen zu berücksichtigen. Bis 2008 unterlagen die Texte einer sog. GNU-Lizenz für freie Dokumentationen (GLFD), die der Nutzerin weitgehende Nutzungsrechte einräumt. So sind beispielsweise Vervielfältigung, Verbreitung und Veränderung gestattet – auch zu kommerziellen Zwecken. Im Gegenzug sind die Lizenzbedingungen zu berücksichtigen, die unter anderem eine Pflicht zur Nennung der Autorin vorsehen.<sup>429</sup>

---

<sup>423</sup> STALDER, Neue Formen der Öffentlichkeit und kulturellen Innovation zwischen Copyleft, Creative Commons und Public Domain, in: Hoffmann, S. 309.

<sup>424</sup> Umfassend dazu WIELSCH, MMC, S. 96 ff.

<sup>425</sup> WIELSCH, MMC, S. 97 ff.; vgl. indes MCGOWAN, S. 241 ff., der das spontane Entstehen und die losen Verbindungen zwischen den Beteiligten betont.

<sup>426</sup> Siehe jedoch DILLING, Wissensallmende oder Werbepattform?, in: Schläppi/Gruber, S. 191–210; DERS., Wikipedia, S. 380–389; WIELSCH, MMC, S. 97 ff.; aus soziologischer Sicht umfassend STEGBAUER; PSCEIDA, S. 334 ff.

<sup>427</sup> STEGBAUER, S. 145; vgl. zur Unterscheidung nach Benutzergruppen unter «Wikipedianerinnen» PSCEIDA, S. 358 ff., insb. Abbildung 14 auf S. 363; vgl. NOSTHOFF/MASCHEWSKI, S. 37.

<sup>428</sup> Wobei das Hochladen von Bildern weiterhin zahlreiche Diskussionen auslöst. Siehe dazu Kap. 7 I.; WALLACE/EULER, passim.

<sup>429</sup> Perma.cc/2ZXE-LV8D.

Nachdem viele andere Websites die sog. Creative-Commons-Lizenzen<sup>430</sup> einsetzen, entschied sich Wikipedia ebenfalls für diese Form der Lizenzierung. Diese Anpassung führte zunächst zu internen Auseinandersetzungen, die mithilfe diskursiver Auseinandersetzungen und anschliessender Abstimmungen gelöst wurden.<sup>431</sup>

Steigt man tiefer in die Analyse der Strukturen und der Beteiligten ein, fallen die stark variierenden Zahlen der aktiven Autorinnen von Wikipedia auf.<sup>432</sup> So bleibt unklar, wie viele Personen intern und extern an den Beiträgen arbeiten. Zugleich wird deutlich, dass eine starke Abstufung an Quantität und Qualität der Mitarbeit zu verzeichnen ist. So wird ein Grossteil der Beiträge im Sinne der 90-9-1-Regel von einer relativ kleinen Gruppe von «Wikipedianerinnen» erstellt: Ein Prozent schreibt, neun Prozent editieren, neunzig Prozent konsumieren.<sup>433</sup> Bei diesen grob geschätzten Angaben ist zu beachten, dass Schreibende auf verschiedenen Websites aktiv sind. Das genannte ein Prozent, das auf Wikipedia Beiträge schreibt, ist somit ein anderes Prozent als auf anderen Websites. Fest steht jedoch, dass umfangreiche Artikel oft von sog. Hauptautorinnen geschrieben werden. Diese Personen übernehmen die primäre inhaltliche Verantwortung für den Artikel. Auf diese Weise kommt ihnen eine Kontroll- und Garantiefunktion zu.<sup>434</sup> Sobald die Mediendateien fertiggestellt und publiziert sind, werden sie sodann im Schwesterprojekt Wikimedia Commons gespeichert.<sup>435</sup>

Herausgefordert wird die Rolle der Hauptautorinnen und der Urheberin im Allgemeinen durch den zunehmenden Einsatz sog. Bots. Dabei handelt es sich um Softwareroboter, die bis zu einem gewissen Grad selbstständig Tätigkeiten überneh-

---

<sup>430</sup> Siehe dazu Kap. 5 I.

<sup>431</sup> STALDER, Digitalität, S. 264 ff.; WIELSCH, MMC, S. 99 ff.

<sup>432</sup> [Perma.cc/7P5S-PMFE](https://perma.cc/7P5S-PMFE); siehe dazu SIMONITE; SWARTZ.

<sup>433</sup> Vgl. ARTHUR.

<sup>434</sup> PEIFER, Commons, S. 687.

<sup>435</sup> Die Wikimedia Foundation Inc. ist eine gemeinnützige Gesellschaft nach US-Recht, DILLING, Wikipedia, S. 381; DERS., Wissensallmende oder Werbeplattform?, in: Schläppi/Gruber, S. 193; PSCHIDA, S. 352 ff.

men,<sup>436</sup> insbesondere einfache Verifizierungsarbeiten.<sup>437</sup> Darüber hinaus verfassen sie vermehrt eigene Artikel, die ebenfalls publiziert und gespeichert werden.<sup>438</sup> Auf diese Weise übernehmen sie nebst der Qualitätskontrolle eine Autorinnenfunktion,<sup>439</sup> was zu Inkompatibilitäten mit dem bestehenden Urheberrecht führt.<sup>440</sup> Weiter stellt sich die Frage nach einer (fehlenden) Nachvollziehbarkeit ihrer Entscheidungen, die jedoch weit über das vorliegend beschriebene Projekt hinausreicht.<sup>441</sup>

Eine weitere wichtige Rolle nehmen einige spezialisierte Mitarbeitende ein,<sup>442</sup> die «Vandalismusbekämpfung» betreiben.<sup>443</sup> Sie decken nicht nur Fehler in Texten auf, sondern hinterfragen die Objektivität von Autorinnen, wenn diese zu einseitig über ein bestimmtes Thema berichten. Einige dieser Funde werden als best of unter dem Stichwort Wikipedia Hoaxes veröffentlicht.<sup>444</sup> Auf diese Weise nehmen diese Mitarbeitenden eine Vermittler- und Garantiefunktion ein und versuchen, das Einhalten von Standards sicherzustellen.

### 3. Kritik

Die Abläufe auf Wikipedia unterliegen demnach theoretisch deutlichen Regelungen. Kritisiert wird allerdings, dass dies nicht der gelebten Praxis entspricht.<sup>445</sup> Dafür spricht zum Beispiel, dass unerfahrenen Autorinnen bisweilen der Eindruck vermittelt wird, ihre Mitarbeit sei unerwünscht, sobald sie versuchen, einen Auf-

---

<sup>436</sup> Vgl. dazu WÜRKERT/KLAFKI/WINTER, Digitalisierung und Öffentliches Recht, in: Klafki/Würkert/Winter, S. 9 m. w. N.; der BGH muss sich ebenfalls zunehmend mit der Thematik befassen, insb. mit sog. cheatbots, siehe BGH, Urt. v. 06.10.2016 – I ZR 25/15 – GRUR 2017, S. 266 ff. – World of Warcraft I; BGH, Urt. v. 12.01.2017 – I ZR 253/14 – GRUR 2017, S. 397 ff. – World of Warcraft II.

<sup>437</sup> MAIN, passim.

<sup>438</sup> In der schwedischen Wikipedia-Version wurden über hunderttausend Artikel automatisch angelegt, STALDER, Digitalität, S. 175 f.

<sup>439</sup> Vgl. dazu BAECKER, S. 21 ff.; siehe BAECKER/KLUGE, passim.

<sup>440</sup> STALDER, Nachahmung, S. 29.

<sup>441</sup> Weiterführend AMSTUTZ, S. 465; TEUBNER, Digitale Rechtssubjekte, S. 187 ff.

<sup>442</sup> STEGBAUER, S. 149 ff.; vgl. CORIAT, Chapitre 1 – Communs fonciers, communs intellectuels. Comment définir un commun?, in: Coriat, S. 45.

<sup>443</sup> Auffällig ist hierbei die Wahl martialischer Begriffe. Dazu PSCEIDA, S. 266: «Vandalenjäger» als eine Art «Wachschutz».

<sup>444</sup> Perma.cc/5RV6-U9BX.

<sup>445</sup> Dazu und zum Folgenden STEGBAUER, S. 145; NOSTHOFF/MASCHEWSKI, S. 37.

satz zu verfassen.<sup>446</sup> Auf diese Weise werden soziale Differenzierungen vorgenommen, die dem Bild eines egalitären Gemeinschaftsprojekts widersprechen. Diese abwehrende Haltung lässt sich unter Umständen jedoch damit erklären, dass prominente Personen immer wieder versuchen, ihre Belange persönlich einzubringen.<sup>447</sup> So ist auf den Eintrag zum ehemaligen Fernsehmoderator Stefan Raab in der deutschen Ausgabe der Wikipedia zu verweisen,<sup>448</sup> der umfangreicher als jener über Giorgio Agamben ausfällt.<sup>449</sup> Ob sich auf diese Weise der Einfluss von finanziellen Mitteln und Macht auf das Internet im Allgemeinen manifestiert,<sup>450</sup> ist dennoch zu hinterfragen. Vielmehr stellen sich organisatorische Fragen. Da subjektive Interessen und gesellschaftliche Ideale auf den objektiven Gehalt eines Artikels einwirken, sollten Interessenbindungen oder Befangenheit öffentlich gemacht werden. Wikipedia versucht, diesen Herausforderungen durch das Prinzip des sog. neutral point of view entgegenzutreten.<sup>451</sup> Dies soll sicherstellen, dass die Artikel faktenbasiert geschrieben werden, um eine informative Website zu ermöglichen. Zum jetzigen Zeitpunkt bleibt indes offen, inwieweit dieses Prinzip berücksichtigt wird.

Neben diesen Herausforderungen haben sich die «Wikipedianerinnen» nicht selten mit Streitigkeiten auseinanderzusetzen. In diesen Fällen wird von den internen Beteiligten, hauptsächlich männlichen Geschlechts,<sup>452</sup> mitunter versucht, einen vermeintlichen Insiderstatus auszunutzen, um andere zu diskreditieren.<sup>453</sup> Bei solch offensichtlichen Verstößen kann auf verschiedene Sanktionen zurückge-

---

<sup>446</sup> Vgl. die Beschreibungen bei BERNAU, S. 17; NOSTHOFF/MASCHEWSKI, S. 37.

<sup>447</sup> BENKLER, *The Penguin*, S. 153.

<sup>448</sup> [Perma.cc/J8AV-NECW](https://perma.cc/J8AV-NECW).

<sup>449</sup> [Perma.cc/S3UN-C65B](https://perma.cc/S3UN-C65B); vgl. zu diesem Beispiel STALDER, *Neue Formen der Öffentlichkeit und kulturellen Innovation zwischen Copyleft, Creative Commons und Public Domain*, in: Hoffmann, S. 315; zur Frage, was auf Wikipedia publiziert wird, siehe ROYAL/KAPILA, S. 138 ff.

<sup>450</sup> Siehe HESSE, S. 14, im Interview mit Lorraine Daston.

<sup>451</sup> BENKLER, *The Penguin*, S. 154 ff.; NOSTHOFF/MASCHEWSKI, S. 37.

<sup>452</sup> Kritisch dazu STALDER, *Digitalität*, S. 263; KEIM; auch andere wissenschaftliche Studien, etwa im Bereich des Filesharing, machen hauptsächlich männliche Akteure aus, DE KAMINSKI et al., S. 316 ff.

<sup>453</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden insb. DILLING, *Wissensallmende oder Werbepattform?*, in: Schläppi/Gruber, S. 191–210; siehe DERS., *Wikipedia*, S. 380 f.; vgl. BENKLER, *The Penguin*, S. 153 ff.

griffen werden,<sup>454</sup> um die Dispute schnell zu klären. Kommt es jedoch zum Streit zwischen «verdienten» Autorinnen, werden harte Sanktionen als kontraproduktiv angesehen und vermieden.<sup>455</sup> Andere Konflikte bleiben indes oft ungeahndet, da institutionalisierte Konfliktlösungsmechanismen erst nach und nach implementiert werden.<sup>456</sup> Entsprechend werden diese Streitigkeiten bisweilen beendet, weil die Beteiligten ermüdet aufgeben<sup>457</sup> oder ihnen der Zugang zur Plattform verweigert wird.<sup>458</sup> Positiv hervorzuheben ist jedoch, dass beispielsweise unter dem Stichwort Edit-Wars<sup>459</sup> Hinweise zum Umgang in Konfliktfällen aufgeführt sind. Dies ermöglicht zumindest potenziell eine konstruktive Konfliktlösung.<sup>460</sup> Unklar bleibt, ob die Anonymität den sorgsameren Umgang miteinander fördert oder hindert.<sup>461</sup>

Trotz dieser Kritikpunkte hat Wikipedia einen Ansatz gefunden, der den langjährigen Betrieb der Website sicherstellt. So gehört Wikipedia zu den am meisten aufgerufenen Websites weltweit.<sup>462</sup> Entsprechend ist sie kaum mehr aus dem informationellen Alltag wegzudenken.<sup>463</sup> Zusehend wird indes deutlich, dass das generierte Breitenwissen inhaltlich nicht immer verlässlich ist.<sup>464</sup> Dies liegt unter

<sup>454</sup> Zu Grundprinzipien und -regeln der Wikipedia DILLING, Wikipedia, S. 382 ff.

<sup>455</sup> DILLING, Wissensallmende oder Werbeplattform?, in: Schläppi/Gruber, S. 199 ff.

<sup>456</sup> Wenngleich PSCEIDA, S. 339 ff., 380 ff., auf die Vermittlungsausschüsse und Schiedsgerichte hinweist, die inzwischen eingerichtet wurden.

<sup>457</sup> BERNAU, S. 17; NOSTHOFF/MASCHEWSKI, S. 37.

<sup>458</sup> STALDER, Solidarität, S. 21, 251.

<sup>459</sup> Perma.cc/4GX8-R3SJ.

<sup>460</sup> Vgl. zur konstruktiven Konfliktlösung bei Wikipedia BENKLER, The Penguin, S. 103 ff.

<sup>461</sup> Vgl. BUCK-HEEB/DIECKMANN, S. 178 m. w. N., die der Meinung sind, dass trotz der Internet-Protokoll-Adressen die Identität des Nutzers unmöglich ermittelt werden kann und somit vollständige Anonymität besteht; zur Möglichkeit eines Zoning des Internets durch elektronische Signaturen CALLIESS, S. 67; HOEREN, Internet und Recht, S. 2853, sehr früh mit Überlegungen zur Identitätssicherung im Netz; ROBNAGEL, S. 68 ff., weist auf die zahlreichen Datenspuren im digitalen Raum hin; SASSEN, S. 332, die darauf hinweist, dass vor 1995 anonymes Handeln viel einfacher gewesen sei, bis politische und technische Kontrollmöglichkeiten schlagartig zugenommen hätten.

<sup>462</sup> DILLING, Wikipedia, S. 381; FROSIO, Gift, S. 2044 ff.; PSCEIDA, S. 332 f.

<sup>463</sup> STALDER, Digitalität, S. 262; siehe zur Bedeutung von Wikipedia im Alltag BEST, Wikipedia und Nachhaltigkeit, in: Klimpel/Keiper, S. 179 ff.

<sup>464</sup> Zum Folgenden STALDER, Neue Formen der Öffentlichkeit und kulturellen Innovation zwischen Copyleft, Creative Commons und Public Domain, in: Hoffmann, S. 315; NOSTHOFF/MASCHEWSKI, S. 37.

anderem daran, dass weniger populäre Artikel oft veraltet sind,<sup>465</sup> worunter die Qualität leidet.<sup>466</sup> Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Website in erster Linie als «Vorschlagewerk» dient.<sup>467</sup> Die Anerkennung als tatsächliches Nachschlagewerk bleibt Wikipedia verwehrt,<sup>468</sup> wenngleich einzelne Beiträge wissenschaftlich anspruchsvoll ausgearbeitet sind.<sup>469</sup> Um dieser Problematik entgegenzuwirken, versucht Wikipedia der Qualitätssicherung eine gesteigerte Aufmerksamkeit einzuräumen. Änderungen müssen zum Beispiel von erfahrenen Autorinnen bestätigt oder zurückgewiesen werden.<sup>470</sup> Obwohl für diesen Entscheidungsprozess Regelungen existieren, werden sie im gleichen Zug als unübersichtlich kritisiert, was zum Selbstbild einer offenen Gemeinschaft wenig beiträgt.<sup>471</sup> Darüber hinaus versucht Wikipedia seit Kurzem mit der Publikation des WikiJournal of Science, die Wissenschaftlichkeit und damit die Offenheit der Inhalte und Verfahren zu stärken.<sup>472</sup>

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die Frage der Finanzierung von Wikipedia. Insbesondere zur Weihnachtszeit wirbt der Gründer von Wikipedia, Jimmy Wales, persönlich um Spenden. Jedes Jahr summieren sich diese zu einem Millionenbetrag.<sup>473</sup> Die Plattform basiert folglich auf einer nicht unwesentlichen monetären Grundlage, zumal allein in Europa mehrere hundert Mitarbeitende bezahlt werden müssen. Hierbei stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt Autorinnen bezahlt werden sollten. Befürchtet wird, dass die Motivation der Schreibenden leiden könnte, wenn Bezahlmodelle eingeführt würden.<sup>474</sup> Diese Angst fusst auf dem Umstand, dass in vielen digitalen Foren und auf Websites in erster Linie Anerkennung und nicht monetäre Vergütung als erstrebenswertes Gut angesehen wird.<sup>475</sup>

---

<sup>465</sup> BERNAU, S. 17.

<sup>466</sup> Kritisch dazu RÖTTGERS, Das Eigentum am Text, in: Eimer/Röttgers/V.-Stickelbrock, S. 205.

<sup>467</sup> Siehe dazu WATERS, S. 15–17.

<sup>468</sup> Siehe PSCHIDA, S. 441 ff.: «Warum die Wikipedia keine Online-Enzyklopädie ist.»

<sup>469</sup> HOFFMANN-RIEM, Innovation und Recht, S. 439.

<sup>470</sup> BERNAU, S. 17.

<sup>471</sup> BERNAU, a. a. O.

<sup>472</sup> Vgl. dazu PÖSSEL.

<sup>473</sup> BERNAU, S. 17.

<sup>474</sup> BERNAU, a. a. O.

<sup>475</sup> BENKLER, The Penguin, S. 169; FROSIO, Open Access Publishing, S. 36 f.; GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 103.

Neben Idealismus lassen sich viele von «Aufmerksamkeit und Daten»<sup>476</sup> antreiben. Gleichzeitig lassen sich diese Annahmen nur bedingt generalisieren. Die Antriebsgründe der einzelnen Beteiligten sind vielfältig und individuell.<sup>477</sup> Die Kritik an der Finanzierung betrifft jedoch die Frage der Spenden durch Technologieunternehmen, zum Beispiel Google.<sup>478</sup> Während Millionen an das Projekt fließen, trainieren diese Unternehmen im Gegenzug ihre Algorithmen mithilfe der verschiedenen Artikel. Daran anknüpfend stellt sich die Frage, welche Rolle diese Spenden tatsächlich spielen. Gleichzeitig ermöglichen diese finanziellen Mittel, dass die Website bis heute ohne Werbung auskommt.

#### 4. Zwischenfazit

Die offen zugänglichen Inhalte auf Wikipedia zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht das Ergebnis unkontrollierter Zustände sind,<sup>479</sup> sondern in geordneten Verfahren zustande kommen.<sup>480</sup> Dies ermöglicht, dass die Wikipedia bis heute Bestand hat und weiterhin einen Beitrag zum informationellen Alltag leistet. Gleichzeitig wird deutlich, dass viele der internen Prozesse eigenen Logiken folgen, die nicht ohne Weiteres nachzuvollziehen sind. Anders als in traditionellen Allmendeinstitutionen scheint die Zusammenarbeit von informellen Absprachen, formellen Regelungen und unterschiedlichen Ausrichtungen geprägt zu sein, ohne dass die einzelnen Aspekte gesamthaft zusammengeführt werden.

## II. Die Tragik der digitalen Allmende?

Vergleichbar mit traditionellen Allmenden wird im digitalen Bereich vor einer «Tragik» gewarnt. Diese könne durch die Verknappung immaterieller Güter als Folge unzureichender geistiger Tätigkeiten eintreten.<sup>481</sup> Aufgrund fehlender Anreizmechanismen<sup>482</sup> würde es der Markt nicht mehr schaffen, ausreichend Betei-

---

<sup>476</sup> HOFFMANN-RIEM, Kommentar: Eine Unterfütterung am Beispiel des Wandels der globalen Kommunikationsordnung, in: Morlok, S. 128.

<sup>477</sup> Zu den Antriebsgründen YANG/LAI, S. 1377 ff.; siehe KÖNIG, S. 31 ff.

<sup>478</sup> Siehe zum Folgenden LOBE, S. 23.

<sup>479</sup> MADISON/FRISCHMANN/STRANDBURG, S. 662.

<sup>480</sup> Vgl. die Selbstbeschreibung von Wikipedia unter [perma.cc/FYT4-GQTX](https://perma.cc/FYT4-GQTX).

<sup>481</sup> DRUEY, S. 99.

<sup>482</sup> Die Wirtschaftstheorie rechtfertigt Eigentums- und Verfügungsrechte oft damit, dass sie einen Anreiz zur Schaffung von Werken bieten, PEIFER, S. 128 f.

ligte zu mobilisieren,<sup>483</sup> wodurch keine neuen Erkenntnisse gewonnen und keine Inhalte bereitgestellt werden könnten.

Daneben bestehe die Gefahr einer weiteren Tragik mit Bezug auf die Beteiligten. Sollten diese massenhaft versuchen, von den Inhalten zu profitieren, ohne gleichzeitig zum Erhalt beizutragen, könnte das System zum Erliegen kommen. Beschrieben wird hiermit eine Form des «Trittbrettfahrerproblems».<sup>484</sup> Während diese Problematik in funktionierenden traditionellen Allmendeinstitutionen selten auftritt,<sup>485</sup> erscheint sie im digitalen Raum viel dringlicher. Dies lässt sich unter anderem mit der Möglichkeit begründen, anonym zu handeln.<sup>486</sup> So können die Nutzerinnen auf die Inhalte zugreifen, ohne dass überprüft wird, ob sie eigene Beiträge hinzufügen. Ferner bezieht sich diese Beschreibung auf Fälle, in denen Inhalte auf nicht legalem Weg heruntergeladen werden.<sup>487</sup>

Diesen Befürchtungen steht die Einschätzung anderer Autorinnen gegenüber, dass es nicht zu wenige, sondern zu viele Beteiligte gibt. Deshalb sei in erster Linie mit einem Anstieg der Quantität und Qualität der Inhalte zu rechnen.<sup>488</sup> Aus dieser Betrachtungsweise wird keine Tragik, sondern eine sog. Komik und mithin eine positive Auswirkung angenommen.<sup>489</sup> Hierbei ist jedoch zu fragen, inwiefern die Gefahr von massenhaften, nicht verifizierbaren Inhalten Berücksichtigung findet. Ein qualitativer Anstieg ist mit einer quantitativen Zunahme von Inhalten zwar möglich, kann aber nicht als gesicherte Folge angenommen werden. Vielmehr ist die Qualität der Inhalte fortwährend zu überprüfen.<sup>490</sup>

Inwiefern lassen sich diese Annahmen auf das Beispiel Wikipedia anwenden?<sup>491</sup> Gegen eine «Tragik» durch übermässigen oder illegalen Konsum digitaler Inhalte

---

<sup>483</sup> MADISON/FRISCHMANN/STRANDBURG, S. 697; vgl. jedoch FROSIO, Gift, S. 2020.

<sup>484</sup> EULER/DREIER, Creative Commons, in: Bourcier/Dulong de Rosnay, S. 162; dazu ebenfalls HESS, S. 1 ff.; vgl. OSTROM, Coping with tragedies, S. 493 ff.

<sup>485</sup> OSTROM, Gemeingütermanagement, in: Helfrich – Wem gehört die Welt, S. 219 ff. m. w. N.

<sup>486</sup> Vgl. LADEUR, Die Regulierung von Selbstregulierung, in: Vesting/Augsberg, S. 319.

<sup>487</sup> Siehe die kritische Auseinandersetzung mit beiden Thesen bei BUCCAFUSCO/HEALD, S. 15 ff.

<sup>488</sup> Zu rechtlichen Grundlagen von Online-Partizipation siehe WITT, Rechtliche Grundlagen von Online-Partizipation, in: Klafki/Würkert/Winter, S. 37 ff.

<sup>489</sup> Siehe ROSE, Comedy, S. 711 ff.; DRUEY, S. 51; LESSIG, Public Domain, S. 64.

<sup>490</sup> DIETZ/DOLŠAK/OSTROM/STERN, The Drama of the Commons, in: NRC – Drama, S. 4; ROSE, Comedy, S. 767 f.

<sup>491</sup> Vgl. dazu DOBUSCH/QUACK, S. 41.

spricht zunächst der Umstand, dass diese einen immateriellen<sup>492</sup> und ubiquitären<sup>493</sup> Charakter aufweisen.<sup>494</sup> Dies bedeutet, dass sie grundsätzlich jederzeit von überall einsehbar sind.<sup>495</sup> Die Inhalte können gelesen, kopiert und ausgetauscht werden, ohne dass anderen dadurch ein Nachteil entsteht.<sup>496</sup> Im Sinne einer ökonomischen Einstufung besteht demnach keine Rivalität;<sup>497</sup> sie können genutzt werden, ohne dass damit ein Verlust einhergeht.<sup>498</sup> Als technische Besonderheit kommt hinzu, dass Replikationen ohne Qualitätseinbuße möglich sind.<sup>499</sup> Aus dieser Perspektive erscheint die «Tragik» im Digitalen beinahe ausgeschlossen.

Wird indes die begrenzte Aufmerksamkeit für Inhalte berücksichtigt,<sup>500</sup> stellt sich die Situation anders dar. Obschon unzählige Inhalte vorhanden sind, fehlt die Zeit, sie zu konsumieren, weiterzudenken und neue Beiträge abzufassen. Ebenfalls ist zu berücksichtigen, dass für die Ubiquität und Dematerialisierung materielle Konditionen unabdingbar sind.<sup>501</sup> Digitale Inhalte benötigen analoge Elemente und Medien, die nur rivalisierend nutzbar sind. Beispielsweise ist an Serverkapazitäten zu denken. Entsprechend lässt sich auf diesem Wege eine Form der Tragik konstruieren.

Darüber hinaus fällt auf, dass mit dem Übergang zu rein digitalen Publikationen, Zugangssperren zunehmen. Wenn bestimmte Werke nur noch online zugänglich sind, müssen die Beteiligten grundsätzlich die Rechte akzeptieren, welche die Rechteinhaberinnen vorgeben.<sup>502</sup> Entsprechend sind faktische «Mittelungsherr-

<sup>492</sup> HOEREN, Internet und Recht, S. 2854; lesenswert zur Entwicklung von Akten, vom Mündlichen zur Schriftform bis zum Digitalen: VISMANN, passim.

<sup>493</sup> Für die Mediennutzung gilt der Grundsatz «anytime, anywhere, any device», vgl. EMEK, S. 4; zu historischen Schritten der Verfügbarkeit des Wissens, OHLY, Wissenskommunikation und -organisation. Quo Vadis?, in: Sieglerschmidt/Ohly, S. 13 ff.

<sup>494</sup> Zur Einstufung des Internets als ubiquitäres Medium BRÖMMELMEYER, S. 82 ff.; BUCK-HEEB/DIECKMANN, S. 177 ff.; HENNEMANN, S. 26.

<sup>495</sup> Praktisch ist dies jedoch nicht auf jedem Kontinent der Fall, vgl. Kap. 5 III.

<sup>496</sup> DRUEY, S. 33; ROSE, Ostrom, S. 38 f.

<sup>497</sup> Vgl. Kap. 2 V.1.

<sup>498</sup> Kritisch zu dieser Einordnung GHOSH, How to Build a Commons: Is Intellectual Property Constrictive, Facilitating, or Irrelevant?, in: Hess/Ostrom, S. 211.

<sup>499</sup> BLANKE-ROESER, Three Strikes against the Bay oder freie Fahrt für Netzpiraten?, in: Höbel et al., S. 28.

<sup>500</sup> PASQUINELLI, S. 77 ff.

<sup>501</sup> SASSEN, S. 344.

<sup>502</sup> Zu dieser Theorie als digitales Dilemma HILTY, dilemme numérique, S. 49 ff.; DERS., Wissenschaftler, S. 179 ff.

schaften» zu hinterfragen, die nicht nur durch rechtliche, sondern technische Zugangshürden errichtet werden.<sup>503</sup> Vergleichbar mit dieser Entwicklung wird zudem eine «Tragik der Anti-Allmende» als Folge der Zunahme patentrechtlicher Schutzsysteme diskutiert.<sup>504</sup> Dieser Theorie zufolge steigen infolgedessen die Transaktionskosten derart, dass sie den tatsächlichen Nutzen übersteigen und deshalb auf die Nutzung verzichtet wird.

Insgesamt scheint sich somit eine Entwicklung des Internets abzuzeichnen, bei der zwar viele Inhalte vorhanden, aber aufgrund von Sperrern nicht verfügbar oder mangels neuer Beiträge und Anpassungen nicht aktuell sind. Deutlich wird hierbei zum einen, dass neben rechtlichen auch technische Zugangsfragen gestellt werden müssen, zum anderen, dass die Beteiligten eine entscheidende Rolle einnehmen. Mithin ist vermehrt darüber nachzudenken, wie diesen Herausforderungen begegnet werden kann.

### III. Resümee

Im vorstehenden Abschnitt erfolgten Vergleiche zwischen traditionellen Allmenden und kontemporären Institutionen. Der Bezug zur Natur in Ersteren sowie zur Technologie in Letzteren lässt sie zunächst gegensätzlich wirken,<sup>505</sup> die Dichotomie von Natur und Kultur als unauflösbar.<sup>506</sup> Gleichzeitig lassen sich Gemeinsamkeiten erkennen: So wie der Mensch früher permanent von der Natur umgeben war, kann er heute der hypervernetzten Umwelt nicht entkommen.<sup>507</sup> Sprachlich wird ein solches Verständnis bestärkt, wenn von der Infosphäre oder der hypervernetzten informationellen Umwelt die Rede ist.<sup>508</sup> Ebenso lassen sich Unterschiede ausmachen: Traditionelle Allmenden waren regional beschränkt, während

---

<sup>503</sup> Zur Frage der Knappheit als moralisches Kriterium JACOB, S. 120 f.

<sup>504</sup> Grundlegend zum Folgenden HELLER, S. 621 ff.; HELLER/EISENBERG, S. 698 ff.; CORIAT, Introduction – Propriété, exclusivité et communs: le temps des dépassements, in: Coriat, S. 9; SIEHR, S. 381 ff.; SIEVERS, S. 49 ff.

<sup>505</sup> HESS, S. 4 ff.

<sup>506</sup> Vgl. aber den Versuch von BRUNCEVIC, S. 8, die diese Trennung aufrechterhält.

<sup>507</sup> Was im Kontext eines Verständnisses eines «digitalen Lebensraums» erkennbar wird. Siehe dazu Kap. 6 III.1.

<sup>508</sup> FLORIDI, «Das Recht auf Vergessenwerden», in: Jacob/Thiel, S. 116.

sich kontemporäre Formen durch den internationalen Bezug auszeichnen.<sup>509</sup> Dies hat Auswirkungen auf das Verhältnis zum Staat. In frühen Formen der Allmenden konnte der Staat bisweilen Einfluss auf die Verwaltungsebene nehmen.<sup>510</sup> Die staatliche Einflussnahme im Digitalen erweist sich hingegen oft als schwierig.

Insgesamt fällt ein direkter Vergleich zwischen traditionellen Allmenden und modernen Namensanleihen schwer. Zwar bietet OSTROM mit ihren design principles<sup>511</sup> – gemeinsamen Eigenschaften traditioneller Allmenden – schemenhafte Kriterien an, eine Abhandlung, die streng diesen Kriterien folgt, erscheint aber nicht sachgerecht. Vielmehr zeichnen sich Allmenden durch die einzelfallbezogene Ausgestaltung aus.<sup>512</sup>

Darüber hinaus betont OSTROM selbst, dass es «grundlegend von der Bereitschaft der Beteiligten abhängt, ob eine Institution überhaupt funktioniert»,<sup>513</sup> wodurch abermals die Bedeutung der Beteiligten, individuell und in kollektiver Form, deutlich wird.

Die Übertragung traditioneller Allmendeigenschaften auf moderne Kontexte wird durch zwei Umstände weiter erschwert, zum einen die Anzahl der Beteiligten: Während an traditionellen Allmenderessourcen wenige Personen partizipierten, sind an Websites wie Wikipedia weltweit Millionen beteiligt. Zwar betrifft dies in erster Linie die konsumtive Ebene respektive die Leserinnen, dennoch setzt sich die Gemeinschaft der «Wikipedianerinnen» aus vielen aktiven Autorinnen zusammen. So veröffentlichen, überprüfen und redigieren in Deutschland ein- bis zweitausend Autorinnen regelmässig Artikel.<sup>514</sup> Der kleine Kreis der Beteiligten ermöglichte in traditionellen Institutionen den persönlichen Austausch, die Rück-

---

<sup>509</sup> EULER/DREIER, Creative Commons, in: Bourcier/Dulong de Rosnay, S. 161; zu lokal-globalen Interdependenzen mit Bezug auf Urheberrechte AOKI, S. 1354.

<sup>510</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, Von der Allmende zur Share Economy, S. 49.

<sup>511</sup> OSTROM, Die Verfassung, S. 115 ff., DIES., Beyond markets and states, S. 652; DIES., Coping with tragedies, S. 495; DIES., Reformulating, S. 41; HESS/OSTROM, Introduction: An Overview of the Knowledge Commons in: Hess/Ostrom, S. 7; kritisch dazu AGRAWAL, Common Resources and Institutional Sustainability, in: NRC – Drama, S. 49 ff.; zu digitalen design principles NRC – Coming of Age, S. 3, 34 ff.; vgl. die Grundsätze effektiver Selbstregulierung bei BUCK-HEEB/DIECKMANN, S. 277 ff.; ähnliche Prinzipien bei BELSKY/KAHR/BERKELHAMMER/BENKLER, S. 1 ff.

<sup>512</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 53.

<sup>513</sup> Vgl. dieses Zitat bei SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 23.

<sup>514</sup> Zum Vorstehenden siehe DILLING, Wissensallmende oder Werbeplattform?, in: Schläppi/Gruber, S. 197 ff.

sichtnahme, die Überwachung von Prozessen durch eigene Instanzen und war das Resultat sozialer Zwangslagen: Man musste bisweilen teilhaben, um das eigene Überleben zu sichern.<sup>515</sup> Eine solche Form des Managements scheint in heutigen Institutionen schwer vorstellbar. Im Gegensatz bedarf es gross angelegter und koordinierter Systeme, um das Miteinander zu organisieren. Eine weitere Unterscheidung betrifft die Geschlossenheit des Allmendesystems.<sup>516</sup> Obschon im kontemporären Kontext von allen offenstehenden Systemen die Rede ist, war in traditionellen Institutionen eher das Gegenteil der Fall. Aufgrund dieser Eigenschaft ist fraglich, inwiefern Allmenden per se als «demokratisch» einzustufen sind.<sup>517</sup> Im Grunde konnten nur wenige an den Ressourcen teilhaben. Während diese Geschlossenheit auf die interne Ebene von Wikipedia zutrifft, steht die Website allen Personen mit Internetanschluss zur Nutzung offen. Dies führt zu genannten Problemen, etwa Qualitätsverlusten.

Die Vergleichbarkeit zwischen der traditionellen und der «Wissensallmende» erscheint somit nur bedingt gegeben. Trotz der Schwierigkeit einer Gegenüberstellung eint die Modelle, dass Gebrauch statt Besitz angestrebt wird und der Zugang geregelt werden soll.<sup>518</sup> Insgesamt ist die Entwicklung einer historisch rückgebundenen Form der Allmende mithin auf einem guten, aber noch langen Weg.

#### IV. Zwischenfazit zum Allmendebegriff

Betrachtet man die diversen traditionellen Formen der Allmende sowie kontemporäre Ausprägungen, zeichnet sich ab, dass sich der mit unterschiedlichen Konnotationen ausgestattete Allmendebegriff einer begrifflichen Fixierung weitgehend entzieht. Diese Mehrdeutigkeit bietet indes Vorteile. So ergeben sich für eine interdisziplinäre Bearbeitung zahlreiche Anknüpfungspunkte. Dass dem Allmendebegriff im wissenschaftlichen Sprachgebrauch verschiedene Bedeutungsinhalte zugeschrieben werden, führt aber auch zu Missverständnissen. Vorliegend ist daher das Ziel, den relevanten Bedeutungsinhalt aus der Perspektive der digitalen Allmende offenzulegen und Teilaspekte vertieft zu behandeln.<sup>519</sup> Hierbei erweist

---

<sup>515</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 48 f.

<sup>516</sup> Kritisch und ergänzend dazu AGRAWAL, Common Resources and Institutional Sustainability, in: NRC – Drama, S. 64.

<sup>517</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 49.

<sup>518</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 12.

<sup>519</sup> Vgl. dazu Kap. 7 I–VI.

sich die Berücksichtigung des zusammenhängenden Sozialgefüges<sup>520</sup> anstelle einer Darstellung der Gegensätze Staat und Markt<sup>521</sup> als entscheidend. Allmenden sind kein Gegensatz zur Globalisierung.<sup>522</sup> Vielmehr ist zu fragen, inwiefern das Gesellschaftssystem, das ihnen zugrunde liegt, in die heutige Zeit übertragbar ist.

---

<sup>520</sup> Vgl. SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 22.

<sup>521</sup> So indes bei MARELLA, S. 62; vgl. GAMBARO, La proprietà, S. 91; HOLDER/FLESSAS, S. 300.

<sup>522</sup> HOLDER/FLESSAS, S. 301.



---

## Teil 3: Der Umgang mit digitaler Kultur

Täglich entstehen unzählige kulturelle Beiträge im Digitalen und bilden auf diese Weise eine umfassende Grundlage für die kreative Auseinandersetzung. So werden im Bereich der Musik digitale Tonsequenzen wie im Fall «Metall auf Metall» für neue Werke verwendet<sup>523</sup> oder Texte von anderen Autorinnen als Basis für die Weiterführung einer Erzählung genutzt.<sup>524</sup>

### Kapitel 4: Das Entstehen

Die vielen neuen Beiträge, ob als digitale Texte, Bilder oder Videos, werden oft durch die Beteiligten selbst erstellt.<sup>525</sup> Entsprechend werden diese Inhalte als sog. User-generated Content (UGC) bezeichnet.<sup>526</sup> Hierbei bleibt fraglich, ob der Entstehungsprozess als historisch einmalig bezeichnet werden kann,<sup>527</sup> obschon dies in Bezug auf die Quantität zuzutreffen scheint. Trotz der offenkundigen Relevanz, nicht nur für das Urheberrecht,<sup>528</sup> ist der UGC-Begriff nicht als Rechtsbegriff im engeren Sinne anerkannt.<sup>529</sup> Dies führt dazu, dass ein bereits «im Verzug»<sup>530</sup> befindliches Recht auf die Frage nach der Urheberinnenschaft und anderen Herausforderungen bisher nur einzelfallbezogen reagieren kann.<sup>531</sup> Wenngleich der Begriff UGC bei Juristinnen primär haftungsrechtliche Assoziationen zu wecken

---

<sup>523</sup> Siehe Kap. 4 I.1.

<sup>524</sup> Siehe Kap. 4 I.1.

<sup>525</sup> Im Gegensatz zur automatisierten Produktion durch Bots. Siehe dazu Kap. 3 I.2.

<sup>526</sup> Die verschiedenen Schreibweisen (mit/ohne Bindestrich) beschreibend und erläuternd BAUER, S. 7, Fn. 1, sowie S. 10; als user created content bei BURRI-NENOVA, S. 74 ff.

<sup>527</sup> Siehe dazu BALDWIN, S. 318 ff. (320); FROSIO, Open Access Publishing, S. 16 ff.; PEIFER, Commons, S. 679.

<sup>528</sup> Siehe zu weiterführenden Hinweisen MAIER, S. 2.

<sup>529</sup> BAUER, S. 7.

<sup>530</sup> SCHERZBERG, Wissen, Nichtwissen und Ungewissheit im Recht, in: Engel/Halfmann/Schulte, S. 122.

<sup>531</sup> Siehe zu den Problemstellungen etwa WIELSCH, MMC, S. 96–108.

vermag,<sup>532</sup> die in Bezug auf neue Akteursformen berechtigt sind,<sup>533</sup> haben alle Bereiche auf die stark zunehmende Anzahl an Inhalten<sup>534</sup> angemessen zu reagieren.

In einem ersten Schritt soll zunächst die Entstehungsgeschichte dieses Phänomens beschrieben werden.<sup>535</sup> Von Beginn an wird deutlich, dass es sich nicht um ein einzelnes Phänomen handelt, sondern um verschiedene Modelle, die von unterschiedlichen Personen an mehreren Orten parallel entwickelt wurden. Sie wurden vom Ideal getrieben, bestehende immaterialgüterrechtliche Systeme infrage zu stellen und zu reformieren.<sup>536</sup> Von anderen Autorinnen werden diese Entwicklungen weniger ideologisch aufgeladen, sondern anthropologisch beschrieben. So wird argumentiert, dass sich innerhalb dieser Bewegungen der Wunsch nach mehr Vertrauen zueinander ausdrückte, zumal das Ideal kollaborativer Zusammenarbeit die kreative Praxis seit jeher prägt.<sup>537</sup> Entsprechend wird auf die Entwicklung von Blogs, Mailinglisten und Websites verwiesen,<sup>538</sup> welche die Überführung in kollektive Projekte im Allgemeinen bestärkten und vereinfachten.

So unterschiedlich diese Erklärungsansätze zu den Antriebsgründen und Entwicklungsschritten auch sind, so sehr eint sie, dass die gegenseitige Anerkennung eine herausragende Rolle spielt und finanzielle Aspekte mitunter in den Hintergrund rücken.<sup>539</sup> Im folgenden Kapitel soll deshalb die Frage aufgegriffen werden, wie sich die verschiedenen digitalen Kulturpraktiken unterscheiden oder ähneln und was «Kultur» im Digitalen auszeichnet.

---

<sup>532</sup> Im Hinblick auf Foren, Videoplattformen und soziale Netzwerke BAUER, vii sowie S. 16 m. w. N.; vgl. MAIER, S. 126 ff.

<sup>533</sup> Siehe etwa das von Algorithmen geschriebene Gedicht bei MERCHANT; kritisch zum Einsatz von Algorithmen ERNST, Die Gefährdung der individuellen Selbstentfaltung durch den privaten Einsatz von Algorithmen, in: Klafki/Würkert/Winter, S. 63 ff.

<sup>534</sup> HETCHER, Part One, S. 864.

<sup>535</sup> FROSIO, Open Access Publishing, S. 9 ff., verweist dennoch auf ein research gap bezüglich einer historischen Perspektive.

<sup>536</sup> Vgl. dazu WILLINSKY; vgl. ebenfalls DOMMANN, S. 292 ff., zitiert nach REIBMANN/KLASS/HOFFMANN, S. 156, die betont, dass das Copyright-System bereits vor dem Internet infrage gestellt worden sei, u. a. da es Eigentumszuweisungen vornehme und somit Individuen bevorteile.

<sup>537</sup> Vgl. FROSIO, Witness, S. 341 ff.; GERVAIS, S. 841.

<sup>538</sup> WOODS, S. 1163.

<sup>539</sup> FROSIO, Gift, S. 1986 ff.; DERS., Open Access Publishing, S. 36–37.

## I. Versuch einer Erfassung

Wie einleitend in diesem Kapitel erwähnt, fehlt es an einer einheitlichen Definition von User-generated Content.<sup>540</sup> Aus rechtlicher Sicht ist diese Entwicklung mithin zwar erfassbar, jedoch nur bedingt eingrenzbare. Dies erschwert die erforderliche interdisziplinäre Auseinandersetzung,<sup>541</sup> ermöglicht im gleichen Zug aber Raum für neue Theorien, was sich angesichts der bisher zu eng, zu umfassend oder zu technisch gefassten Auslegungen als Potenzial erweist.

### 1. Die Inhalte

Ausgehend von einer allgemeinen Beschreibung umfasst UGC verschiedenste Formen digitaler Inhalte, die als Originale oder Adaptionen zusammengesetzt werden: von einfachen Beiträgen über semiprofessionelle Arbeiten bis hin zu Werken professionell tätiger Personen, die damit ihren Lebensunterhalt verdienen.<sup>542</sup> Im Fall «Metall auf Metall» definieren die Richterinnen UGC wiederum als «[I]nternetplattformen wie Youtube, auf denen nichtprofessionelle Nutzer selbst generierte Inhalte mit urheberrechtlich geschütztem Material einstellen könnten».<sup>543</sup> Sie betonen auf diese Weise die Bedeutung der Plattformen<sup>544</sup> und somit der Technologien, welche die Kulturproduktion und den Austausch der Beteiligten erst ermöglichen.<sup>545</sup>

#### a. Fanfiction

Obschon anhand dieser Erklärungsansätze ein grober Rahmen erkennbar ist, lässt sich der breite Umfang von UGC mit ausgewählten Beispielen weiter nachvollzie-

---

<sup>540</sup> Zum Entstehen des Begriffs durch das Trendforschungsunternehmen Trendwatching und den Begriff der «Generation C» PSCHEDA, S. 66 ff.

<sup>541</sup> «There is no widely accepted definition of UCC, and measuring its social, cultural and economic impacts are in the early stages», GERVAIS, S. 841 ff.; vgl. aus philosophischer Perspektive MÜHLICHEN, S. 16 ff., 66 ff.

<sup>542</sup> SPACEK, S. 379 f., betont aber, dass ein Grossteil von Amateurrinnen produziert und hochgeladen wird.

<sup>543</sup> BVerfGE 142, 74 (89).

<sup>544</sup> Siehe dazu WIELSCH, Intermediäre, S. 665 ff.

<sup>545</sup> Zur Rolle und möglichen Haftung von UGC-Plattformbetreiberinnen für hochgeladene Inhalte im US-Recht GINSBURG, User-Generated Content Sites, S. 183 ff.

hen. Hierfür bietet sich die Fanfiction an,<sup>546</sup> die in den Rechtswissenschaften bereits umfassend rezipiert worden ist.<sup>547</sup>

Bei dieser weltweit gelebten Praktik handelt es sich um das gemeinsame Weitererzählen literarischer Werke durch Anhängerinnen bestimmter literarischer Gattungen oder Autorinnen. Bisweilen werden im Rahmen des sog. *pairing* einzelne Figuren aus unterschiedlichen Erzählungen zu romantischen Verhältnissen verleitet und zusammengeführt.<sup>548</sup> Nicht selten kommt in diesem Kontext die Frage auf, welchen gestalterischen Spielraum das Urheberrecht und die Gerichte den Fans überlassen.<sup>549</sup> Diesen juristischen Herausforderungen zum Trotz halten die Anhängerinnen an den Methoden des *Remix*<sup>550</sup> und des *Mash-up*<sup>551</sup> als Techniken der Vermengung verschiedener Quellen und Stile fest, um ihren Interessen nachzugehen. Während des Arbeitsprozesses bauen sie auf Ausgangswerken auf und führen diese fort.<sup>552</sup> Das Ziel der involvierten Autorinnen ist es, alternative Enden zu entwickeln oder die Geschichte fortzuerzählen.

Beachtenswert ist, dass bei der anschliessenden Werkdistribution gewerbliche Zwecke nur selten eine übergeordnete Rolle spielen.<sup>553</sup> «UGC for UGC's Sake»<sup>554</sup> gilt als das ideelle Gebot der Bewegung. Weltweit arbeiten auf diese Weise unzählige Beteiligte an Texten, über- und bearbeiten Bilder und erstellen Videos,

---

<sup>546</sup> AULTMAN, S. 393 ff.; bei ROSE, *Futures*, S. 129, 158, unter dem Stichwort der Fanzine oder *Story Trees*; dazu BIRKHOLD, *passim*.

<sup>547</sup> Im deutschsprachigen Raum etwa KNOPP, S. 28 ff.; SUMMERER, *passim*.

<sup>548</sup> REIBMANN/KLASS/HOFFMANN, S. 158.

<sup>549</sup> Siehe dazu STIEPER, *Fan Fiction*, S. 301 ff.; wobei REIBMANN/KLASS/HOFFMANN, S. 167, betonen, dass sich weder hierzulande noch in den USA Fälle finden liessen, in denen Rechteinhaberinnen «gegen nicht kommerziell handelnde Fan-Fiction»-Autorinnen gerichtlich vorgegangen seien.

<sup>550</sup> Siehe zur *remix culture* PASQUALE, S. 137 ff.; FISCHER, *Sampling*, S. 51 ff.; zum *Remix-Film* MAIER, S. 4 ff.

<sup>551</sup> Zum *Mashup* insb. DÖHL, *passim*; GELKE, *passim*; HETCHER, *Part One*, S. 873; PÖTZLBERGER, S. 77 ff.; SCHRÖR, S. 6; WEGENER, S. 30 f.; siehe ebenfalls den Begriff *Mush-up*, MARZANO, S. 179.

<sup>552</sup> DÖHL, S. 11 ff.; BGH, *Urt. v. 29.04.1999 – I ZR 65/96*, BGHZ 141, 267; zu diesen «referenziellen Verfahren» als Form der Digitalität STALDER, *Digitalität*, S. 96 ff.

<sup>553</sup> AMINI, S. 104–106; zur Nutzung von UGC für offizielle Unternehmenskommunikation KRIEG, S. 73.

<sup>554</sup> HETCHER, *Part One*, S. 874–883.

ohne dafür eine Gegenleistung in Form von Geld zu erwarten.<sup>555</sup> Selbstverständlich handelt es sich bei dieser Beschreibung um ein Ideal, obgleich es auf zahlreiche Anwendungen zutrifft. Rechtliche Herausforderungen resultieren folglich im urheberrechtlichen Bereich, wenn etwa die originären Autorinnen sich gegen die Weitererzählung ihrer Werke wehren oder wenn Autorinnen die gemeinsam entwickelten Werke ausdrucken und zum Verkauf anbieten.<sup>556</sup>

## b. Second Life

Während das erste Beispiel insbesondere Formen der textbasierten Kultur betrifft, bietet sich im Sinne eines zweiten Beispiels das vor einigen Jahren populäre<sup>557</sup> Second Life als visuelle Form an. Diese virtuelle Welt, die in den frühen 2000er Jahren schnell an Popularität gewann – in der Zwischenzeit jedoch verloren hat –,<sup>558</sup> kann über eine Onlineplattform betreten werden. Deutlich wurde hier zum ersten Mal das «Spiel» mit den Grenzen zwischen analog und digital,<sup>559</sup> indem die Personen in das Second Life eintauchten<sup>560</sup> und dort wie im «realen» Leben agierten, kauften oder Freunde trafen. Entsprechend entwickelte sich rasch ein rechtswissenschaftliches Interesse an den dort gelebten Abläufen,<sup>561</sup> zumal Second Life als eine der ersten virtuellen Welten einer neuen digitalen Generation beschrieben werden kann.

Als Second Life lanciert wurde, stand das gesamte virtuelle Land im Eigentum von LindenLabs, einem amerikanischen Unternehmen. Dieses wurde nach und

---

<sup>555</sup> «Earth shattering about UGC [User-Generated Content] from this perspective is that because it is produced by literally millions of ordinary people, apparently without any expectation of economic gain, the very rationale for providing copyright protection to this growing body of creators and their works is called into question», HETCHER, Part One, S. 965.

<sup>556</sup> Siehe Kap. 4 II.

<sup>557</sup> Vgl. BURRI-NENOVA, S. 75.

<sup>558</sup> Vgl. dazu [perma.cc/ZDS3-TJMB](http://perma.cc/ZDS3-TJMB); siehe zu diesem Beispiel AULTMAN, S. 396 ff.

<sup>559</sup> Vgl. das Verschwimmen der Grenzen von on- und offlife Communities bei BOTSMAN/ROGERS, S. 61; siehe den Begriff der Onlife-Welt bei HILDEBRANDT, S. 1 ff.; zur Abgrenzung digital und analog siehe WÜRKERT/KLAFKI/WINTER, Digitalisierung und Öffentliches Recht, in: Klafki/Würkert/Winter, S. 3 f.

<sup>560</sup> So SCHMIDT, Virtuell lokaler Raum, S. 77.

<sup>561</sup> DEIN, S. 25 ff. m. w. N.

nach an die Avatare<sup>562</sup> verkauft, die von ihrem Haus aus zum Beispiel digitale Sonnenaufgänge beobachten konnten. Ermöglicht wird dies durch den Umstand, dass sich die Welt und die Tage innerhalb des Spiels ständig weiterentwickeln, ohne dass die Einzelne dies verhindern kann.<sup>563</sup> Die Beteiligten haben jedoch die Möglichkeit, in virtuellen Welten zu interagieren, und werden gleichzeitig davon beeinflusst.<sup>564</sup> Den Entwicklerinnen lag viel daran, Vorgänge in der Natur und soziale Interaktion möglichst detailgetreu nachzubilden. Diese Form der realitätsnahen Spiele werden deshalb auch als Alternate Reality Games (ARG)<sup>565</sup> oder Massively Multiplayer Online Games (MMOG)<sup>566</sup> bezeichnet. Weil die Beteiligten jedoch selbst auf vielfältige Weise kreativ tätig werden können, wird Second Life dem Bereich des UGC zugeordnet.<sup>567</sup> Diese vielfältigen Verknüpfungen zwischen den verschiedenen Lebenswelten und Beteiligten hat zur Folge, dass es immer wieder zu realen Gerichtsverfahren vor staatlichen Gerichten kommt,<sup>568</sup> die zum Beispiel Fragen nach Eigentum für in Second Life erworbene Grundstücke behandeln müssen.

Vergleicht man Fanfiction und Second Life, sticht der finanzielle Aspekt ins Auge. Während Ersteres als Ideal ohne finanzielle Anreize geschaffen und täglich daran gearbeitet wird, zielen Plattformen wie Second Life auf Einnahmen durch den Verkauf zusätzlicher Möglichkeiten und Effekte. Dies lässt sich mit der Organisationsform beider Modelle erklären. Das virtuelle Spiel wird von einem Unternehmen organisiert, während sich die literarisch interessierten Personen auf Plattformen vereinen, um ihren Interessen nachzugehen. Dem wirtschaftlichen Marktdruck steht demnach im Ideal Liebhaberei gegenüber.

Beiden gemein ist die Kritik an diesen Formen des User-generated Content. So wird die These vertreten, dass sich die daran Beteiligten grundsätzlich nur an Populärwerken abarbeiten würden und auf diese Weise zu deren Niedergang füh-

---

<sup>562</sup> Verstanden als Repräsentation der Beteiligten in der Onlineumgebung; vgl. dazu SCHMIDT, *Virtuell lokaler Raum*, S. 77.

<sup>563</sup> DEIN, S. 31.

<sup>564</sup> SCHMIDT, *Virtuell lokaler Raum*, S. 76 ff.

<sup>565</sup> STALDER, *Digitalität*, S. 65; zu Bewahrungsstrategien digitaler Spiele LANGE, *Die Gaming-Community als Pionier der digitalen Bewahrung*, in: Klimpel/Keiper, S. 109 ff.

<sup>566</sup> SCHMIDT, *Virtuell lokaler Raum*, S. 76.

<sup>567</sup> Siehe BAUER, S. 39–40; vgl. weiterführende Hinweise bei DEIN, S. 26, Fn. 4.

<sup>568</sup> HETCHER, *Part Two*, S. 832 ff., der auf den Fall *Bragg v. Linden Research, Inc.*, 487 F. Supp. 2d 593 (E.D. Pa. 2007), Bezug nimmt; siehe die umfassende Fallsammlung bei DEIN, S. 25, Fn. 3.

ren.<sup>569</sup> Obschon dies auf viele der täglich neu entstehenden Inhalte zutreffen mag, ist fraglich, was eine solche Kritik bezweckt. Zwar ist zu klären, welche Inhalte für die kulturelle Weiterentwicklung relevant und somit urheberrechtlich schützenswert sind, jedoch ist bei nicht wenigen Beiträgen die schöpferische Eigenleistung vorhanden. Somit ist klärens wert, ob klassische urheberrechtliche Begriffe neu verstanden werden müssen,<sup>570</sup> um den entstehenden Formen und Praktiken gerecht zu werden. Wie kann es gelingen, innerhalb dieser vielen multimedialen Formen und Praktiken zu differenzieren? Welche Gestaltungshöhe sollte berücksichtigt werden? Aus positiv-rechtlicher Sicht erscheint aus diesem Grund in einem ersten Schritt entscheidend, die verschiedenen Phänomene differenzierend zu erfassen und nicht gesamthaft zu diskreditieren – insbesondere weil es um verschiedene Praktiken geht, die jeweils anderen Logiken folgen und andere Beteiligte anziehen.

## 2. Die Beteiligten

Neben einer Erfassung der Inhalte erweist sich auch eine allgemeingültige Beschreibung der Beteiligten auf diesen Plattformen als schwierig. Beispielsweise sind bei der Fanfiction besonders Anhängerinnen bestimmter literarischer Werkgattungen involviert, während bei Second Life verschiedenste Interessen verfolgt werden.<sup>571</sup> Entsprechend handelt es sich um unterschiedlichste Beweggründe, welche die Einzelne dazu verleiten, Inhalte zu generieren oder zu bearbeiten. Hinzu kommt, dass nicht nur auf Wikipedia,<sup>572</sup> sondern auch auf anderen Websites Bots oder sog. soziale Software zum Einsatz kommt.<sup>573</sup> Wie angedeutet, ermöglicht es dies, Inhalte in kürzester Zeit zu generieren,<sup>574</sup> indem etwa Texte geschrieben werden. Rechtswissenschaftlich steht die diesbezügliche Aufarbeitung noch am Anfang,<sup>575</sup> wobei auf bestehenden Modellen zur rechtlichen Aner-

---

<sup>569</sup> Vgl. dazu PEUKERT, S. 90 m. w. N.

<sup>570</sup> Vgl. HETCHER, Part One, S. 872–873, die sich indes auf den Begriff des creative content im Bereich des copyright law bezieht.

<sup>571</sup> Vgl. dazu MISOCH, S. 135 ff.

<sup>572</sup> BAUER, S. 29 ff.

<sup>573</sup> Vgl. FECHNER, Fake News, S. 163 f.; TEUBNER, Digitale Rechtssubjekte, S. 155 ff.

<sup>574</sup> Siehe SCHMIDT, Social Software, S. 2.

<sup>575</sup> Vgl. dazu TEUBNER, Digitale Rechtssubjekte.

kennung neuer Subjekte<sup>576</sup> oder funktionaleren Betrachtungen<sup>577</sup> aufgebaut werden kann.

Versucht man die verschiedenen Beteiligten und die Inhalte zusammenfassend zu beschreiben, erweist sich der Definitionsansatz von WOLFGANG SCHWEIGER und OLIVER QUIRING als umfassend, der die Beteiligten berücksichtigt. Laut SCHWEIGER und QUIRING ist UGC das Produkt einer auf computervermittelter Beteiligten-Beteiligten-Interaktivität basierenden Art der interaktiven Massenproduktion, bei der das Potenzial eines triangulären Zusammenspiels aus Website-Anbieterinnen, aktiven und passiven<sup>578</sup> Beteiligten und der Öffentlichkeit eine massgebliche Rolle spielt.<sup>579</sup> Dieser Ansatz macht die zahlreichen Faktoren bei der Entstehung von UGC deutlich und ermöglicht durch seine Offenheit gleichzeitig eine Anpassung an neue, derzeit nicht absehbare Entwicklungen.

Darauf aufbauend bleibt jedoch zu fragen, wovon UGC abzugrenzen ist. Dabei erstaunt, dass von einigen Autorinnen sogar interpersonale Kommunikation als UGC bezeichnet wird.<sup>580</sup> Dagegen spricht beispielsweise der Öffentlichkeitsbegriff aus § 15 III UrhG, wonach alle Inhalte auszuschliessen sind, die nur den persönlich Beteiligten zukommen sollen.<sup>581</sup> Dieses Argument wird durch die Bedeutung interpersoneller Kommunikation gestützt, die im Vergleich zu anderen Inhalten als besonders schützenswert erscheint.

## II. Herausforderungen

Neben der im engeren Sinne urheberrechtlich relevanten Unterscheidung zwischen den Inhalten beteiligter «Amateurinnen»,<sup>582</sup> computergenerierten Texten und werbefinanzierten Beiträgen bleibt die Frage der Finanzierung. Dies wird

---

<sup>576</sup> Siehe zur Anerkennung von Automaten als Träger von Rechten etwa MATTHIAS, insb. S. 113–117, 237–249; KERSTEN, S. 341 ff.

<sup>577</sup> GRUBER, Was spricht gegen Maschinenrechte?, in: Gruber/Bung/Ziemann, S. 198; DERS., Rechtssubjekte und Teilrechtssubjekte des elektronischen Geschäftsverkehrs, in: Beck, S. 133–160; vgl. den Verweis bei TEUBNER, Digitale Rechtssubjekte, S. 163.

<sup>578</sup> Vgl. auch den Begriff des «Schwarzlesers» bei REIßMANN/KLASS/HOFFMANN, S. 160.

<sup>579</sup> SCHWEIGER/QUIRING, S. 114 f.

<sup>580</sup> Wobei HETCHER, Part One, S. 865, E-Mails als UGC bezeichnet.

<sup>581</sup> BAUER, S. 19.

<sup>582</sup> BAUER, S. 20 ff.

virulent, wenn die Beteiligten auf eine monetäre Vergütung verzichten, andere jedoch diese Werke ausdrucken und verkaufen.<sup>583</sup>

Ein Negativbeispiel ist die im Mai 2007 lancierte *Are-you-with-us-or-what*-Kampagne in Australien. Für die landesweite Werbeaktion bediente sich ein Mobilfunkunternehmen nutzergenerierter Fotos, die unter einer CC-BY-Lizenz<sup>584</sup> über die Plattform Flickr veröffentlicht wurden. Nachdem sich ein in Texas (USA) lebendes, sechzehnjähriges Mädchen auf einem der Fotos wiedererkannt hatte, erhob sie Klage gegen die Mobilfunkbetreiberin und Creative Commons als gemeinnützige Organisation.<sup>585</sup> Die Klage beruhte unter anderem auf dem Vorwurf der Verletzung der Privatsphäre und des Urheberrechts. Gegen Creative Commons wurde der Vorwurf gerichtet, fahrlässig versäumt zu haben, die Urheberinnen ausreichend zu warnen, dass CC-Lizenzen nur das Urheberrecht und nicht das Recht auf Privatsphäre betreffen. Während die letztgenannte Klage kurz darauf fallen gelassen wurde, gelangte die Klage gegen das Mobilfunkunternehmen vor ein texanisches Gericht. Letztlich wurde sie im Januar 2009 jedoch vom Bezirksgericht mangels Zuständigkeit abgelehnt.

Trotz dieser Entscheidung wird deutlich, welch vielfältige Rechtsgebiete bei der Entstehung von UGC betroffen sein können und welche Herausforderungen auf die Rechtswissenschaft zukommen werden. So betrifft UGC nicht nur die Entstehung digitaler Kultur und damit urheberrechtliche Fragestellungen, sondern grundlegende verfassungsrechtliche Fragen. Als Ergänzung zum Fall «Metall auf Metall» wird die Bedeutung dieser Praktiken für den gesamten Lebensalltag deutlich, die weit über die Beteiligten auf den Plattformen hinausreicht.

---

<sup>583</sup> Vgl. BAUER, S. 50.

<sup>584</sup> Zu Inhalt und Umfang dieser Lizenz siehe Kap. 5 II.

<sup>585</sup> Siehe zum Folgenden *Chang v. Virgin Mobile USA, LLC*, Civil Action No. 3:07-CV-1767-D. (N.D. Tex. Jan. 16, 2009).

## Kapitel 5: Die Lizenzierung

Das Recht sucht somit weiterhin nach Antworten auf Herausforderungen im Bereich des User-generated Content, die nicht nur Fragen der rechtlichen Grenzen dieser Kulturpraktik, sondern grundlegender die Erfassung und Verbreitung der verschiedenen Inhalte betreffen.

Auf der Suche nach angemessenen Lizenzformen profitiert es indes vom Umstand, dass sich bereits seit Jahren, fernab vom legislativen Geschehen, verschiedene Ansätze der Selbstregulierung entwickelt haben.<sup>586</sup> Als Creative Commons (CC) oder Cultural Commons konnten sich diese als Lizenzformen im bestehenden Rechtssystem bewähren.<sup>587</sup> Darüber hinaus bieten sie durch ihre Benennung Anlass, zu Fragen nach der digitalen Allmende zurückzukehren. Insbesondere das Versprechen eines «demokratischen Zugangs»<sup>588</sup> soll aufgegriffen werden, um zu untersuchen, wie Zugang zu verschiedenen Inhalten organisiert werden kann.<sup>589</sup> Während dieses Versprechen im Wissenschaftsbereich<sup>590</sup> unter dem Stichwort der Science Commons (SC) oder des Open Access (OA) diskutiert wird,<sup>591</sup> hat sich im Bereich der Software Open Source (OS)<sup>592</sup> entwickelt. Ziel dieser Initiativen ist es, mithilfe von Lizenzen oder Lizenzketten Inhalte zugänglich zu machen.<sup>593</sup> Während sich Open Content (OC) hauptsächlich auf Inhalte bezieht, soll OS den öffentlichen Zugang zu Quelltexten von Software sicherstellen.<sup>594</sup>

Deutlich wird hierbei die Relevanz nicht nur für das Urheberrecht, sondern für das Immaterialgüterrecht insgesamt. So bleibt beispielsweise die Frage um die Pa-

---

<sup>586</sup> BRUNCEVIC, S. 187; vgl. überblicksartig KARAVAS, *Governance of virtual worlds*, S. 155 ff.

<sup>587</sup> Siehe Kap. 5 II.2.

<sup>588</sup> BRUNCEVIC, S. 206; umfassend und kritisch zur Frage des Internets als demokratisches Medium KERSTEN, *Schwarmdemokratie*, passim.

<sup>589</sup> Vgl. GRUBER, *Anfechtungen des Plagiats*, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 98 f.; MADISON/FRISCHMANN/STRANDBURG, S. 696.

<sup>590</sup> MERTON, S. 273 ff., spricht vom «Wissenskommunismus der Wissenschaften», wonach aus erkenntnisphilosophischen Gründen Forschungsergebnisse veröffentlicht werden müssen, damit die Gemeinschaft sie überprüfen, replizieren, kritisieren und fortschreiben kann; zitiert nach GRASSMUCK, S. 10; vgl. den Hinweis auf den Begriff der «Info-Kommunisten» bei BOYLE, *Environmentalism*, S. 111.

<sup>591</sup> HANSEN, *Zugang*, S. 799 ff.; PFLÜGER/ERTMANN, S. 436 ff.

<sup>592</sup> GERLACH, S. 649 ff.; GRÜTZMACHER, S. 184–189; ZIRKEL/ALEKSIC, S. 141 ff.

<sup>593</sup> DREIER, *Creative Commons, Science Commons*, in: FS Schrickler, S. 287 ff.

<sup>594</sup> Vgl. dazu PASQUINELLI, S. 76.

tentierbarkeit von Software weiterhin umstritten,<sup>595</sup> wobei die Entscheidung weitreichende Konsequenzen mit sich bringen würde: Aus Open Source würde aller Voraussicht nach Closed Source.

## I. Free Software und Open Source

Open Source Software (OSS) und Free Software (FS) liegt im Kern das Ideal einer Offenlegung von Quellcodes zugrunde.<sup>596</sup> Ausgehend von den Bedürfnissen von Forscherinnen der Advanced Research Projects Agency (ARPA)<sup>597</sup> in den USA, die während der Arbeit auf einen schnellen Informationsaustausch angewiesen waren, vereinfachten die offenen Quellcodes die interaktive Zusammenarbeit.<sup>598</sup> Entsprechend achteten sie darauf, dass diese dauerhaft offen zugänglich blieben; jedenfalls innerhalb des Kolleginnenkreises. In den Folgejahren der 1960er entwickelte sich darauf aufbauend eine «Hackerkultur».<sup>599</sup> Entgegen der bisweilen negativen Konnotation lässt sich diese als «Geschenkultur mit anarchischen Zügen» beschreiben.<sup>600</sup> Die Hackerinnen arbeiteten nicht selten in ihrer Freizeit an gemeinsamen Projekten und wurden oft von Idealismus angetrieben. Während die idealistische Prägung bis heute besteht, erscheint die Beschreibung «anarchisch» nicht mehr zeitgemäss. So wurde in der Zwischenzeit ein Grossteil der Software-Lizenzverträge, die aus dieser Bewegung hervorgingen, fast vollständig an das jeweilige Rechtssystem angepasst.<sup>601</sup> Gegen die Beschreibung als anarchisch spricht, dass die Beteiligten nicht in jedem Fall die kostenfreie Verteilung der Software beabsichtigten, sondern auf die Freiheit von Einschränkungen abzielen.<sup>602</sup>

---

<sup>595</sup> Vgl. ZECH, *Technizität*, S. 137 ff.

<sup>596</sup> Dabei handelt es sich – anders als beim Binärcode – um eine für Menschen lesbare Programmiersprache; vgl. WIELSCH, *Zugangsregeln*, S. 192 ff.

<sup>597</sup> Eine Organisation für Forschungsprojekte der Verteidigung, inzwischen umbenannt in Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA).

<sup>598</sup> PEUKERT, S. 78.

<sup>599</sup> FREYERMUTH, *Offene Geheimnisse*, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 24; vgl. dazu HARTMANN, S. 86 ff.

<sup>600</sup> So etwa bei FROSIO, *Open Access Publishing*, S. 29; vgl. die Abwägung zu diesen Begriffen bei RAYMOND, *Cathedral*, S. 55; zu anderen «anarchischen Bewegungen» im digitalen Bereich DE FILIPPI/WRIGHT, S. 1 ff.

<sup>601</sup> Zur Einordnung dieser Verträge als Schenkungs- oder Organisationsverträge nach deutschem Recht siehe KÖNIG, S. 48 ff. bzw. 71 ff.

<sup>602</sup> KÖNIG, S. 25 ff.

Vor diesem Hintergrund hegten viele die Hoffnung, dass mit der Einführung der sog. Linux-Klauseln in Deutschland (§§ 31a ff. UrhG) diese besondere Art des Zusammenarbeitens «zum Wohle der Allgemeinheit» als eine Besonderheit des urheberrechtlichen Schaffens von den allgemeinen deutschen Urheberrechtsgrundsätzen ausgenommen wird.<sup>603</sup> Dieser Hoffnung standen jedoch die Beweggründe der Legislative gegenüber, welche diese Phänomene rechtlich erfassen wollte, ohne «Sonderurheberrechte» anzuerkennen.<sup>604</sup>

## 1. Free Software

Obschon die Bewegung zunehmend an Bedeutung gewinnen konnte, war die formalrechtliche Anerkennung ein wichtiger Zwischenschritt dieser langen Entwicklungskette. Dies wird umso deutlicher, wenn man die Ursprünge in den 1950er Jahren untersucht. Damals begannen erste Handelsbeziehungen, die sich jedoch auf Hardware beschränkten. Gegen Ende der 1960er Jahre entstand dann ein Markt für Software.<sup>605</sup> In den 1980er Jahren wurde Software bereits kostenlos verfügbar gemacht und getauscht.<sup>606</sup> Gleichzeitig, im Jahr 1983, entwickelte RICHARD STALLMAN das sog. GNU-Projekt und lancierte die General Public License (GPL).<sup>607</sup> Die Bedingungen dieser Lizenz sehen vor, dass der Quellcode öffentlich zugänglich, die Weitergabe bedingungslos erlaubt und Diskriminierung ausgeschlossen sein muss.<sup>608</sup> Damit wollte er erreichen, dass Software innerhalb eines selbst organisierten Rahmens genutzt, geteilt und bearbeitet werden konnte.<sup>609</sup> Bis heute wird er dafür als Vordenker der «freien Software» gefeiert.<sup>610</sup>

---

<sup>603</sup> So KÖNIG, S. 126.

<sup>604</sup> KÖNIG, S. 126 m. w. N.

<sup>605</sup> NUSS, S. 74.

<sup>606</sup> MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 413.

<sup>607</sup> BÄRWOLFF, Die ökonomischen Grenzen freier Software, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 9; FROSIO, Open Access Publishing, S. 29 f.; KÖNIG, S. 25 ff.; zum normativen Modell der GPL WIELSCH, Zugangsregeln, S. 213 ff.; [perma.cc/F2Y6-9JC9](https://perma.cc/F2Y6-9JC9).

<sup>608</sup> The Open Source Definition, [perma.cc/V4P9-4UG9](https://perma.cc/V4P9-4UG9); zu den weiteren Voraussetzungen siehe AULTMAN, S. 397.

<sup>609</sup> MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 414; zur GNU-Lizenz im Kontext von Musikwerken McDONAGH, Protecting traditional music under copyright (and choosing not to enforce it), in: Bonadio/Lucchi, S. 167 ff.; [perma.cc/Z6SS-Y6VQ](https://perma.cc/Z6SS-Y6VQ).

<sup>610</sup> AMINI, S. 190; NUSS, S. 75.

Mit dem zunehmenden Erfolg der Bewegung ging jedoch eine konträre Entwicklung einher. So wurde zum Beispiel in den USA der Copyright-Schutz auf Computerprogramme ausgedehnt.<sup>611</sup> Dies führte zunächst zu Enttäuschung innerhalb der Anhängerinnenschaft STALLMANS. Als Aushängeschild einer neuen Generation konnte sich die Bewegung rund um STALLMAN dennoch durchsetzen und weiter an gesellschaftlicher Anerkennung gewinnen.<sup>612</sup>

## 2. Open Source

Die OS-Initiative entwickelte sich erst um das Jahr 1998.<sup>613</sup> Vergleichbar mit der FS-Bewegung verfolgen und fördern die Beteiligten öffentlich zugängliche Quelltexte.<sup>614</sup> Diese sollen jederzeit kopiert und weitergegeben werden können. Zudem darf der Quelltext sogar erweitert werden, wobei Lizenzbeschränkungen zu berücksichtigen sind.<sup>615</sup>

Während die Bedingungen für die Weiternutzung von OS mit jenen der FS-Bewegung teilweise vergleichbar sind,<sup>616</sup> fiel von Beginn an auf, dass es dem OS-Team noch schneller und effizienter gelang, Anhängerinnen zu gewinnen. Die gesellschaftliche Anerkennung fand ihren Höhepunkt, als «Die Grünen» im Deutschen Bundestag 2001 forderten, OS-Software zu fördern.<sup>617</sup> Diesen Forderungen lag die praktische Erwägung zugrunde, die Software schneller weiterzuent-

---

<sup>611</sup> FROSIO, Open Access Publishing, S. 29; NUSS, S. 75.

<sup>612</sup> MADISON/FRISCHMANN/STRANDBURG, S. 670.

<sup>613</sup> Siehe die umfassende Beschreibung der Historie etwa bei FREYERMUTH, Offene Geheimnisse, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 23 ff.; vgl. RAYMOND; FROSIO, Open Access Publishing, S. 30.

<sup>614</sup> Software wird in Computersprachen wie Fortran, C/C++ oder Java abgefasst, wobei das ursprüngliche Format als «Quelltext» bezeichnet wird. Dieser kann in einen binären Code übersetzt werden, der dem Computer das Arbeiten ermöglicht, siehe VARIAN/SHAPIRO, Einführung von Linux im öffentlichen Sektor in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 212.

<sup>615</sup> VARIAN/SHAPIRO, Einführung von Linux im öffentlichen Sektor, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 212.

<sup>616</sup> Vgl. zu den Unterschieden Kap. 5 I.3.

<sup>617</sup> BT, 199. Sitzung; GRASSMUCK, Freie Software, S. 9.

wickeln.<sup>618</sup> Die Nutzerinnen profitieren von einer stetigen Anpassung, wohingegen die Software von der Nutzung angetrieben wird.<sup>619</sup>

Gleichzeitig werden bei OS-Software selten Prosumerinnen beschrieben,<sup>620</sup> also Nutzerinnen, die zugleich Beiträge leisten. Die Sphäre der Entwicklerinnen auf der einen und der Anwenderinnen auf der anderen Seite ist oft getrennt.<sup>621</sup> Obgleich die schwankende und wechselnde Zahl der Nutzerinnen kein Problem, vielmehr gewünscht ist, ist die hohe Fluktuation aufseiten der Entwicklerinnen eine Herausforderung für die Initiative. So ist diese Onlinegemeinschaft innerhalb kürzester Zeit gewachsen, jedoch droht sie ebenso schnell an Arbeitskräften zu verlieren. Deshalb wird versucht, Beständigkeit herzustellen, indem zunehmend Unternehmen bezahlte Programmiererinnen an OS-Projekten arbeiten lassen,<sup>622</sup> um die Weiterführung des Projekts zu gewährleisten.

Gleichzeitig kommt es immer wieder zu Fällen, in denen verschiedene Mitarbeitende versuchen, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen, um monetäre Vorteile zu erlangen. Dies gestaltet sich in vielen Fällen schwierig, da ihr Beitrag zum Gesamtprojekt kaum oder nur mit viel Aufwand feststellbar ist.<sup>623</sup> Obgleich diese Verfahren die Bewegung wiederholt vor Herausforderungen stellen, dienen sie gleichzeitig als Nachweis der gesellschaftlichen und rechtlichen Anerkennung der Lizenzen.<sup>624</sup>

---

<sup>618</sup> BÄRWOLFF, Die ökonomischen Grenzen freier Software, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 10.

<sup>619</sup> GRASSMUCK, Freie Software, S. 14.

<sup>620</sup> PÖTZLBERGER, Pastiche, S. 675.

<sup>621</sup> BÄRWOLFF, Die ökonomischen Grenzen freier Software, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 11.

<sup>622</sup> MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 415.

<sup>623</sup> MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 416.

<sup>624</sup> Vgl. dazu grundlegend Jacobsen v. Katzer, 535 F.3d 1373, 1381–82 (Fed. Cir. 2008); zur Bedeutung des Falls MADISON/FRISCHMANN/STRANDBURG, S. 704.

### 3. Unterschiede und Gemeinsamkeiten

Zwischen OS und FS bestehen folglich Ähnlichkeiten, aber ebenso grundlegende Unterschiede.<sup>625</sup> Das zugrunde liegende Lizenzsystem macht die bestehenden Gegensätze am anschaulichsten deutlich.<sup>626</sup>

Während bei OS allgemein festgelegt wird, was bei der Lizenzvergabe berücksichtigt werden muss, sind bei der Anwendung von FS die oben genannten Kriterien zu berücksichtigen. Diese bezwecken eine weitreichende freie Zugänglichkeit zum Quelltext und betreffen darüber hinaus eine politische Dimension. Wenn gleich sich die Bewegung, wie gezeigt, an das Rechtssystem angepasst hat und gesellschaftliche Anerkennung genießt, wird FS bis heute als «anarchisch» bezeichnet.<sup>627</sup>

Die OS-Bewegung berücksichtigte hingegen von Beginn an ökonomische Aspekte und erfuhr so unter Umständen mehr gesamtgesellschaftliche Anerkennung.<sup>628</sup> Schnell wurde sie zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Ausarbeitungen<sup>629</sup> und genießt bis heute breite Anerkennung. Die rasche Verbreitung von OS lässt sich mit der gemäßigten politischen Einstellung der Anhängerinnen erklären. Während sich FS als stark idealistische, soziale Bewegung versteht,<sup>630</sup> ist OS in erster Linie eine Entwicklungsmethode für Software.<sup>631</sup>

Beide Bewegungen verfolgen aber das übergeordnete Ziel, Software-Quelltexte besser zugänglich zu machen.<sup>632</sup> Ob eine verbesserte technische Zugänglichkeit mit einer Demokratisierung einhergeht,<sup>633</sup> ist indes zu hinterfragen. So sind beispielsweise Regelungen zu verschiedenen Formen der Partizipation oder Abstimmungen nur in Ansätzen vorhanden.

---

<sup>625</sup> Die Unterschiede herauszuarbeiten versucht ebenfalls STALLMAN, S. 57 ff.

<sup>626</sup> FROSIO, Open Access Publishing, S. 30 ff.

<sup>627</sup> MÜLLER, Anti-Musk.

<sup>628</sup> FROSIO, Open Access Publishing, S. 32.

<sup>629</sup> JAEGER/METZGER; SPINDLER, VSI.

<sup>630</sup> Vgl. zum politischen Charakter THIEL, Digitalisierung als Kontext politischen Handelns, in: Jacob/Thiel, S. 205, Fn. 14 m. w. N.

<sup>631</sup> STALLMAN, S. 57; KÖNIG, S. 25 ff.

<sup>632</sup> MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 414.

<sup>633</sup> FROSIO, Open Access Publishing, S. 29, siehe zur (Wissens-)Demokratisierung im Internet PSCHIDA, S. 291 ff.; abwägend dazu KERSTEN, Schwarmdemokratie, passim.

Fest steht jedoch, dass die Bewegungen, insbesondere die OS-Bewegung, in der Mitte der Gesellschaft angekommen sind. Durch die technischen Kenntnisse der Beteiligten, die in die Lizenzen Eingang finden, unterstützen sie das Recht, sich an den technologischen Wandel anzupassen, und werden gleichzeitig von den entstehenden rechtlichen Regelungen beeinflusst. Ebenso zeichnet sich jedoch ab, dass zunehmend nicht auf eine umfassende Offenheit, sondern im Grunde auf hybride Modelle aus Freiheit und Nichtfreiheit gesetzt wird.<sup>634</sup> Auf diese Weise erfolgt eine Anpassung an die Logiken des Marktes und eine Abkehr vom originären Idealismus.

#### 4. Anwendungsbereiche

Obschon der ursprüngliche Idealismus in bestimmten Bereichen abzunehmen scheint, bleibt im Zeitalter von Digital-Rights-Management (DRM)-Systemen<sup>635</sup> die Sicherung des Zugangs ein Hauptanliegen der Beteiligten.<sup>636</sup> Gleichzeitig versuchen sie einen Ausgleich zwischen wirtschaftlichen Interessen, offenen Zugängen und einem rechtlich standhaften Lizenzmodell zu schaffen. Doch wie kann dies gelingen und in welchen Bereichen findet OSS konkret Anwendung?

Während OSS schnell zahlreiche Unterstützerinnen gewinnen konnte, wehrten sich die grossen Softwareunternehmen gegen die «Bedrohung» durch die Offenheit der Software – allen voran Microsoft. Höhepunkt der Diskussion um die künftige Ausrichtung der Softwareindustrie waren die sog. Halloween Papers.<sup>637</sup> In diesen offengelegten Dokumenten werden geheime Strategien beschrieben, welche die Weiterentwicklung von FS oder OSS, insbesondere Linux<sup>638</sup>, unterbinden sollten. Trotz dieser Herausforderungen gelang es den OS-Gründerinnen, sich durchzusetzen und zu einem grundlegenden Wandel des Selbstverständnisses in der Softwareindustrie beizutragen. Heute stellt beispielsweise Microsoft Websites

---

<sup>634</sup> BÄRWOLFF, Die ökonomischen Grenzen freier Software, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 12.

<sup>635</sup> Hierbei handelt es sich um technische Sicherheitsmassnahmen, welche die Nutzung von Werken durch einzelne Lizenzen gegen Vergütung ermöglichen sollen, vgl. zu dieser Definition BENGESER, S. 188 m. w. N.; zu Pro- und Contra-Argumenten auch RUNGE, S. 130.

<sup>636</sup> Zu Einschränkungen durch DRM, sui-generis-Rechte und andere FROSIO, Open Access Publishing, S. 82 ff.

<sup>637</sup> FREYERMUTH, Offene Geheimnisse, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 19.

<sup>638</sup> Zur Entwicklung von Linux, dem wohl berühmtesten Projekt der FS-Bewegung, BOTS-MAN/ROGERS, S. 55 ff.; NUSS, S. 76 ff.; SCHNEIDER, S. 5.

zur Verfügung, die sich nur diesem Thema widmen.<sup>639</sup> Obgleich sich das Unternehmen davon eine schnelle Entwicklung von Software zum eigenen Vorteil erhofft, steht die freie Zugänglichkeit, gewissermassen als «Zeitgeist», im Vordergrund.<sup>640</sup>

In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass die monetäre Wertschöpfung nicht ausgeschlossen ist, obschon der Aspekt des Kostenlosen eine wichtige Rolle spielt.<sup>641</sup> Wertschöpfung kann zum Beispiel über zahlungspflichtige Dienstleistungen gelingen, die zusammen mit einem gratis angebotenen Grundprodukt als Gesamtpaket veräussert werden.<sup>642</sup> Entsprechend gilt, dass das Symbol des durchgestrichenen Dollars nicht bedeutet, dass die unter der Lizenz veröffentlichten Artikel kommerziell uninteressant sind.<sup>643</sup> Entsprechend überrascht es nicht, dass grosse Unternehmen den Vorteil nutzen, der mit dem offenen Zugang einhergeht, und darauf aufbauend verschiedene Bezahldienste anbieten. Dabei profitieren sie davon, dass die Lizenzen an das jeweilige Urheberrecht angepasst sind.<sup>644</sup>

Darüber hinaus wurde im Juni 2020 vom Regierungsrat des Kantons Bern das Gesetz über die digitale Verwaltung (DVG) verabschiedet.<sup>645</sup> Mit dem übergeordneten Ziel, rechtliche Grundlagen für eine öffentliche Verwaltung zu schaffen, wurde Art. 24 DVG eingefügt. In dieser Norm wird den handelnden Behörden gestattet, Software unter einer OS-Lizenz zu veröffentlichen. Entsprechend werden die Ziele der Bewegung vom Kanton unterstützt, was als massgebliches Zeichen für eine weitere Entwicklung in diesem Bereich, zumindest im schweizerischen Rechtssystem, zu werten ist.

## 5. Kritik

OS ist in vielen Bereichen zunehmend als Standard implementiert. Dennoch bleibt eine kritische Würdigung der Bewegung wichtig. Fragen nach der Produkthaftung

---

<sup>639</sup> Perma.cc/M6BE-Q5US.

<sup>640</sup> PEUKERT, Gemeinfreiheit, S. 48; WIELSCH, Zugangsregeln, S. 192.

<sup>641</sup> AULTMAN, S. 398.

<sup>642</sup> AMINI, S. 130.

<sup>643</sup> PERREAUX, Creative Commons & rightclearing.com, in: Weller/Kemle/Kuprecht/Dreier, S. 148 ff.

<sup>644</sup> KÖNIG, S. 30; LESSIG, Free Culture, S. 284.

<sup>645</sup> Perma.cc/GPL5-3S3L.

für Software sind beispielsweise bis dato nur unzureichend gelöst.<sup>646</sup> Diese Frage ist von übergeordneter Bedeutung, da die Software zunehmend in allen Lebensbereichen an Bedeutung gewinnt. So wird beispielsweise in der Bioinformatik über offene «Quellcodes unseres Lebens» diskutiert.<sup>647</sup> Die bestehenden Initiativen<sup>648</sup> machen die Vielfalt der Einsatzmöglichkeiten offen zugänglicher Software und das damit oft einhergehende Vertrauen sichtbar. Gleichzeitig dienen sie als Mahnung, dass das Recht noch zahlreiche Herausforderungen in diesem Bereich zu lösen hat, um einen angemessenen Ausgleich zwischen Nutzungsmöglichkeiten und Pflichten sowie Haftungszuschreibungen zu erreichen.

Darüber hinaus ist ungeklärt, wie mit Entwicklungen im Bereich von Open Source Hardware (OSH) umzugehen ist.<sup>649</sup> Die Ausweitung von OS-Lizenzen auf Gegenstände der physischen Welt eröffnet zwar Perspektiven für den Einsatz von Software mit öffentlich zugänglichem Quelltext, bringt jedoch neue Herausforderungen mit sich.

Hier gilt es, die Entwicklung und gesellschaftliche Anerkennung weiter voranzutreiben, ohne erforderliche rechtliche Schutzmassnahmen zu unterbinden. Das Recht muss versuchen, diesen Spagat zwischen Offenheit und Restriktionen dauerhaft zu gewährleisten, wobei mit dem vorliegend zu erörternden Konzept der digitalen Allmende ein rechtswissenschaftlicher Rahmen Anknüpfungspunkte schaffen kann.

## 6. Zwischenfazit

Seit der Entstehung von FS und OSS in den frühen 1980er bzw. späten 1990er Jahren haben beide Bewegungen, sich jeweils ergänzend, neue Entwicklungen im Software-Bereich massgeblich beeinflusst. Doch während sich OS zunehmend an die rechtlichen und ökonomischen Rahmenbedingungen anpasst, bleibt die FS-Bewegung ihrer politischen Linie treu. Beide Lager schaffen es aber gemeinsam, die Verbreitung, Verwendung und Weiterentwicklung von Software voranzutreiben, und wecken so das Interesse von Softwareunternehmen.

---

<sup>646</sup> LAUX/WIDMER, Produkthaftung für OSS?, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 495 ff.; siehe das Gutachten von SPINDLER, VSI.

<sup>647</sup> Dazu FREYERMUTH, Offene Geheimnisse, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 41.

<sup>648</sup> Siehe etwa [perma.cc/6N3P-2JWU](http://perma.cc/6N3P-2JWU), ein Projekt, das mithilfe von Open Source Biology den freien Zugang zu Informationen aus der Bioinformatik gewährleisten möchte, vgl. HUPPERTZ, S. 697 ff.

<sup>649</sup> KÖNIG, S. 33 ff.; HUPPERTZ, S. 697–702; DUSOLLIER, S. 1401–1405.

Zugleich bleiben mit dem zunehmenden Einsatz offener Software in zahlreichen Feldern vielfältige Rechtsfragen bestehen, für die zeitnahe Lösungen gefunden werden müssen. Zu hoffen ist, dass etwa Gerichtsurteile eine Richtung vorgeben werden, die als Grundlage für die erforderliche rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung dienen können.

Setzt man diese Bewegungen in einen Kontext mit traditionellen Allmenden, so fällt zweierlei auf. Einerseits liegt der Software das Ideal einer umfassenden Zugänglichkeit zugrunde; anders als in den traditionellen Institutionen sollen alle die Software nutzen, bearbeiten und teilen können. Andererseits wird darauf geachtet, dass die Nutzerinnen zwar alles nutzen, gleichzeitig jedoch alles zurückgeben müssen.<sup>650</sup> Vergleichbar mit der Bedeutung von Pflichten in der traditionellen Allmende<sup>651</sup> wird somit deutlich, dass der Quelltext nicht einfach benutzt, sondern gepflegt werden muss. Entsprechend bieten diese Ansätze eine Grundlage, auf die im Rahmen der Konzeption der digitalen Allmende zurückgegriffen werden kann.

## II. Open Content

Im vorherigen Abschnitt wurden in erster Linie Projekte mit dem Ziel der freien Zugänglichkeit zum Quelltext von Software vorgestellt. Daran anschliessend ist nun der Blickwinkel auf OC zu richten. Abermals fallen hierbei Bezüge zur Allmende auf, indem in der Schweiz ein offener Zugang vom Verein «digitale Allmend» gefördert und gefordert wird.<sup>652</sup> Um dieses Ziel zu erreichen, zeichnet der Verein für die Lizenzen von Creative Commons Schweiz verantwortlich.<sup>653</sup>

Im Folgenden wird zum einen untersucht, inwieweit diese Lizenzformen die Eigenschaften traditioneller Institutionen berücksichtigen,<sup>654</sup> zum anderen erfolgt eine Differenzierung zwischen OC und OA.<sup>655</sup> Beide Modelle eint, dass grundlegende Ideen und Ansätze der OS-Bewegung aufgegriffen, weiterentwickelt und

---

<sup>650</sup> WEBER, S. 182; vgl. SPINDLER, in: FS Käfer, S. 349.

<sup>651</sup> Vgl. Kap. 2 II.2.

<sup>652</sup> Perma.cc/F2RP-KQXK.

<sup>653</sup> Perma.cc/2UVX-QUDF.

<sup>654</sup> Vgl. eine entsprechende Kritik bei SCHAEFFER, S. 388 f.

<sup>655</sup> Vgl. den Hinweis auf die nicht einheitliche Verwendung von Open Content und Open Access bei EULER, S. 130.

angepasst wurden, um den offenen Zugang zu Texten und Bildern zu ermöglichen.<sup>656</sup>

## 1. Inhalt

Grundsätzlich lassen sich unter dem Begriff OC verschiedene Lizenzgestaltungen verstehen, die eine einfache Vervielfältigung und Verbreitung ermöglichen sollen. Auch die OC-Bewegung will formale Hürden unterbinden, anders als OS im Softwarebereich umfasst OC aber viele unterschiedliche Werkarten.<sup>657</sup>

Weitergehend kann zwischen OC und OA differenziert werden. Obwohl Ähnlichkeiten bestehen,<sup>658</sup> lassen sich diese Bewegungen durch die primäre Ausrichtung von OA auf den freien Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen abgrenzen.<sup>659</sup> Während OC mit der Entwicklung der CC-Lizenzen<sup>660</sup> allgemeiner das Ziel verfolgt, Literatur in die Gesellschaft zurückzuführen,<sup>661</sup> steht bei OA die Motivation von Wissenschaftlerinnen im Vordergrund,<sup>662</sup> die aufgrund steigender Preise für Publikationen zunehmend damit kämpfen, auf Forschungsliteratur zugreifen zu können. Von einer «Publikationskrise»<sup>663</sup> betroffen sind unter anderem Bibliotheken und Universitäten, für die es zunehmend schwieriger wird, die oft hohen Gebühren für den Zugang zu Zeitschriften und Werken aufzubringen.<sup>664</sup> Die OA-Bewegung zielt deshalb darauf ab, die derzeit zweifache Finanzierung durch die

---

<sup>656</sup> Siehe dazu MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 416 f. m. w. N.

<sup>657</sup> SCHULZE, UrhG § 31a Verträge über unbekanntete Nutzungsarten, in: Dreier/Schulze, Rn. 83–85; zur Vermeidung formaler Hürden vgl. BT-Drucks. 16/5939, S. 44.

<sup>658</sup> Zu den Unterschieden indes SPINDLER, in: FS Käfer, S. 349 ff.; FEHLING, Von der kommerziellen Verlagsproduktion zum Open Access, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 339.

<sup>659</sup> Das Vorstehende differenziert betrachtet unter [perma.cc/7KYE-Q7QQ](https://perma.cc/7KYE-Q7QQ).

<sup>660</sup> Zu diesen ebenfalls im Kontext von Commons BRUNCEVIC, S. 177 ff.

<sup>661</sup> HAMANN, OpenCon, S. 323; DERS., S. 97.

<sup>662</sup> Siehe zu den Antriebsgründen von Wissenschaftlerinnen als Ideal HILTY, S. 109–118.

<sup>663</sup> FEHLING, Von der kommerziellen Verlagsproduktion zum Open Access, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 339; FROSIO, Open Access Publishing, S. 10; MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 420; SOSNITZA, S. 239 f.; WEBER, Zwangslizenz, S. 365; WIELSCH, Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 391.

<sup>664</sup> SCHEUFEN, S. 1 ff.; WEBER, Zwangslizenz, S. 143 ff.; (frühe) Überlegungen zu einer Bibliothek der Zukunft bei GINSBURG, Copyright Without Walls, S. 53 ff.

öffentliche Hand – erstens der Forschung, zweitens beim Zeitschriftenkauf – zu unterbinden.<sup>665</sup> Darüber hinaus ist das umfassendere Ziel von OA, die Wissenschaftsfreiheit als solche zu stärken.<sup>666</sup> So wird das Zugänglichmachen von Forschungsergebnissen als Hauptaufgabe der Wissenschaft betont.<sup>667</sup> In diesem Kontext ist jedoch zu beachten, dass bei OA die Autorinnen nicht auf die eigenen Urheberrechte verzichten sollen.<sup>668</sup> Zudem ist im deutschen Recht das Prinzip der Unveräußerlichkeit der Urheberinneneigenschaft zu berücksichtigen, wonach ein urheberinnenpersönlichkeitsrechtlicher Kern unverzichtbar bleibt.<sup>669</sup> Im Einzelfall ist somit zu prüfen, welche Rechte die Rechteinhaberinnen den Nutzerinnen einräumen wollte und ob die Nutzerin das Werk tatsächlich wie beabsichtigt verwenden darf.

## 2. Anwendungsbereiche

Folgend werden zunächst Anwendungsbereiche von OC dargestellt. Die Spannweite reicht von Open Access im globalen Wissenschaftsbereich über die Digital Peer Publishing Licence (DPPL), die auf das deutsche Rechtssystem zugeschnitten ist, bis hin zur spezifischen Forderung nach einer offenen Zugänglichkeit zu Rechtsquellen und rechtlichen Dokumenten. Im Anschluss werden Möglichkeiten und Herausforderungen von OC dargestellt. Dies verdeutlicht, welche vielfältigen Bereiche die Forderung nach offen zugänglichen Inhalten betrifft und wie es den einzelnen Bewegungen zunehmend gelingt, ihre Ziele zu erreichen und Sympathisantinnen zu gewinnen.

### a. Open Access

OA stößt verstärkt Diskussionen innerhalb der Wissenschaftswelt an und trägt dazu bei, die bestehende Publikationskultur kritisch zu hinterfragen. Diese Entwicklung baut auf einer beinahe zwanzigjährigen Historie auf. So liegt dem Ziel

---

<sup>665</sup> Vgl. dazu FEHLING, Von der kommerziellen Verlagsproduktion zum Open Access, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 339 f.; MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 420; SOSNITZA, S. 239 f.

<sup>666</sup> MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 421 f.

<sup>667</sup> PFLÜGER/ERTMANN, S. 436 ff.; SOSNITZA, S. 234.

<sup>668</sup> Dazu umfassend MÖLLER.

<sup>669</sup> SCHULZE, Vorbemerkung zu Unterabschnitt 2. Urheberpersönlichkeitsrecht, in: Dreier/Schulze, Rn. 10 ff.; JAEGER/METZGER, Rn. 8; SCHRÖR, S. 8 ff.; vgl. zur Schwierigkeit des umfassenden Rechteeverzichts bei CC-Lizenzen BRUNCEVIC, S. 192.

von OA eine Stiftung zugrunde, die 2001 von Lawrence Lessig und anderen Mitstreiterinnen gegründet wurde.<sup>670</sup> Sie setzten sich für ein some rights reserved statt eines all rights reserved ein.<sup>671</sup> Auf diese Weise wollten sie zur weiteren Öffnung der Werke beitragen, jedoch die Stellung der Urheberin nicht ganz auflösen. Vielmehr sollte diese eine noch stärkere Auswahlmöglichkeit erhalten.

Um dieses Ziel zu erreichen, stellt die gemeinnützige Organisation auf ihrer Website individuell anpassbare CC-Lizenzen zum Abruf bereit. Mithilfe eines Konfigurators können die Autorinnen auswählen, auf welche Rechte sie verzichten und welche sie behalten möchten.<sup>672</sup> Es ist davon auszugehen, dass dies ein Bewusstsein für die bestehenden Rechte schaffen und einen vereinfachten Umgang mit diesen eigenen Rechten ermöglichen soll. Aktuell kann zwischen sechs Standardlizenzen ausgewählt werden.<sup>673</sup> Am weitesten geht die CC-BY-Lizenz, die keine Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung auferlegt, sondern lediglich zur Nennung der Urheberin verpflichtet. Die CC-BY-SA-Lizenz<sup>674</sup> fordert zusätzlich, dass bei jeder Weiterverwendung dieselbe Lizenz eingesetzt werden muss. Restriktiver ist die CC-BY-ND-Lizenz,<sup>675</sup> wonach die Weiterverbreitung des Werkes kommerziell wie nicht kommerziell möglich ist, solange dies ohne Veränderungen und vollständig geschieht. Hierbei ist die Urheberin explizit zu nennen. Weiter existiert die CC-BY-NC-Lizenz,<sup>676</sup> wonach eine kommerzielle Nutzung unterbleiben muss, gleichzeitig aber eine Bearbeitung erlaubt ist. Bei Anwendung der CC-BY-NC-SA-Lizenz ist es anderen möglich, das Werk zu verbreiten und zu bearbeiten, sofern nicht kommerzielle Ziele verfolgt und die Urheberinnen genannt werden. Darüber hinaus müssen alle auf dem Werk basierenden Werke unter denselben Lizenzbedingungen veröffentlicht werden. Die CC-BY-NC-ND-Lizenz ist die restriktivste der sechs Kernlizenzen. Sie erlaubt den Download und die Weiterverteilung des Werkes unter Nennung der Urheberin. Eine weitergehende Bearbeitung ist jedoch nicht erlaubt. Obschon die Darstellung des Konfigurators

---

<sup>670</sup> FROSIO, Open Access Publishing, S. 33 m. w. N.; LESSIG, Free Culture, S. 282–286; siehe dazu SOSNITZA, S. 233 ff., mit dem Hinweis, dass sich der Gründer bereits 2008 wieder aus dem Leitungsgremium zurückzog.

<sup>671</sup> Perma.cc/7WKF-CWH5; vgl. AULTMAN, S. 398; FROSIO, Open Access Publishing, S. 33; SCHAEFFER, S. 360; SOSNITZA, S. 233.

<sup>672</sup> AULTMAN, S. 398.

<sup>673</sup> Siehe zum Folgenden Perma.cc/9MG9-WKJ2.

<sup>674</sup> SA steht für share alike.

<sup>675</sup> ND steht für no derivatives.

<sup>676</sup> NC steht für noncommercial.

mitsamt erklärenden Bildzeichen, Texten und unterstützenden Beispielfällen übersichtlich aufgebaut ist, stellt sich die Frage, ob die allgemeine Nutzerin diese Ausführungen nachvollziehen kann. Insbesondere bei der Frage, auf welche Rechte verzichtet werden soll und welche Konsequenzen dies mit sich bringt, ist eine ergänzende rechtliche Beratung in bestimmten Fällen sinnvoll.

Im Vergleich zu OS haben die CC-Lizenzen den praxisrelevanten Vorteil, dass sie in verschiedenen Sprachfassungen vorliegen und maschinenlesbar sind.<sup>677</sup> Entsprechend populär sind sie im weltweiten Wissenschaftsbetrieb und ermöglichen so den Zugang zu zahlreichen Publikationen. Ferner sorgt eine globale Zivilgesellschaft, organisiert in der 1998 durch Rick Johnson gegründeten Scholarly Publications Access Resource Coalition (SPARC), für die stetige Fortentwicklung von OA.<sup>678</sup> Inzwischen haben sich der Organisation knapp 800 Institutionen aus Nordamerika, Europa, Japan, China und Australien angeschlossen,<sup>679</sup> welche die Zielerreichung vorantreiben.

Mithilfe von OA wird somit zunehmend erfolgreich versucht, einen umfassenden Zugang zu wissenschaftlichen Erkenntnissen zu erreichen.<sup>680</sup> Der Wissenschaftlerin, die ihre Werke öffentlich zugänglich machen möchte, stehen in dieser Hinsicht drei verschiedene Wege zur Verfügung.<sup>681</sup> Erster Weg ist die Veröffentlichung in einer Zeitschrift, in der die Inhalte online und allen zugänglich bereitgestellt werden. Entscheidet sie sich für diesen Weg, betritt sie den sog. goldenen Weg.<sup>682</sup> Zweitens gibt es den sog. grünen Weg, womit die Veröffentlichung über Online-Repositorien, verstanden als Publikationsserver, beschrieben wird.<sup>683</sup> In diesem Kontext wird das Werk nicht nur zugänglich gemacht, sondern weitergehend eine Verbreitung und Verarbeitung ermöglicht.<sup>684</sup> Zu guter Letzt ist die dritte Möglichkeit, das Werk auf der eigenen Website zu publizieren, womit das sog. Self-

<sup>677</sup> Zur (technischen) Funktionsweise dieser maschinenlesbaren Version siehe FROSIO, Open Access Publishing, S. 33 f.

<sup>678</sup> Siehe dazu FROSIO, Open Access Publishing, S. 51 f.; SCHEUFEN, S. 68 f.

<sup>679</sup> SCHEUFEN, S. 69 f.

<sup>680</sup> Zu diesem OA-Begriff siehe HILTY/SEEMANN.

<sup>681</sup> SUBER, S. 49 ff.; zum Folgenden GRAF/HAUX, OA, S. 231 ff.

<sup>682</sup> PRIEST, S. 391 ff.; SOSNITZA, S. 235.

<sup>683</sup> SOSNITZA, S. 235 f.; zu möglichen Organisationsmodellen von Repositorien siehe BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, Open Access und Institutional Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen, in: Spindler – OA, S. 16 ff.

<sup>684</sup> STEINHAUER, S. 12 ff.; weitergehend, mit Fokus auf die Nutzung, FISCHMAN AFORI, S. 399 ff.

archiving beschrieben wird. Diese Option wird von OA-Anhängerinnen als der bestmögliche Weg beschrieben.<sup>685</sup> Entscheidet sich die Wissenschaftlerin indes für einen Zugang über das Bibliotheksterminal, wird dies als non-OA oder toll access klassifiziert.<sup>686</sup>

## **b. Digital Peer Publishing NRW**

Ein weiterer Anwendungsbereich von OC ist die DPPL.<sup>687</sup> Diese Lizenz wurde im deutschen Bundesland Nordrhein-Westfalen in Zusammenarbeit mit dem Institut für Rechtsfragen der Freien und Open Source Software (ifrOSS) entwickelt.<sup>688</sup> Anders als die CC-Lizenzen setzt sich DPPL aus drei Kernmodulen zusammen und ist in erster Linie auf das deutsche Rechtssystem zugeschnitten. Die Herausgeberinnen betonen,<sup>689</sup> dass sie den Anforderungen von OA möglichst konsequent gerecht werden wollen. So sieht etwa die Basislizenz vor, dass alle Dokumente gelesen und unverändert elektronisch weitergegeben werden können. Darüber hinaus ist es möglich, sie zum Download bereitzustellen. Ferner erfolgt keine Unterscheidung zwischen wissenschaftlichem und kommerziellem Gebrauch. Auf diese Weise wird wohl versucht, die Lizenz für vielfältige Einsatzzwecke interessant zu machen, ohne weitreichende Differenzierungen vorzunehmen.

Weiter bezieht sich die Lizenz nur auf digitale Werkexemplare und erfasst keine Druckexemplare. Dies kann damit begründet werden, dass es den Entwicklerinnen zum einen massgeblich um die Förderung elektronischer Inhalte geht, zum anderen die Möglichkeit erhalten bleiben soll, Rechte für das verkörperte Werk beispielsweise einem Verlag einzuräumen. Darüber hinaus existieren neben der erwähnten Basislizenz die «modulare DPPL» sowie die «freie DPPL». Diese ermöglichen den Nutzerinnen Veränderungen an den Materialien. In diesem Fall regeln die Lizenzen zum Beispiel, wie zitiert werden soll.

Umrahmt wird das Lizenzsystem vom Digital Peer Publishing (DiPP), das eine vereinfachte Veröffentlichung von Forschungsergebnissen und wissenschaftli-

---

<sup>685</sup> SWAN, S. 71; vgl. BARGHEER/BELLEM/SCHMIDT, *Open Access und Institutional Repositories – Rechtliche Rahmenbedingungen*, in: Spindler – OA, S. 16 ff.

<sup>686</sup> HILF, *Digitaler Open Access zu wissenschaftlichen Informationen*, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 396; SUBER, S. 49 ff.

<sup>687</sup> Siehe Medienmitteilung zur Lancierung der Initiative im Jahr 2004 von SIETMANN; kritisch zu solchen Peer-production-Systemen PASQUINELLI, S. 66 ff.

<sup>688</sup> Zum Nachfolgenden siehe [perma.cc/5EXH-5B8N](http://perma.cc/5EXH-5B8N); [perma.cc/T463-KLZQ](http://perma.cc/T463-KLZQ).

<sup>689</sup> Siehe zum Folgenden [perma.cc/RP4Q-F2WZ](http://perma.cc/RP4Q-F2WZ).

chen Informationen ermöglichen soll. So bietet die Plattform Instrumente und Beratung an, um eigene E-Journals zu betreiben. Ergänzend soll ein webbasiertes Peer-Review-Verfahren die wissenschaftliche Qualität der Zeitschriften sicherstellen und dauerhafte Internetadressen sollen die Zitierfähigkeit der Artikel gewährleisten. Neben diesen Instrumenten, die ein nachhaltiges Betreiben der Lizenzen zum Ziel haben, zeichnet sich die Lizenz dadurch aus, dass staatliche Institutionen sie anerkennen. Die DPPL ist somit eine beachtenswerte Alternative zu den CC-Lizenzen, obschon sie bisher weniger verbreitet ist.<sup>690</sup>

### c. Open Access to the Law and Legal Scholarship

Neben die Lizenzen, welche die Wissenschaftswelt betreffen, treten fachspezifische Bewegungen, die exemplarisch versuchen, der Öffentlichkeit rechtswissenschaftliche Publikationen zuzuführen. Insbesondere das 2009 verabschiedete Durham Statement on Open Access to Legal Scholarship<sup>691</sup> schuf entsprechende Grundlagen und führte zu umfassenden Diskussionen in der internationalen rechtswissenschaftlichen Gemeinschaft. Ausgearbeitet und unterzeichnet wurde das Schriftstück von Direktorinnen mehrerer rechtswissenschaftlicher Bibliotheken, wobei die Bereithaltung als Online-Text gewährleistetete, dass weitere Personen das Dokument unterzeichnen konnten.<sup>692</sup> Diese Erklärung knüpfte in ihrer Zielsetzung an die Montreal Declaration on Public Access to Law<sup>693</sup> aus dem Jahr 2002 an<sup>694</sup> und zielt in erster Linie darauf ab, den Zugang zu juristischen Primärquellen zu ermöglichen,<sup>695</sup> was der demokratischen Funktion des Rechts entspreche.<sup>696</sup> Ferner wird die Bedeutung von als OA veröffentlichten Zeitschriften und

---

<sup>690</sup> Siehe zur DPPL MANTZ, Open Source, Open Content und Open Access, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 420.

<sup>691</sup> Perma.cc/X29X-W578.

<sup>692</sup> DANNER/LEONG/MILLER, S. 39.

<sup>693</sup> Perma.cc/T5V3-PC3P.

<sup>694</sup> Siehe dazu CARROLL, S. 745 ff.; DANNER, S. 65 ff.

<sup>695</sup> FROSIO, Open Access Publishing, S. 69 ff.

<sup>696</sup> Siehe DANNER, S. 66; zur rechtlichen Fundierung in der Schweiz siehe BGE 139 I 129, E. 3.3: «Art. 30 Abs. 3 BV verankert das auch von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 UNO-Pakt II [...] vorgesehene Prinzip der Justizöffentlichkeit. Dieses erlaubt Einblick in die Rechtspflege und sorgt für Transparenz gerichtlicher Verfahren. Damit dient sie einerseits dem Schutze der direkt an gerichtlichen Verfahren beteiligten Parteien im Hinblick auf deren korrekte Behandlung und gesetzmässige Beurteilung. Andererseits ermöglicht die Justizöffentlichkeit auch nicht verfahrensbeteiligten Dritten nachzuvollziehen, wie gerichtliche Verfahren geführt werden, das Recht verwaltet und die

eine Fokussierung auf elektronische Versionen als notwendig erachtet. Entsprechend wird das Ziel verfolgt, Printpublikationen einzustellen. Begründet wird dieser weitgehende Vorstoss mit der Behauptung, dass es unökonomisch sei, beide Systeme aufrechtzuerhalten.<sup>697</sup>

Neben diesen weitreichenden Forderungen nach rein digitalen Publikationen wird in der Schweiz von Initiativen gefordert, die Möglichkeiten zur Einsicht in Urteile zu stärken.<sup>698</sup> Zu diesem Zweck wurde der Verein eJustice gegründet.<sup>699</sup> Während die Initiantinnen auf den freien Zugang für Rechtspraktikerinnen und Rechtswissenschaftlerinnen zielen, fordern andere Bewegungen den offenen Zugang zur Rechtswissenschaft für Studierende.<sup>700</sup> Indem alle Lehr- und Lernmaterialien als sog. open educational resources (OER) zur Verfügung stehen,<sup>701</sup> soll den Nachwuchsjuristinnen ermöglicht werden, Lehrbücher und andere Publikationen digital einzusehen. Hiermit werden die Ziele von OA um eine weitere Dimension erweitert, die neben der Fachwelt bereits die Stufe der Ausbildung betrifft.

Obschon viele einzelne Projekte sich zunehmender Beliebtheit erfreuen, wird die zentrale Rolle der Beteiligten selbst deutlich, in diesem Fall der Wissenschaftlerinnen. So lassen sich im Lund University Directory of Open Access Journals (DOAJ), einem Verzeichnis für OA-Zeitschriften, weiterhin nur wenige frei zugängliche Zeitschriften aus den Rechtswissenschaften finden.<sup>702</sup> Während sich in den Naturwissenschaften OA zunehmend zum Standard entwickelt,<sup>703</sup> sind die

---

Rechtspflege ausgeübt wird. Die Justizöffentlichkeit bedeutet eine Absage an jegliche Form der Kabinettsjustiz, will für Transparenz der Rechtsprechung sorgen und die Grundlage für das Vertrauen in die Gerichtsbarkeit schaffen. Der Grundsatz ist von zentraler rechtsstaatlicher und demokratischer Bedeutung. Die demokratische Kontrolle durch die Rechtsgemeinschaft soll Spekulationen begegnen, die Justiz benachteilige oder privilegiere einzelne Prozessparteien ungebührlich oder Ermittlungen würden einseitig und rechtsstaatlich fragwürdig geführt [...]»

<sup>697</sup> Kritisch dazu LEARY, S. 281–286.

<sup>698</sup> Siehe HÜRLIMANN, S. 82 ff.

<sup>699</sup> Perma.cc/R2S4-7AZM.

<sup>700</sup> «Access to law matters. [...] access to legal scholarship matters too», CARROLL, S. 743.

<sup>701</sup> Vgl. dazu EISENTRAUT.

<sup>702</sup> Obschon die Zahl seit DANNER, S. 69, stark zugenommen hat.

<sup>703</sup> Siehe zur Vorreiterrolle der Naturwissenschaften im Open-Access-Bereich FROSIO, Open Access Publishing, S. 61 ff.; SOSNITZA, S. 234; zu den Unterschieden zwischen Natur- und Geisteswissenschaften siehe HÜRLIMANN/GROSSMANN, S. 2; vgl. GRAF/HAUX, OA, S. 230 m. w. N.

Rechtswissenschaften weit davon entfernt.<sup>704</sup> Im rechtswissenschaftlichen Publikationswesen dominieren weiterhin klassische Verlage das Feld.<sup>705</sup> Diese unterschiedlich gelebte Praxis in den Wissenschaften wird historisch begründet. So wird beispielsweise auf die späte Anerkennung des Rechts als Wissenschaft hingewiesen,<sup>706</sup> weshalb, so die These, sich Peer-Review-Verfahren und andere Publikationssysteme viel später entwickelt hätten.<sup>707</sup> Allerdings bleibt offen, warum dies eine Anpassung der Publikationspraxis hin zu OA in den Rechtswissenschaften unterbinden sollte. Vielmehr lässt sich die Annahme vertreten, dass die Rechtslehre mit der Kommentarliteratur einen bereichsspezifischen Publikationszweig pflegt, der von der engen Verzahnung von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis zeugt. Daraus folgt, dass dieser wirtschaftlich bedeutende Anteil juristischer Publikationen auf eine exklusive kommerzielle Verwertung in der Rechtspraxis ausgerichtet ist.

### III. Kritik

Der vorstehende Abschnitt hat verdeutlicht, dass OC und OA viel Bewegung in die Publikationspraxis und die Diskussion um den freien Zugang zu Texten, Bildern und anderen Materialien brachten. Ferner ist zu erwarten, dass die Veränderungen in diesen Bereichen weiter zunehmen und eine breitere Masse an Beteiligten betreffen werden. Zunehmend rücken Websites wie libgen<sup>708</sup> oder sci-hub<sup>709</sup> in den Fokus, die einen offenen und kostenlosen Zugang unter anderem zu rechtswissenschaftlicher Forschungsliteratur ermöglichen wollen.<sup>710</sup>

Diesen Entwicklungen steht ein klassisches Urheberrechtsverständnis gegenüber. Aus dieser Sicht wird unter anderem kritisiert, dass die Modelle zwar für Nutzerinnen attraktiv erscheinen, für die Autorinnen oder Urheberinnen im Allgemeinen

---

<sup>704</sup> Vgl. dennoch die Bestrebungen des Netzwerks Open Access für die Rechtswissenschaft (jurOA) unter [perma.cc/U5RE-RK3Z](https://perma.cc/U5RE-RK3Z).

<sup>705</sup> HAMANN, S. 96 ff., 102; PFLÜGER/ERTMANN, S. 436; kritisch RUSS, S. 247.

<sup>706</sup> So jedenfalls CARROLL, S. 751.

<sup>707</sup> Zur Entwicklung rechtswissenschaftlicher Publikationen, in erster Linie Zeitschriften, siehe CARROLL, S. 751 ff.

<sup>708</sup> [Perma.cc/64K7-ZYYA](https://perma.cc/64K7-ZYYA).

<sup>709</sup> [sci-hub.se](https://sci-hub.se).

<sup>710</sup> WÜRKERT/KLAFKI/WINTER, Digitalisierung und Öffentliches Recht, in: Klafki/Würkert/Winter, S. 7.

aber keine Anreize bestehen.<sup>711</sup> Diese Kritik zielt in erster Linie auf die Frage der Finanzierbarkeit der Modelle ab,<sup>712</sup> denn vielen in diesem Bereich Tätigen fällt es schwer, ihren Unterhalt zu bestreiten. Diesem Argument wird indes entgegengehalten, dass die Beteiligten von vielfältigen Interessen geleitet würden.<sup>713</sup> So käme es ihnen nicht in erster Linie auf finanzielle Vergütungen als Anreiz an. Verwiesen wird hierbei auf historische Vorbilder wie Voltaire, der selbst zum Raubdruck einwilligte. Auf diese Weise versuchte er, die Anzahl der verbreiteten Exemplare zu erhöhen und seine aufklärerischen Ideale einer breiteren Leserinnenschaft zukommen zu lassen.<sup>714</sup> In bestimmten Branchen scheint dies zuzutreffen. So nutzen neben Wikipedia,<sup>715</sup> Google, das Weisse Haus und Al Jazeera verschiedene Formen von OA, um eine möglichst breite Zielgruppe zu erreichen.<sup>716</sup> Diese Beispiele dienen aber nicht als Referenzen, um Ansätze für eine Finanzierbarkeit des OA-Modells zu entwickeln. Vielmehr scheint es, als spielten bei der Suche nach Lösungswegen beispielsweise die Forschungsförderinnen eine entscheidende Rolle.<sup>717</sup> Der Schweizerische Nationalfonds (SNF) etwa verpflichtet die geförderten Wissenschaftlerinnen, die Projektergebnisse in frei zugänglichen Publikationen oder Datenbanken zu veröffentlichen. Das Ziel ist, bis 2024 100 % der Resultate in Form von OA zu veröffentlichen. Im Gegenzug werden die Forschenden bei der Publikation finanziell unterstützt.<sup>718</sup> Hierin wird ein Gesamtkonzept deutlich, das zum einen die Finanzierung sicherstellt, zum anderen durch die Verpflichtung zu OA-Publikationen die Wissenschaftlerinnen bindet. Hier lassen sich Vergleiche zur Institution der traditionellen Allmende ziehen, in der ebenfalls ein eingrenzbarer Nutzerkreis von den vorhandenen Mitteln zum Lebensunterhalt profitieren konnte, gleichsam aber überprüfbare Pflichten einzuhalten hatte.

Während dieses Beispiel einen gesonderten Bereich betrifft, bleibt aus einer Gesamtbetrachtung fraglich, inwiefern das OA-Regime aus einer ökonomischen

---

<sup>711</sup> Vgl. dazu BRUNCEVIC, S. 187 ff.; SCHAEFFER, S. 401.

<sup>712</sup> Dazu SUBER, S. 133 ff.; WEBER, Zwangslizenz, S. 157 f.; siehe mögliche Ansätze bei FROSIO, Open Access Publishing, S. 114 ff.; sowie KELLER.

<sup>713</sup> AMINI, S. 170.

<sup>714</sup> Siehe dazu DARNTON, S. 35; zur Frage, ob Raubkopien die Hauptursache für den Umsatzrückgang der Kulturwirtschaft sind, siehe AMINI, S. 172 ff.

<sup>715</sup> Neben CC-Lizenzen werden auf Wikipedia ebenfalls OC-Lizenzen wie GNU eingesetzt.

<sup>716</sup> FROSIO, Open Access Publishing, S. 34.

<sup>717</sup> Vgl. dazu GRAF/HAUX, S. 106 ff.

<sup>718</sup> [Perma.cc/LL3H-5RQZ](https://perma.cc/LL3H-5RQZ); vgl. zur Forschungsförderung in der EU EULER, S. 75.

Betrachtungswiese nachhaltig ausgerichtet werden kann.<sup>719</sup> Insbesondere die unzureichend ausdifferenzierten Management- und Verantwortungsebenen, die in Allmenden entscheidend zum Erhalt beitragen, müssten weiter ausgebaut werden. Aus dieser Sicht mutet eine Gleichsetzung des OA-Konzepts mit der traditionellen Allmende schwierig an.<sup>720</sup>

Darüber hinaus zeichneten sich die traditionellen Allmenden durch einen definierten Nutzerinnenkreis, eine starke, wenn auch adaptive Regelorientierung aller Beteiligten und ein engmaschiges Netz sozialer Kontrollen und Konfliktlösungsmechanismen aus.<sup>721</sup> Wie gezeigt, lässt sich ein solcher Rahmen in der Forschungsförderung konstruieren, wenngleich diese Eigenschaften im Gesamtbereich der CC-Lizenzen in dieser Form nicht vorliegen.

Neben finanziellen Erwägungen wird die OA-Bewegung durch die Frage nach einer Verpflichtungsmöglichkeit herausgefordert.<sup>722</sup> Diese Schwierigkeit geht auf einen massgeblichen Erfolg der Bewegung zurück. So sorgte in Deutschland die Ergänzung eines «Zweitveröffentlichungsrechts» für Wissenschaftlerinnen in § 38 IV UrhG zunächst für viel Zuspruch innerhalb der Gemeinschaft der OA-Befürworterinnen.<sup>723</sup> Diese Norm ermöglicht es der Urheberin einer wissenschaftlichen Publikation, die im «Rahmen einer mindestens zur Hälfte mit öffentlichen Mitteln geförderten Forschungstätigkeit entstanden und in einer periodisch mindestens zweimal jährlich erscheinenden Sammlung erschienen ist», diese nach Ablauf von zwölf Monaten öffentlich zugänglich zu machen. Vorliegend ist zu beachten, dass keine gewerblichen Zwecke verfolgt werden dürfen und dass dieses Recht dem Gesetzeswortlaut zufolge auch dann gilt, wenn die Autorin der Herausgeberin zuvor ein ausschliessliches Nutzungsrecht eingeräumt hat.

---

<sup>719</sup> DILLING, Wissensallmende oder Werbeplattform?, in: Schläppi/Gruber, S. 194.

<sup>720</sup> Vgl. ROSE, Ostrom, S. 41; BALAND/PLATTEAU, S. 29; SUBER, Creating an Intellectual Commons through Open Access, in: Hess/Ostrom, S. 171 ff., meint hingegen, mithilfe von Open Access eine Intellectual Commons aufbauen zu können.

<sup>721</sup> DILLING, Wissensallmende oder Werbeplattform?, in: Schläppi/Gruber, S. 196 ff.

<sup>722</sup> Zum Folgenden GRAF/HAUX, OA, S. 229 ff., insb. S. 235 f. m. w. N.; SOSNITZA, S. 240 ff.; WEBER, Zwangslizenz, S. 365 ff.

<sup>723</sup> Zur Zugangskultur und in diesem Kontext zum neuen Absatz PEUKERT, S. 84 f.; bemerkenswert ist, dass die Idee dieses Absatzes auf einen Aufsatz von HANSEN, Zugang, S. 383 f., zurückgeht; vgl. bei SOSNITZA, S. 242, den Verweis auf die Ansätze von PFLÜGER/ERTMANN; WEBER, Zwangslizenz, S. 178 f., betont indes, dass bisher nur wenige Wissenschaftlerinnen von den Möglichkeiten des § 38 IV UrhG Gebrauch machen.

Obschon dieser Schritt als massgeblicher Wendepunkt der bisherigen Entwicklung zu OA angesehen werden kann, liegen dieser Entscheidung jahrelange Bemühungen der involvierten Interessengruppe zugrunde. Zu erwähnen sind die Budapest Open Access Initiative<sup>724</sup> im Februar 2002, das Bethesda Statement on Open Access Publishing<sup>725</sup> im Juni 2003 sowie die Berliner Erklärung<sup>726</sup> im Oktober 2003,<sup>727</sup> die jeweils den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen proklamierten.

Nachdem das Gesetz in Deutschland in Kraft getreten war, kam es mit dem Erlass von § 44 Abs. 6 Landeshochschulgesetz (LHG) in Baden-Württemberg zu ersten Schwierigkeiten. Eine darauf aufbauende Satzung sollte Wissenschaftlerinnen verpflichten, das benannte Recht in Anspruch zu nehmen. Berücksichtigt wurde die vertraglich nicht abdingbare Karenzzeit von einem Jahr. Gegen diese Regelung stellten siebzehn Professorinnen der Literatur- und Rechtswissenschaften einen Normenkontrollantrag vor dem Verwaltungsgericht.<sup>728</sup> Mit Beschluss vom 26.09.2017 setzte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg das Verfahren gemäss Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG aus, um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen.

Zentral geht es in diesem Verfahren um die Frage, ob die Norm des LHG gegen Art. 71, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG verstösst.<sup>729</sup> Obgleich noch kein Termin für das abschliessende Urteil feststeht, ist zu erwarten, dass das Gericht sich in erster Linie mit der Frage der ausschliesslichen Kompetenz des Bundes für das Urheberrecht auseinandersetzen wird. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob es sich um urheberrechtliche oder um hochschulrechtliche Regelungen gemäss Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG im Zuständigkeitsbereich der Länder handelt. Darüber hinaus wäre es wünschenswert, wenn sich das Gericht zum Umfang der Wissenschaftsfreiheit äusserte. In diesem Zusammenhang fallen die Kritikpunkte des sog. Heidelberger Appells ins Gewicht,<sup>730</sup> wonach die Wissenschaftsfreiheit die Freiheit umfasst, zu entscheiden, wie und wo die eigenen Werke publiziert werden. Zwar decken sich

---

<sup>724</sup> [Perma.cc/W823-F7Z8](http://Perma.cc/W823-F7Z8).

<sup>725</sup> [Perma.cc/W88J-HQ2F](http://Perma.cc/W88J-HQ2F).

<sup>726</sup> [Perma.cc/Y4YM-9XKC](http://Perma.cc/Y4YM-9XKC).

<sup>727</sup> Zusammengefasst unter der Abkürzung BBB, FROSIO, Open Access Publishing, S. 48 ff.; SCHEUFEN, S. 2 ff.; SOSNITZA, S. 234 ff.; SUBER, S. 7 ff.

<sup>728</sup> Vgl. zum bisherigen Verfahren HAMANN/GRAF; EULER, OA, S. 73.

<sup>729</sup> VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 26.09.2017, 9 S 2056/16 – ZUM 2018, S. 211 ff.

<sup>730</sup> Dazu und zum Folgenden überblicksartig SOSNITZA, S. 236 f.

diese Forderungen<sup>731</sup> weitgehend mit jenen der Klägerinnen aus dem genannten Prozess, die Wortwahl ist aber drastischer. So ist aus ihrer Sicht die Wissenschaft als solche bedroht, weshalb ein entschlossenes Handeln der Bundesregierung notwendig sei.<sup>732</sup> Abermals wird deutlich, welche gegensätzlichen Auffassungen zwischen den Parteien bestehen, die in erster Linie eine umfassende rechtspolitische Dimension umfassen. Umso erstrebenswerter wirkt es, gemeinsame Lösungen zu entwickeln, um die jeweiligen Interessen in Einklang zu bringen.

Weiter stellt sich im Kontext von OA nach wie vor die Frage nach der Bedeutung des sog. Impact-Faktors, das heisst des wissenschaftlichen Einflusses durch Zitierungen.<sup>733</sup> Bisher wird davon ausgegangen, dass der Reputationsgewinn durch altbekannte Publikationsformate am grössten ist.<sup>734</sup> Die zunehmende Anzahl an OA-Zeitschriften deutet aber darauf hin, dass sich dies in den kommenden Jahren ändern wird. Obschon in diesem Bereich demnach zahlreiche, in Bewegung befindliche Faktoren wirken, arbeiten viele Wissenschaftlerinnen selbst gegen die weitere Öffnung im Zuge von OA. Während beispielsweise von Forscherkolleginnen nicht selten erwartet wird, dass sie ihre Texte öffentlich zugänglich machen, werden die eigenen Publikationen hinter Bezahlschranken zurückgehalten.<sup>735</sup> So wie auch bezüglich eines einheitlichen Verständnisses der Wissenschaftsfreiheit erscheint somit ein gemeinsamer Diskurs vonnöten, um die Ziele, Erwartungen und Pflichten miteinander in Einklang zu bringen.

Zu berücksichtigen ist ferner, dass OA weiterhin als eurozentrierter Ansatz bezeichnet werden muss.<sup>736</sup> Neben dem Problem des digital divide,<sup>737</sup> also der un-

---

<sup>731</sup> Zur Textfassung [perma.cc/JM3Y-HMJ7](https://perma.cc/JM3Y-HMJ7).

<sup>732</sup> [Perma.cc/ZH3Z-UEDC](https://perma.cc/ZH3Z-UEDC).

<sup>733</sup> HILF, Digitaler Open Access zu wissenschaftlichen Informationen, in: Lutterbeck/Bärwolff/Gehring, S. 397; SOSNITZA, S. 238 m. w. N.; a. A. bei FROSIO, Open Access Publishing, S. 149 ff. und S. 11 f.; mit Fokus auf rechtswissenschaftliche OA-Publikationen CARROLL, S. 755 f.; kritisch zum Impact Factor HÜRLIMANN/EGGER.

<sup>734</sup> FROSIO, Open Access Publishing, S. 72 f.; dass OA-Zeitschriften in der Zwischenzeit ein ähnliches Ansehen geniessen, legt indes WEBER, Zwanglizenz, S. 159 ff., dar.

<sup>735</sup> Vgl. GRAF/HAUX, S. 243 m. w. N.; EULER, OA, S. 63.

<sup>736</sup> Dem Grunde nach ein vielen Rechtsbereichen inhärentes Problem, dazu MATTEI, Three Patterns of Law, S. 7 ff.

<sup>737</sup> Zum digital divide VAN DIJK, passim; JACOB, Die digitale Klassengesellschaft, in: Jacob/Thiel, S. 27 ff.; SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 20; SCHMIDT, Virtuell lokaler Raum, S. 127 ff.; WÜRKERT/KLAFKI/WINTER, Digitalisierung und Öffentliches Recht, in: Klafki/Würkert/Winter, S. 16 ff.

gleichen Verteilung des Internetzugangs, ist auf einigen Kontinenten die Idee eines offenen Zugangs zu Informationen nicht verbreitet.<sup>738</sup> An dieser Stelle wird deutlich, dass den besagten Herausforderungen gesamthaft zu begegnen ist.

## IV. Resümee

Der Wandel von einer Tauschkultur innerhalb der Softwarebewegung über idealistisch geprägte Bedingungen (FS) bis hin zu rechtlich anerkannten Lizenzen (OSS) ist positiv zu bewerten. So haben die verschiedenen Bewegungen dazu geführt, dass das bestehende Rechtssystem sich mit den eigenen Grundsätzen neu auseinandersetzen und an einigen Stellen nachbessern musste. Aufgrund der zunehmenden Verwendung von CC-Lizenzen durch die Autorinnen selbst wird das Bestehen ausschliessend wirkender Urheberrechte hinterfragt.<sup>739</sup> Dies gelingt, weil die Lizenzen fortlaufend angepasst und aktualisiert werden. Dennoch fallen grundlegende Unterschiede zwischen den verschiedenen Fachbereichen auf.<sup>740</sup> Während die Naturwissenschaften offen für OA sind,<sup>741</sup> dominieren in den Rechtswissenschaften weiterhin Verlage, die sich jedoch zunehmend an den allgemeinen Publikationsmarkt anpassen werden.

---

<sup>738</sup> Siehe dazu DANNER, S. 73; NWAGWU/AHMED, S. 82 ff.

<sup>739</sup> MADISON/FRISCHMANN/STRANDBURG, S. 664; vgl. ebenfalls COCCOLI, *Al cuore del possibile: comune e immaginazione istituzionale nella letteratura utopistica*, in: Quarta/Spànò, S. 23 ff.

<sup>740</sup> Vgl. dazu SPINDLER, in: FS Käfer, S. 347.

<sup>741</sup> Siehe BALDWIN, S. 366 f.; Hinweis auf Science Commons bei SOSNITZA, S. 234.

## Kapitel 6: Umfassende Ordnungsmodelle

Auf der Suche nach Modellen, die Fragen des Zugangs, der Teilhabe, aber auch von Pflichten und Verantwortung beinhalten, sollen im Folgenden umfassende Ordnungsmodelle beschrieben und analysiert werden. Eingegangen wird auf Modelle, die Fragen der Finanzierung, gesellschaftspolitische Herausforderungen oder soziale Aspekte berücksichtigen. Umschrieben werden folglich Theorien zu einer «Kulturfltrate»,<sup>742</sup> einer «Kulturwertmark»<sup>743</sup> oder einem bedingungslosen Grundeinkommen.<sup>744</sup> Letzteres lehnte in der Schweiz die wahlberechtigte Mehrheit zwar ab,<sup>745</sup> die Verknüpfung von Grundeinkommen und immaterialgüterrechtlichen Fragestellungen stellt indes eine Erweiterung dar. Ein breit diskutierter Ansatz ist zudem die sog. *license globale*,<sup>746</sup> die versucht, die Materie grenzüberschreitend zu regeln.

Die verschiedenartigen, sich ergänzenden Ansätze verdeutlichen, dass die Herausforderungen zahlreiche Rechtsbereiche betreffen. So ist weder das Urheberrecht noch das Verfassungsrecht allein betroffen. Vielmehr betreffen diese Entwicklungen das öffentliche Recht wie auch das Privatrecht. Gemeinsam fallen ihnen demnach weitreichende Aufgaben zu,<sup>747</sup> die sie nur gemeinsam bewältigen könnten. Eine schematisch getrennte Betrachtung und Bearbeitung der Sachverhalte ist aus diesem Grund zu hinterfragen. Dementsprechend werden die folgenden Modelle zwar einer zentralen Ausrichtung zugeordnet, was gleichwohl nicht bedeutet, dass innerhalb der Ansätze nicht weitergehende Problematiken behandelt werden. Sie sind mithin nicht als Alternativen kategorial, sondern vielmehr als Teile einer gesamthaften Konzeption zu verstehen.

---

<sup>742</sup> ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 8; SPINDLER, Kulturfltrate.

<sup>743</sup> Perma.cc/934N-TSSA; dazu BRAUN, S. 109 ff.

<sup>744</sup> Dazu BRAUN, passim.

<sup>745</sup> Überblicksartig dazu AMREIN.

<sup>746</sup> Perma.cc/5HBR-YLDV; dazu AMINI, S. 29, 194; BRAUN, S. 97 ff.; ZWENGEL, S. 89 ff.

<sup>747</sup> WIELSCH, Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 399; vgl. zu diesem Aspekt GRÜNBERGER/JANSEN, Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, in: Grünberger/Jansen, S. 42 f.; siehe auch die Beiträge von HOSEMANN und LEPSIUS im selben Band.

## I. Ökonomische Modelle

Ein erster Schritt gilt Modellen, in denen es nicht ausschliesslich, jedoch zentral, um Antworten auf die Frage der Finanzierbarkeit öffentlich zugänglicher Inhalte geht. Mit dieser Zielvorgabe versuchen sie gewissermassen, die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Fall «Metall auf Metall» umzusetzen, das die Bedeutung von alternativen Austauschverhältnissen betont, ohne eine ökonomisch geprägte Wertschöpfung unterbinden zu wollen.

### 1. Kulturwertmark

Bevor 2011 bekannt wurde, dass ein Gutachten zur Kulturfltrate in Auftrag gegeben worden war,<sup>748</sup> überraschte die «grösste europäische Hackervereinigung»,<sup>749</sup> der Chaos Computer Club (CCC), mit einem nach eigener Aussage «zeitgemässen Vergütungsmodell für Kreative».<sup>750</sup> Das Modell sieht vor, dass jede Person<sup>751</sup> einen Betrag von umgerechnet rund fünf Schweizer Franken pro Monat entrichten muss und im Gegenzug eine kryptografisch gesicherte Cyberwährung<sup>752</sup> erhält, die sog. Kulturwertmark. Die Besonderheit dieses grob skizzierten Vorschlags ist, dass die Nutzerinnen eigenständig und frei entscheiden sollen, wofür sie diese Währung ausgeben. Sobald die Nutzerin ihre Währung verteilt hat, erhält die Urheberin den Gegenwert monetär ausbezahlt. Dabei ist zu beachten, dass das Werk einer Autorin automatisch unter eine offenstehende CC-Lizenz fällt, wenn sich eine grosse Anzahl von Personen dafür interessiert.<sup>753</sup> Damit soll sichergestellt werden, dass einer Künstlerin nicht vergleichsweise viel Geld zukommt, während andere Künstlerinnen nichts erhalten.

---

<sup>748</sup> Wobei es sich um das zweite Gutachten handelt, vgl. das Kurzugutachten von ROBNA-GEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, Kulturfltrate.

<sup>749</sup> Perma.cc/FB4V-K5GB; zum Wandel der gesellschaftlichen Anerkennung von dessen Vertreterinnen vgl. JACOB, Die digitale Klassengesellschaft, in: Jacob/Thiel, S. 33.

<sup>750</sup> Perma.cc/P2AP-5LKC; vgl. zu Entwicklungen auf EU-Ebene, insb. Überlegungen zu «zwingenden Beteiligungsansprüchen der Urheber», PEIFER, Urheberrechtsrichtlinie, S. 14 ff.

<sup>751</sup> «In der radikalsten Variante wird der Betrag von allen Steuerpflichtigen erhoben. Realistisch ist für den Anfang die Erhebung über den Internetzugang», perma.cc/HYR9-CH3N.

<sup>752</sup> Vgl. dazu BRAUN, S. 109 ff.

<sup>753</sup> Vgl. ebenfalls KLIMANEK, Kulturfltrate. Frieden für die Copyright Wars?, in: Höbel et al., S. 76 ff.

Obschon der vorgegebene Rahmen zentrale Aspekte wie den monetären und den nicht monetären Ausgleich, die Bedeutung von Kultur und die Berücksichtigung neuer Währungsmodelle aufgreift, ist das Spannungsverhältnis mit althergebrachten Grundgedanken des Urheberrechts erkennbar. Während der Kulturwertmark ein Umverteilungsgedanke zugrunde liegt, zielt das traditionelle Urheberrecht auf ein Leistungsverhältnis und ein «geistiges Eigentum»<sup>754</sup> ab: Nur wer leistet, soll teilhaben dürfen.<sup>755</sup> Dies soll Anreize dafür schaffen, an die Weiterentwicklung beizutragen.<sup>756</sup> Ob es dieser «Anreize» in einem modernen Urheberrecht bedarf oder ob die Entstehung digitaler Kultur anderen Mechanismen folgt, wird im siebten Kapitel vertieft behandelt.

Kritisiert wird weiter, dass Fans ihre Kulturwertmark wohl kleineren, unbekannteren Musikgruppen zuteilen,<sup>757</sup> da sie davon ausgehen, dass diese dringender auf Unterstützung angewiesen sind als andere. Dieses Argument ist ohne empirische Belege nicht ohne Weiteres widerlegbar. Der Befürchtung, dass eher unbekanntere Bands vom Modell profitieren, kann indes entgegengehalten werden, dass viele Staaten ähnlich agieren. So werden in erster Linie kleine, weniger kommerziell ausgerichtete Opernbühnen, Theater oder Konzerträume subventioniert,<sup>758</sup> um deren Betrieb zu ermöglichen.

Das Konzept des CCC weist somit vielschichtige Perspektiven auf, lässt aber die Frage der Umsetzung ungeklärt. In der kurz gefassten Konzeption werden weder Testverläufe noch Umsetzungsideen konkretisiert. Wünschenswert wären mithin vertiefende Erörterungen, die auch die Höhe des zu entrichtenden Geldbetrags erläutern. Nichtsdestotrotz zeichnet diese Abstraktheit das Modell auch aus, indem

---

<sup>754</sup> Vgl. dazu CZERNIK, S. 108; kritisch zur Eigentumslogik im Immaterialgüterrecht etwa DOBUSCH/QUACK, S. 42; V.-STICKELBROCK, Domains, Accounts und Avatare – wohin steuert das geistige Eigentum im Multimediazeitalter?, in: Eimer/Röttgers/V.-Stickelbrock, S. 80 ff.; GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 97; HANSEN, S. 97 ff.; NUSS, S. 91 ff.; PEUKERT, Gemeinfreiheit, S. 39; für den Begriff des «geistigen Eigentums» spricht sich OHLY, S. 545 ff., aus; PEIFER, S. 71 ff.

<sup>755</sup> BADURA, S. 552 ff.

<sup>756</sup> So jedenfalls CZERNIK, S. 108.

<sup>757</sup> BENKLER, The Penguin, S. 223 ff., argumentiert mit der Band Radiohead, die online mit einer freiwilligen Bezahlschranke viel Geld verdienen konnte. Weiter zeigt er jedoch auf, dass nicht nur grosse und bekannte Musikerinnen Geld akquirieren können, sondern weniger bekannten Künstlerinnen dies ebenfalls gelingen kann.

<sup>758</sup> Vgl. BRAUN, S. 113 ff.

es in erster Linie als politische Stellungnahme und Anregung für einen erforderlichen Wandel verstanden werden kann.

## 2. Creative Contribution

Im selben Zeitraum wurden in Frankreich vergleichbare, weitaus umfassendere Modelle entwickelt. Insbesondere das Sharing-Modell von PHILIPPE AIGRAIN<sup>759</sup> gewann schnell an Popularität und führte zu zahlreichen Diskussionen über die Landesgrenzen hinaus. Der Autor des zunächst auf Französisch und später auf Englisch überarbeiteten Werkes bettet seine Überlegungen nicht in den Kontext der Sharing Economy<sup>760</sup> ein, wie es der Begriff vermuten lässt, sondern versucht, ein selbst reguliertes Modell zu entwickeln, das auf Ideen der Commons<sup>761</sup> beruht.

Zum Einstieg schildert AIGRAIN verschiedene Herausforderungen für das Urheberrecht im digitalen Zeitalter.<sup>762</sup> Er sieht das Hauptproblem darin, dass immer mehr Menschen gerne teilen würden. Gleichzeitig werde gegen dieses Anliegen ein regelrechter «Krieg» geführt.<sup>763</sup> Diese Situation veranlasst ihn, Überlegungen zur Einführung einer creative contribution anzustellen, verstanden als eine «Kreativabgabe».<sup>764</sup> Seine Idee zeichnet sich dadurch aus, dass er sich mit der tatsächlichen Implementierung des Systems auseinandersetzt.<sup>765</sup> Anders als das Modell des CCC überlegt er, wie das Problem praktisch gelöst werden kann. Auf der Grundlage des Ausleihmodells öffentlicher Bibliotheken in Schweden<sup>766</sup> erarbeitet er einen entsprechenden Plan. Hierbei erörtert er, wie in Schweden Autorinnen bei einer Ausleihe bis zu einem Betrag von umgerechnet circa 17 000 Schweizer Franken vergütet werden. Diese Auszahlung erfolgt in Proportion zur Anzahl der Ausleihvorgänge. Wird das Werk öfter ausgeliehen, bekommt die Autorin jedoch

---

<sup>759</sup> AIGRAIN.

<sup>760</sup> Vgl. dazu überblicksartig etwa SUNDARARAJAN; kritisch und in Abgrenzung zur Allmende STALDER, Digitalität, S. 277; siehe Kap. 2 V.3.

<sup>761</sup> Vgl. dazu Kap. 2 VI.

<sup>762</sup> AIGRAIN, S. 21 ff.

<sup>763</sup> AIGRAIN, S. 23 ff.

<sup>764</sup> AIGRAIN, S. 59 ff.

<sup>765</sup> Zur praktischen Umsetzung seines Modells siehe AIGRAIN, S. 169 ff.

<sup>766</sup> Zum Folgenden AIGRAIN, S. 96; vgl. ergänzend zum allemansrätten als umfassendem Zugangsverständnis im schwedischen Recht BRUNCEVIC, S. 8 ff.; wobei in Skandinavien die Urheberin grundsätzlich Inhaberin der ausschliesslichen Rechte am Werk bleibt, PEUKERT, Kritik, S. 19.

nur noch die Hälfte des anteiligen Lohns. Ab rund 20 200 Franken sinkt die Beteiligung sodann auf 10 %.

Darauf aufbauend sucht AIGRAIN in seinen Ausführungen nach einer gerechten Verteilung der Einnahmen.<sup>767</sup> Es sei nicht gerecht, dass eine erfolgreiche Autorin ein Vielfaches von dem bekäme, was eine nicht erfolgreiche Autorin verdiene. Dies sei nicht mit seinem Gerechtigkeitsverständnis zu vereinbaren.<sup>768</sup> AIGRAINS Modell beruht folglich auf der Grundüberzeugung, dass für die Inanspruchnahme kultureller Inhalte eine Gegenleistung in Geldform zu entrichten ist.<sup>769</sup> Im gleichen Zug betont er jedoch auch, das meist als unentgeltlich verstandene Sharen, also das Teilen von Inhalten, fördern zu wollen.<sup>770</sup> Beide Ziele können seiner Meinung nach im Einklang miteinander erreicht werden, indem in der praktischen Umsetzung freiwillige Beiträge, auch kreativer Art, mit verpflichtenden finanziellen Beiträgen gekoppelt werden.<sup>771</sup> Die Höhe der verpflichtenden finanziellen Leistungen schätzt er auf umgerechnet 30 Franken pro Jahr, wobei er für diesen Betrag verschiedene Rechnungen aufstellt.<sup>772</sup> Die Höhe der Summe ermöglicht aus seiner Sicht einerseits die optimale Entfaltung der Ressourcen, berücksichtigt andererseits aber auch die Finanzkraft von Haushalten – oder in einem Satz: «How much we – as a society – are ready to invest in the continued existence and growth of these cultural commons.»<sup>773</sup> Auf diese Weise möchte AIGRAIN seinem Anspruch gerecht werden, der Gesellschaft selbst mehr Eigenentscheidungskompetenzen zuzusprechen.<sup>774</sup> Weiter strebt er aus diesem Grund den Aufbau einer solidarischen Gesellschaftsbeziehung an.<sup>775</sup>

In seinem Ansatz, der sich im Verlauf der Beschreibungen zunehmend als Gesellschaftstheorie darstellt, greift AIGRAIN wiederholt auf die Konzeption der Commons zurück.<sup>776</sup> Obgleich eine vertiefte Auseinandersetzung mit der historischen

<sup>767</sup> Vgl. AIGRAIN, S. 89 ff.

<sup>768</sup> AIGRAIN, S. 91.

<sup>769</sup> AIGRAIN, S. 22.

<sup>770</sup> Dieses Ziel findet bereits im Untertitel Ausdruck: «Sharing is legitimate»; siehe AIGRAIN, S. 27 ff.

<sup>771</sup> AIGRAIN, S. 53.

<sup>772</sup> Vgl. die verschiedenen Erwägungen, AIGRAIN, S. 89 ff., insb. 93 ff.

<sup>773</sup> AIGRAIN, S. 70; siehe zu Cultural Commons umfassend BRUNCEVIC, passim; kritisch dazu MACMILLAN, S. 30–39.

<sup>774</sup> Vgl. AIGRAIN, S. 53; 166.

<sup>775</sup> BRAUN, S. 117.

<sup>776</sup> Vgl. AIGRAIN, S. 168 ff.

Institution unterbleibt, arbeitet der Autor an mehreren Stellen die besondere Bedeutung von Pflichten heraus. So schreibt er, dass nur jene von einem System profitieren dürfen, die in irgendeiner Form dazu beitragen.<sup>777</sup> Auf diese Weise anerkennt er eine wichtige Eigenschaft von traditionellen Institutionen, richtet sein Konzept aber dennoch an eine nur schwer eingrenzbare Anzahl von Nutzerinnen. Eine Zuordnung oder Einteilung zwischen Nutzerinnen, Urheberinnen oder anderen Gruppierungen unterbleibt weitgehend.<sup>778</sup> Dies begründet er damit, dass heutzutage jede Person Nutzerin und Produzentin zugleich sei und deshalb eine Differenzierung nicht notwendig sei.<sup>779</sup> Beteiligten sich bestimmte Personen nicht am Erhalt und an der Weiterentwicklung der Kulturrressourcen, erhielten sie auch kein Geld aus dem System des «mutualized financing».<sup>780</sup> Insgesamt ist somit wohl gewollt, dass sich das Modell an die Gesellschaft als Ganzes richtet. Obschon sich dies massgeblich von traditionellen Allmenden unterscheidet, versucht AIGRAIN, die breite Masse durch die herausgehobene Bedeutung von Pflichten in die Verantwortung zu nehmen und zu binden.

### 3. Kultur- und Contentflatrate<sup>781</sup>

Neben die Kulturwertmark und die Creative Contribution tritt als dritter Reformansatz die sog. Kulturflatrate. Auf politischer Ebene wurde dieser Ansatz umfassend diskutiert<sup>782</sup> und kann deshalb als populärste Konzeption bezeichnet werden. Wengleich die entsprechenden Überlegungen an politischem Rückhalt verloren haben<sup>783</sup> und in tagesaktuellen Diskussionen nur eine untergeordnete Rolle spielen, bleibt das Modell aufgrund der ausführlichen Ausarbeitung eine wichtige Referenz für die nachfolgenden Ansätze.

---

<sup>777</sup> AIGRAIN, S. 76, 79 ff., 86 f.

<sup>778</sup> «many-to-all cultural society», AIGRAIN, S. 93 ff.

<sup>779</sup> Vgl. AIGRAIN, S. 21 ff.; CHON, S. 264; ATKINSON/FITZGERALD, *Limitless Information*, in: Fitzgerald/Gilchrist, S. 11; vgl. den Hinweis bei BURRI-NENOVA, S. 102, wonach die Differenzierung zwischen Produzentin und Nutzerin schon seit Jahren nicht mehr aufrechterhalten werden kann.

<sup>780</sup> AIGRAIN, S. 166.

<sup>781</sup> Zur Namensgebung vgl. HENNEMANN, S. 291 ff.; AMINI, S. 26; RUNGE, S. 130; im Folgenden wird ausschliesslich der Begriff der Kulturflatrate verwendet.

<sup>782</sup> Vgl. dazu ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 8; umfassend MICHALIK, S. 155 ff.; PEIFER, *Selbstbestimmung*, S. 88 ff.

<sup>783</sup> PEUKERT, S. 90.

Die Idee zur Kulturflatrate wurzelt massgeblich in den Bestrebungen einiger Mitglieder der Website [privatkopie.net](http://privatkopie.net),<sup>784</sup> die das Konzept erstmals beschrieben.<sup>785</sup> Weil die Flatrate ein bis dahin wenig verbreiteter Ansatz war, gerieten ihre Überlegungen jedoch schnell in Vergessenheit. Im Jahr 2013 erstellte GERALD SPINDLER dann im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen ein Gutachten, das sich vertieft damit auseinandersetzt.<sup>786</sup> Die Stellungnahme fusste auf einer anderen, kürzeren rechtlichen Bewertung, die bereits 2009 für dieselbe Partei erarbeitet worden war.<sup>787</sup> Nach der Publikation des Gutachtens wurde das Thema schnell einer breiten Öffentlichkeit bekannt, die den Ansatz umfassend diskutierte.<sup>788</sup> Begünstigt wurde diese Entwicklung durch die gleichzeitigen Proteste gegen das Anti-Produktpiraterie-Handelsabkommen (ACTA),<sup>789</sup> durch das weitreichende Eingriffe in die freiheitliche Internetkultur und die persönliche Lebensführung befürchtet wurden.

Doch was umfasst das Konzept der Kulturflatrate?<sup>790</sup> Wenngleich Ähnlichkeiten zum deutschen Modell der Privatkopieabgabe deutlich hervortreten,<sup>791</sup> lassen sich die Grundlagen in Frankreich verorten. Dort wurde acht Jahre zuvor ein Gesetzesentwurf vorgelegt, der Anpassungen des Urheberrechts vorsah, etwa zur Bekämpfung illegaler Tauschbörsen.<sup>792</sup> Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde ein Vorschlag zur Einführung einer License Globale diskutiert.<sup>793</sup> Dieses Modell sah eine weltweit gültige Lizenz für privates Filesharing vor, wobei von

---

<sup>784</sup> [Perma.cc/MN2E-R788](http://Perma.cc/MN2E-R788).

<sup>785</sup> So jedenfalls AMINI, S. 194; dazu ZWENGEL, S. 92.

<sup>786</sup> SPINDLER, Kulturflatrate; er selbst betont wiederholt die mehr als ein Jahrhundert alten Wurzeln dieses Ansatzes, SPINDLER, Kulturflatrate, S. 7; dazu PEIFER, Selbstbestimmung, S. 88 ff.; vgl. die umfassende Arbeit von ZWENGEL, insb. S. 80 ff., zu verschiedenen Kulturflatrates.

<sup>787</sup> ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, Kulturflatrate.

<sup>788</sup> KLIMANEK, Kulturflatrate. Frieden für die Copyright Wars?, in: Höbel et al., S. 66.

<sup>789</sup> AIGRAIN, S. 24; KLIMANEK, Kulturflatrate. Frieden für die Copyright Wars?, in: Höbel et al., S. 66; kritisch zu diesem Abkommen GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 103.

<sup>790</sup> Zum Begriff ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 8 f.; das Konzept befürwortend HOLZNAGEL/SCHUMACHER, S. 77; ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 8–12; skeptisch indes PAAL/HENNEMANN, S. 289.

<sup>791</sup> BRAUN, S. 97.

<sup>792</sup> MICHALIK, S. 155.

<sup>793</sup> Der Begriff wurde von der «L'Alliance»-Initiative geprägt, vgl. zum Ganzen insb. ZWENGEL, S. 88 ff.

Beginn an die praktische Umsetzung eines solchen Vorhabens infrage gestellt wurde.<sup>794</sup> Weiter wurde diesem Ansatz entgegengehalten, dass die Einnahmen, die daraus entstünden, die getätigten Investitionen nicht decken könnten.<sup>795</sup> Diese Kritikpunkte mehrheitlich aufgreifend wurde der Vorschlag auf politischer Ebene abgelehnt und nicht weiterverfolgt.<sup>796</sup>

Acht Jahre später griff SPINDLER das Modell wieder auf und setzte sich aus einer rechtlich-ökonomischen Perspektive vertieft damit auseinander.<sup>797</sup> Die Grundidee beruht darauf, dass eine neue urheberrechtliche Schranke eingeführt werden soll. Diese Form der gesetzlichen Lizenz soll erweitert werden, um die nicht kommerzielle Weitergabe und den öffentlichen Zugang zu digitalen Werken gegen eine Vergütung zu erlauben.<sup>798</sup> So soll eine Vervielfältigung im nicht kommerziellen Bereich ermöglicht werden. Eine Pauschale auf jeden Internetanschluss soll die Finanzierung sicherstellen.<sup>799</sup> Die Kulturflatrate soll somit den Tausch von Werken bei einer privaten Nutzung ermöglichen und vereinfachen.<sup>800</sup> Neben der nicht kommerziellen Weitergabe sieht der Ansatz vor, dass die Beteiligten Bearbeitungen vornehmen können.<sup>801</sup> Im Gegenzug erhalten die bisherigen Urheberinnen eine pauschalierte Zahlung, welche die Nutzerinnen entrichten.<sup>802</sup> Diese Zahlungen werden den Urheberinnen von einer Verwertungsgesellschaft als Verwaltungsinstanz ausbezahlt.<sup>803</sup> Spätestens an diesem Punkt wird die Ähnlichkeit zum Modell der Rundfunkgebühr deutlich. Weil bürokratischer Aufwand befürchtet wird, versuchen auf der Kulturflatrate aufbauende Modelle, die Finanzierung über

---

<sup>794</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 24.

<sup>795</sup> Vgl. die Entwicklung des Gesetzesvorhabens bei SUNDARA RAJAN, S. 349, Fn. 78.

<sup>796</sup> Zum weiteren Verlauf siehe HENNEMANN, S. 280; zur sog. HADOPI-Gesetzgebung vgl. AIGRAIN, S. 24, Fn. 6 m. w. N.; BLANKE-ROESER, Three Strikes against the Bay oder freie Fahrt für Netzpiraten?, in: Höbel et al., S. 32.

<sup>797</sup> Zum Vorstehenden SPINDLER, Kulturflatrate, S. 24 f., S. 105 ff.

<sup>798</sup> MICHALIK, S. 155, 158 ff.

<sup>799</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 25; MICHALIK, S. 157.

<sup>800</sup> Vgl. zum Folgenden PAAL/HENNEMANN, S. 289.

<sup>801</sup> MICHALIK, S. 155, Fn. 762 m. w. N.; siehe Kap. 1 I.1.

<sup>802</sup> BRAUN, S. 97; MICHALIK, S. 155.

<sup>803</sup> Vgl. dazu HENNEMANN, S. 299 f.

eine zusätzliche Steuer sicherzustellen.<sup>804</sup> Inwiefern dies Mehraufwand vermeiden kann, bleibt indes unklar.

Diese und vergleichbare Ideen eines gesetzlichen Pauschalvergütungsmodells stehen seit nunmehr fast zwanzig Jahren zur Diskussion.<sup>805</sup> Ungeklärt bleibt, inwieweit dieses Modell rechtskonform ist. Aufbauend auf dem Gutachten SPINDLERS und weiteren rechtlichen Stellungnahmen sollen deshalb im Folgenden rechtliche Aspekte auf verschiedenen Normebenen in Deutschland angesprochen und diskutiert werden.

### a. Verfassungsrecht

Eine Kulturflatrate zielt den Autorinnen zufolge in erster Linie auf Änderungen des Urheberrechtsgesetzes. Das Modell sieht als zentralen Punkt eine Schrankenbestimmung für die nicht kommerzielle öffentliche Zugänglichmachung und Vervielfältigung von Werken in Verbindung mit einer Vergütungspflicht vor.<sup>806</sup> Obschon es sich bei diesen Änderungen um einfachrechtliche Normen handelt, müssten sie mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar sein.<sup>807</sup> In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass eine gesetzliche Lizenz, die auf der Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG gründet, zu den intensivsten Eingriffen in das Urheberrecht zählen würde.<sup>808</sup> Dem stünden die Interessen der Urheberin aus § 11 Satz 2 UrhG und das Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG gegenüber. Sollte es folglich zur Einführung einer vergleichbaren gesetzlichen Schrankenregelung kommen, welche die nicht kommerzielle Weitergabe und Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten digitalen Werken bezweckt, müsste sie gerechtfertigt sein.<sup>809</sup> So betont SPINDLER, dass eine Gesetzesänderung aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäs-

---

<sup>804</sup> FISHER, S. 202; vgl. dazu MANCINI, S. 110 ff.; zu den Schwierigkeiten eines solchen Modells MCDANIEL, S. 235; kritisch dazu PASQUINELLI, S. 75 ff.

<sup>805</sup> AMINI, S. 32.

<sup>806</sup> BENGESER, S. 191 ff.

<sup>807</sup> ROBNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 8 ff.; wobei folgend auf die verfassungsrechtliche Lage in Deutschland Bezug genommen wird; umfassend dazu ZWENGEL, S. 117 ff.

<sup>808</sup> RUNGE, S. 133; siehe zu verschiedenen Formen gesetzlicher Lizenzen WEBER, Zwangslizenz, S. 231 ff.

<sup>809</sup> Vgl. SPINDLER, Kulturflatrate, S. 25.

sigkeitsgrundsatz voraussetzt.<sup>810</sup> Demnach muss ein legitimer Zweck verfolgt werden, der geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>811</sup>

In einem ersten Schritt ist jedoch zu konkretisieren, welche Grundrechte von einer Kulturflatrate betroffen sein könnten. Infrage kommen Eigentumsrechte aus Art. 14 Abs. 1 GG, die auch die Rechte der Urheberin mitumfassen,<sup>812</sup> sowie Persönlichkeitsrechte.<sup>813</sup> Sodann ist zu klären, ob eine Enteignung oder eine Inhalts- oder Schrankenbestimmung vorliegt. Bezüglich der Enteignung besteht Einigkeit, dass die vorgesehene gesetzliche Schranke nur generell-abstrakt bestimmen würde, unter welchen Bedingungen der Tausch der Werke ohne Zustimmung der Autorin möglich wäre.<sup>814</sup> Mithin bezöge sich diese nicht konkret auf einen Fall, da der Urheberin weitere Vertriebswege offenstehen würden.<sup>815</sup> Entsprechend ist nach der hier vertretenen Meinung eine Enteignung abzulehnen.<sup>816</sup>

Fraglich ist jedoch, ob eine Inhalts- oder Schrankenbestimmung angenommen werden könnte. Grundsätzlich ist die Verwertung der Werke der jeweiligen Urheberin zugeordnet.<sup>817</sup> Es lässt sich jedoch argumentieren, dass diese gar nicht betroffen wäre, weil durch die Kulturflatrate in erster Linie neue Vertriebswege eröffnet würden, und somit ein Eingriff abzulehnen sei. In dieser Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Schutz der Rechte der Urheberin durch Art. 14 Abs. 1 GG nicht bedeutet, dass die Verwertungsmodelle unabänderlich bestehen bleiben müssen.<sup>818</sup> Vielmehr können sie angepasst und verändert werden. Demgegenüber lässt sich vertreten, dass neue Vertriebswege in jedem Fall der Urheberrechtsinaha-

---

<sup>810</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 54 ff.

<sup>811</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 56 ff.

<sup>812</sup> Obschon Urheberrechte kein «geistiges Eigentum» sind, ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 9.

<sup>813</sup> Vgl. dazu die Erwägungen bei SPINDLER, Kulturflatrate, S. 64 f.

<sup>814</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 59; vgl. zur Geltung der Unterscheidung zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmungen sowie der Enteignung im Urheberrecht BVerfGE 31, 229 (238) – Schulgebrauch.

<sup>815</sup> ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, Kulturflatrate, S. 14 ff.

<sup>816</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 58 f.; ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, Kulturflatrate, S. 14 ff.; ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 10; ZWENGEL, S. 121 f.; zu gegenteiligen Aussagen vgl. BENGESER, S. 191 m. w. N.

<sup>817</sup> ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 9.

<sup>818</sup> ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, a. a. O.

berin zustehen müssten.<sup>819</sup> Für die Bejahung einer Inhalts- oder Schrankenbestimmung spricht ferner, dass die Einführung einer gesetzlichen Lizenz eine weitreichende Entscheidung der Legislative wäre.<sup>820</sup> Wird entsprechend ein Eingriff angenommen, stellt sich die Frage, wie dieser gerechtfertigt werden kann. Einerseits kommt als Rechtfertigungsgrund das Interesse der Allgemeinheit an einem umfassenden Zugang infrage. So lässt sich argumentieren, dass durch die massenhafte Zunahme falscher oder bearbeiteter Nachrichten (sog. Fake News) Quellen öffentlich zugänglich bleiben müssen. Nur so können die Bürgerinnen informierte Entscheidungen treffen. Von Kritikerinnen wird diesem Argument entgegengehalten, dass dieses Interesse nicht über «reine Konsuminteressen und Praktikabilitätsabwägungen hinausgehen»<sup>821</sup> würde. Dabei wird deutlich, dass sich eine solche These vor allem auf Unterhaltungsmedien bezieht. Zu fragen ist folglich, inwiefern innerhalb der Konzeption der Kulturfltrate verstärkte Differenzierungen getroffen werden müssten, um Unterscheidungen zwischen verschiedenen Formen von Inhalten treffen zu können.

Deutlich wird somit, dass sich für beide Positionen Argumentationsansätze finden lassen. Für die Rechtfertigung spricht neben dem genannten Öffentlichkeitsinteresse, dass das deutsche Grundgesetz keinen umfassenden Bestandsschutz der rechtlichen Position gewährleistet. Ein Absenken des Schutzniveaus oder die Abänderung geschützter Rechtsstellung wäre möglich.<sup>822</sup> Diesem Punkt kommt eine besondere Bedeutung zu, da die Urheberin weiterhin ihr Urheberpersönlichkeitsrecht geltend machen könnte<sup>823</sup> und das Modell wie beschrieben eine Vergütung für die Nutzung vorsieht. Die Abänderung der Rechtsposition ginge mithin nicht mit einem vollständigen Verlust bestehender Rechte einher.

Im weiteren Verlauf seines Gutachtens werden von SPINDLER ebenfalls der legitime Zweck,<sup>824</sup> die Verbesserung ineffizienter Rechtsverfolgungsmassnahmen sowie die Geeignetheit bejaht. Er argumentiert, dass die Urheberinnen derzeit nicht in der Lage seien, die ihnen zustehenden finanziellen Mittel einzutreiben, und somit Einbussen erlitten.<sup>825</sup> Dies würde sich durch eine Abgabe ändern. Gleichzeitig

---

<sup>819</sup> BLANKE-ROESER, Three Strikes against the Bay oder freie Fahrt für Netzpiraten?, in: Höbel et al., S. 37.

<sup>820</sup> RUNGE, S. 133.

<sup>821</sup> Vgl. BENGESER, S. 226.

<sup>822</sup> ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 9 f.

<sup>823</sup> SPINDLER, Kulturfltrate, S. 65.

<sup>824</sup> So ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, Kulturfltrate, S. 16.

<sup>825</sup> Vgl. ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 10.

weist er darauf hin, dass dies empirisch nicht belegt werden könne.<sup>826</sup> Dies macht abermals deutlich, wie sehr es im Bereich des Urheberrechts an fachübergreifenden empirischen Studien fehlt, um Annahmen zu überprüfen und ggf. Anpassungen vorzunehmen. Dennoch sieht SPINDLER auch die Erforderlichkeit des Mittels als erfüllt an. Zwar lässt sich dagegen anführen, die Verteilung der finanziellen Mittel sei nicht exakt möglich, jedoch anderen Autorinnen zufolge immerhin tauglich. So könne beispielsweise durch eine umfassende Datenerfassung das Ziel eines verfassungskonformen Interessensausgleichs erreicht werden.<sup>827</sup>

In einem nächsten Schritt kommt SPINDLER zur sog. Verhältnismässigkeit im engeren Sinne. Hierbei wiederholt er das Argument, dass die jetzigen Rechtsverfolgungsmassnahmen nicht ausreichen würden.<sup>828</sup> Die derzeit flächendeckende Rechtsverfolgung führe zudem zu einer «Vorratsdatenspeicherung für zivile Zwecke»,<sup>829</sup> wobei sich diese Kritik insbesondere gegen DRM-Systeme richtet. Dieses Problem stelle sich bei einer Abgabe nicht.<sup>830</sup> SPINDLER vertritt die Ansicht, dass die Abgabenslösung bei den Internetanschlüssen ansetze und sich daher «kaum Durchsetzungsprobleme stellen dürften».<sup>831</sup> Darüber hinaus ermögliche und stärke eine Schranke zugunsten des Austausches von nutzergenerierten Inhalten die Förderung von Kreativität. Dies sei aufgrund der hohen Bedeutung der Kunstfreiheit besonders relevant.<sup>832</sup> Die Urheberin verliere zwar die Möglichkeit, Verwertungsrechte eigenständig geltend zu machen, erhalte jedoch einen neuen Vergütungsanspruch, der darüber hinaus im Interesse der Förderung neuer künstlerischer Werke stehe.<sup>833</sup> Im Ergebnis wird mit diesen Argumenten die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne angenommen. Begründet wird dies von den Befürworterinnen mit dem Argument, dass sich die Situation für die Urheberinnen nur verbessern könne: Während sie heute grosse Schwierigkeiten hätten, ihre Vergütungsforderungen durchzusetzen, würde sich ihre Situation durch eine Kulturflatrate verbessern.<sup>834</sup>

---

<sup>826</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 59 f.

<sup>827</sup> ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL, S. 10 f.

<sup>828</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 61.

<sup>829</sup> Vgl. RUNGE, S. 130; kritisch zu DRM-Systemen MICHALIK, S. 163.

<sup>830</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 62.

<sup>831</sup> SPINDLER, a. a. O.

<sup>832</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 62 ff.

<sup>833</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 63–64.

<sup>834</sup> Vgl. ROßNAGEL/JANDT/SCHNABEL/YLINIVA-HOFFMANN, Kulturflatrate, S. 15–20.

Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zu den Einschätzungen anderer Autorinnen. So wird die Verhältnismässigkeit unter anderem deshalb abgelehnt, weil es bei der Einführung eines solchen Systems zur Zwangskollektivierung von Rechten, also einer Form des «Internet-GEZ»,<sup>835</sup> kommen würde.<sup>836</sup> Dieser Erwägung wird entgegengehalten, das Modell trage zu einer Entkriminalisierung der Tauschbörsennutzung bei und nehme demnach besonders jugendliche Nutzerinnen aus dem rechtlichen Fokus.<sup>837</sup> Entsprechend lägen gute Gründe für den teilweisen Entzug rechtlicher Positionen vor. Für diese Meinung spricht auch, dass sich das Modell des deutschen Rundfunkbeitrags weiterhin bewährt und auf bestehenden Strukturen aufbauen kann.

Insgesamt bestehen folglich vielfältige verfassungsrechtliche Hürden, die jedoch im Einzelfall widerlegt werden können. Dennoch müssten bei einem Wiederaufgreifen eines vergleichbaren Modells die Einwände der Kritikerinnen ernst genommen und in die Konzeption eingearbeitet werden.

## b. Internationales Recht

Das skizzierte Modell der Kulturfltrate lässt sich, wie gezeigt, an die verfassungsrechtlichen Vorgaben anpassen. Darüber hinaus sind jedoch weitergehende Rahmenbedingungen des internationalen Rechts zu beachten. SPINDLER sieht hierin umfangreichere Herausforderungen für eine Umsetzung.<sup>838</sup>

Den sog. Drei-Stufen-Test, also die Frage, ob eine Schrankenbestimmung einen Eingriff in Urheberrechte rechtfertigen kann,<sup>839</sup> behandelt der Autor dementsprechend ausführlich.<sup>840</sup> Dieser Test sieht vor, dass Beschränkungen des Urheberrechts unter drei kumulativen Bedingungen zulässig sind. Erstens muss sich die Nutzung auf bestimmte Sonderfälle beschränken. Zweitens darf sie die normale Auswertung des Werkes nicht beeinträchtigen. Und drittens dürfen die berechtigten Interessen der Urheberin nicht unzumutbar verletzt werden.<sup>841</sup> Veran-

<sup>835</sup> GRUNDMANN, S. 90; vgl. dazu HENNEMANN, S. 303; MEYER-LUCHT, S. 251 zum «Prinzip GEMA»; zur Rolle der GEMA siehe PÖTZLBERGER, S. 122–124.

<sup>836</sup> BLANKE-ROESER, Three Strikes against the Bay oder freie Fahrt für Netzpiraten?, in: Höbel et al., S. 38 ff.

<sup>837</sup> KLIMANEK, Kulturfltrate. Frieden für die Copyright Wars?, in: Höbel et al., S. 73.

<sup>838</sup> Vgl. PEUKERT, S. 90, der umfangreiche völkerrechtliche Bedenken äussert.

<sup>839</sup> Vgl. PEUKERT, Bipolar System, S. 33 ff.; siehe BENGESER, S. 163 ff., 182 ff.

<sup>840</sup> Vgl. dazu RUNGE, S. 130–137.

<sup>841</sup> BENGESER, S. 203 ff.; RUNGE, S. 133; SPINDLER, Kulturfltrate, S. 70.

kert sind diese Voraussetzungen in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL, wobei die einzelnen Konditionen unter anderem aus Art. 9 Abs. 2 der RBÜ übernommen wurden.<sup>842</sup>

Auf der ersten Stufe, die eine Beschränkung auf bestimmte Sonderfälle vorsieht – hier eine Schranke zugunsten privater Austauschaktivitäten –, verortet SPINDLER keine tiefergehenden Probleme.<sup>843</sup> Diese Einschätzung hinterfragt NICOLE BENGESER. Sie weist darauf hin, dass durch die massenhafte Anfertigung von Privatkopien diese nicht mehr als Sonderfall eingestuft werden könnten. Dagegen spricht ihr zufolge jedoch, «dass die Grenzen in der Beurteilung, ob die derzeitige Regelung der Privatkopie als ein Sonderfall im Sinne der ersten Stufe angesehen werden kann, nicht durch die Technik gebildet werden dürfen».<sup>844</sup> Im Ergebnis lehnt deshalb auch sie diese Argumentation ab und bejaht das Vorliegen eines Sonderfalls.<sup>845</sup> PHILIPP RUNGE kommt trotz einer engen Auslegung des Begriffs des Sonderfalls zum selben Ergebnis.<sup>846</sup>

Rechtlich herausfordernder sind die Anforderungen der zweiten Stufe, die voraussetzt, dass eine normale Verwertung nicht beeinträchtigt werden darf. Es ist mithin zu klären, ob den Rechteinhaberinnen Einnahmequellen entgehen könnten. Demgegenüber wird in Erwägung gezogen, ob die Kulturfltrate neue Einnahmequellen ermöglicht oder neue Geschäftsmodelle unterbindet. SPINDLER konstatiert, dass viel Unklarheit hinsichtlich der ökonomischen Auswirkungen auf die jeweiligen Geschäftsmodelle herrsche und die Einschätzungsprärogative der Gesetzgeberin in diesem Bereich an Relevanz gewinne.<sup>847</sup> Dennoch sei zu berücksichtigen, dass jedenfalls eingeschränkte Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten bestünden und man die Rechtsdurchsetzungsmassnahmen verbessern könne.<sup>848</sup> Im Ergebnis erachtet SPINDLER deshalb die Übereinstimmung mit der zweiten Stufe als gegeben. BENGESER argumentiert, dass zwischen der Privatkopie und der Auswertung der Werke durch die Urheberinnen zwar eine direkte Konkurrenz entstehe, Letztere jedoch die Möglichkeit hätten, auf technische Schutzmechanismen zurückzugreifen.<sup>849</sup> Dieses Argument wird von RUNGE gestützt, der betont, dass «der Markt für

---

<sup>842</sup> Vgl. Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 Abs. 2 WPPT, dazu RUNGE, S. 134.

<sup>843</sup> Hierzu und zum Folgenden SPINDLER, Kulturfltrate, S. 70 ff.; so RUNGE, S. 134; vgl. zur Prüfung BENGESER, S. 182 ff.

<sup>844</sup> BENGESER, S. 206.

<sup>845</sup> Vgl. die Ausführungen bei BENGESER, S. 204–207.

<sup>846</sup> RUNGE, S. 134.

<sup>847</sup> SPINDLER, Kulturfltrate, S. 72.

<sup>848</sup> SPINDLER, Kulturfltrate, S. 71.

<sup>849</sup> BENGESER, S. 207–215.

das öffentliche Zugänglichmachen im Internet als normale Auswertung also nicht beeinträchtigt [wird], da die von der Content-Flatrate umfassten Rechte bei Gebrauch von technischen Schutzmaßnahmen nicht in den Wettbewerb mit der individuellen Rechtsvergabe treten können».<sup>850</sup>

Die Verhältnismässigkeitsprüfung auf der dritten Stufe fällt gemäss SPINDLER mit Verweis auf die vorgenommene Prüfung im Verfassungsrecht für die Bejahung der Einhaltung der Vorgaben des Drei-Stufen-Tests aus. In diesem Zusammenhang argumentiert er mit einer Gefährdungslage für die informationelle Selbstbestimmung und dem Ziel, die Vergütung der Urheberin sicherzustellen.<sup>851</sup> RUNGE unterstreicht ergänzend die Bedeutung des Menschenrechts auf kulturelle Teilhabe aus Art. 27 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR), womit die Teilhabe am kulturellen Leben gewährleistet werden soll.<sup>852</sup> Fraglich ist jedoch, ob der faktische Zugang durch die Einführung einer Flatrate tatsächlich verbessert würde.<sup>853</sup> So wird argumentiert, die Einführung und die auf Schätzungen beruhende Verteilung der Kosten führe vielmehr zu Benachteiligungen.<sup>854</sup> Andere Autorinnen vertreten die Meinung, die Kulturflatrate verstosse gegen den Drei-Stufen-Test, da in der Folge die übliche digitale Werkauswertung unmöglich werde.<sup>855</sup> Darüber hinaus sei ein politischer Wille zur Änderung des urheberrechtlichen Rahmens nicht vorhanden.<sup>856</sup>

Neben dieser umstrittenen rechtlichen Bewertung bezüglich der Vereinbarkeit einer Kulturflatrate mit dem Drei-Stufen-Test verortet SPINDLER weitere rechtliche Hürden im Europarecht. So ist er der Ansicht, dass die europarechtliche Rechtslage, insbesondere die InfoSoc-RL, die Umsetzung der Kulturflatrate vor schwer zu überwindende Grenzen stelle.<sup>857</sup> Der abschliessende Schranken katalog sei eine grosse Herausforderung für die deutsche Legislative.<sup>858</sup> Sofern ein Mitgliedsstaat eine entsprechende Änderung vornehmen möchte, müsste diese im Sinne von Art. 5 Abs. 1–3 der Richtlinie die Erweiterung der Schranken für das

---

<sup>850</sup> RUNGE, S. 134.

<sup>851</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 72 f.; a. A. RUNGE, S. 136.

<sup>852</sup> RUNGE, S. 135.

<sup>853</sup> Dies verneint etwa RUNGE, S. 134 ff.

<sup>854</sup> RUNGE, S. 135.

<sup>855</sup> Vgl. MICHALIK, S. 161 m. w. N.

<sup>856</sup> RUNGE, S. 137.

<sup>857</sup> Vgl. SPINDLER, Kulturflatrate, S. 68 ff.

<sup>858</sup> So BRAUN, S. 98; BENGESER, S. 194.

Recht auf öffentliche Zugänglichmachung vorsehen. Demgegenüber vertreten andere Autorinnen die Meinung, dass es sich im konkreten Fall nicht um eine Schranke, sondern im Gegensatz um die kollektive Ausübung von Verwertungsrechten handle.<sup>859</sup> SPINDLER nimmt hingegen an, dass die nationale Einführung der entsprechenden Schranke «de lege lata gegen die InfoSoc-RL verstossen»<sup>860</sup> würde. Wie bereits im Kontext der verfassungsrechtlichen Erörterungen kommen jedoch andere Autorinnen zu einem divergierenden Ergebnis. So hatten im Jahr 2005 CARINE BERNAULT und AUDREY LÉBOIS ein vergleichbares Modell auf die Vereinbarkeit mit diesen Anforderungen überprüft und die umfassende rechtliche Machbarkeit bejaht.<sup>861</sup>

Die vorliegende Arbeit bezweckt keine umfassende rechtliche Machbarkeitsstudie hinsichtlich der Kulturflatrate im Kontext verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Anforderungen. Die Ausführungen lassen aber einige zentrale Diskussionspunkte erkennen. Zum einen ist aus verfassungsrechtlicher Sicht die Rolle der Urheberin zu klären, die bei der Einführung einer Kulturflatrate rechtliche Positionen verlieren könnte, dafür jedoch einen Ausgleich an anderer Stelle erhalten müsste. Zum anderen gilt es, einen Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse an einem umfassenden Zugang sowie dem vermuteten Schutzinteresse der Urheberin zu finden. Die unterschiedlichen rechtlichen Bewertungen zeigen, dass hier weitere Diskussionen erforderlich sind. Auf europarechtlicher Ebene stellt sich die Lage indes anders dar, zumal die Urheberrechtsrichtlinie einen abschliessenden Schrankenkatalog vorgibt. Dieser Katalog erscheint nur schwerlich argumentativ und rechtlich überwindbar. Die Ausführungen SPINDLERS sind aber als Appell an die Legislative zu verstehen, die derzeitige rechtliche Lage einer kritischen Würdigung zu unterziehen oder gar Anpassungen vorzunehmen.

### c. **Kompensationsvolumen**<sup>862</sup>

SPINDLER berücksichtigt in seinen Erörterungen nicht nur rechtliche, sondern auch ökonomische Aspekte. Dabei stellt er verschiedene Berechnungen auf, die aufzeigen sollen, wie sich das Modell finanzieren liesse.

---

<sup>859</sup> So etwa BERNAULT/LÉBOIS.

<sup>860</sup> SPINDLER, Kulturflatrate, S. 69.

<sup>861</sup> BERNAULT/LÉBOIS; vgl. AMINI, S. 29; RUNGE, S. 130; insb. ZWENGEL, S. 90 f.

<sup>862</sup> Vgl. zu diesem in verschiedenen Modellen insb. ZWENGEL, S. 101 f.

Zunächst beschreibt er ein sog. Lizenzanalogie-Modell, das einen gerechten Ausgleich zwischen der Urheberin und der Kopierenden ermöglichen soll.<sup>863</sup> Deshalb wird nicht gefragt, welcher Schaden der Erstgenannten durch die Kopie entstünde, sondern welchen vornehmlich ökonomischen Vorteil die Zweitgenannte erlangen würde.<sup>864</sup> Dies versucht SPINDLER zu ermitteln, indem er zwei Werte berücksichtigt: erstens den potenziellen Preis für das Werk und zweitens den Anteil, der an die Rechteinhaberinnen abgeführt würde.<sup>865</sup> Nach den Berechnungen von SPINDLER, die er nach Musik-, Film- und Buchindustrie differenziert,<sup>866</sup> ergibt sich ein monatlich zu entrichtender Betrag in Höhe von umgerechnet 90 Schweizer Franken.<sup>867</sup>

Das zweite Modell verfolgt hingegen einen Substitutionsansatz. Die Grundfrage zielt darauf ab, einen realen wirtschaftlichen Verlust zu ermitteln. Vergleichbar mit der Differenzhypothese im Zivilrecht wird gefragt, welcher Zustand bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre.<sup>868</sup> Als Berechnungsgrundlage dienen hauptsächlich die Erlöse der jeweiligen Industriezweige. Bei diesen Berechnungen kommt der Autor zu einem weitaus niedrigeren Betrag. So wären auf Grundlage dieses Modells monatlich etwa fünf Franken zu entrichten.<sup>869</sup>

SPINDLERS Erörterungen versuchen zu verdeutlichen, dass die Beteiligten mithilfe der Pauschalvergütung mit einem sicheren Einkommen rechnen könnten. Auf der anderen Seite wäre auch für die Nutzerinnen ersichtlich, wie viel sie konkret entrichten müssten.<sup>870</sup> Wenngleich diese Erwägungen aus ökonomischer Sicht vorteilhaft für beide Parteien erscheinen, bleibt offen, wer die Gebühren einziehen und die Gelder verteilen soll. Die dazu zu errichtende Verwaltungsebene, die zusätzliche Kosten und zusätzlichen Aufwand verursacht,<sup>871</sup> findet in den Erörterun-

---

<sup>863</sup> SPINDLER, Kulturfltrate, S. 90 ff.

<sup>864</sup> MÜLLER, Zweiter Korb, S. 781; zitiert nach SPINDLER, Kulturfltrate, S. 90.

<sup>865</sup> SPINDLER, Kulturfltrate, S. 91.

<sup>866</sup> Musikindustrie, Filmindustrie, Buchindustrie, SPINDLER, Kulturfltrate, S. 95 ff.

<sup>867</sup> SPINDLER, Kulturfltrate, S. 98.

<sup>868</sup> SPINDLER, Kulturfltrate, S. 99.

<sup>869</sup> SPINDLER, Kulturfltrate, S. 108.

<sup>870</sup> MICHALIK, S. 169.

<sup>871</sup> Vgl. dazu EULER, S. 328, Fn. 898.

gen von SPINDLER nur am Rande Berücksichtigung.<sup>872</sup> Ferner besteht die Gefahr, dass neue Vorschriften weitere Rechtsunsicherheit und Unübersichtlichkeit schaffen,<sup>873</sup> das Ziel eines vereinfachten Systems folglich nicht erreicht wird.

#### d. Kritik

Neben diese Kritikpunkte treten die erwähnten verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken.<sup>874</sup> Diese zahlreichen Herausforderungen lassen eine Implementierung der Flatrate als unwahrscheinlich erscheinen. Zudem erstaunt es, dass in SPINDLERS Gutachten indirekte Einnahmen kaum berücksichtigt werden.<sup>875</sup> So ist in den letzten Jahren beispielsweise zu beobachten, dass Musikkünstlerinnen nicht in erster Linie durch den Verkauf von CDs, sondern durch Konzerte, Merchandise und andere Produkte Einnahmen in erheblichem Umfang generieren.<sup>876</sup> Dies ermöglicht es einigen, die eigenen Werke online kostenlos zur Verfügung zu stellen.<sup>877</sup> Und auch wenn diese Werke gratis verfügbar sind, zeigen sich immer mehr Personen offen, freiwillige Beiträge zu leisten.<sup>878</sup> Obschon das Gutachten einige Jahre zurückliegt, überrascht es, dass diese Faktoren kaum Eingang in die von SPINDLER geführte Auseinandersetzung gefunden haben.

Des Weiteren wird am Modell der Kulturflatrate kritisiert, dass es primär ökonomisch basiert ist und Vorteile nicht durch freien Wettbewerb, sondern durch gesetzliche Regulierung durchsetzen will.<sup>879</sup> Eine solche Orientierung stehe im Gegensatz zu den Zielen der CC.<sup>880</sup> Die direkte Gegenüberstellung der Ziele von

---

<sup>872</sup> Vgl. SPINDLER, Kulturflatrate, S. 108 ff., der den Verwaltungsaufwand wiederholt als «gering» einstuft; zu möglichen Ansätzen siehe MICHALIK, S. 170 f.

<sup>873</sup> Siehe dazu MICHALIK, S. 170 f.

<sup>874</sup> Dazu PEUKERT, S. 90.

<sup>875</sup> Bei BENGESER, S. 207 ff., werden diese Einnahmen ebenfalls nicht berücksichtigt.

<sup>876</sup> BELSKY/KAHR/BERKELHAMMER/BENKLER, S. 62, mit dem Hinweis, dass es sich dem Grunde nach um keine neue Entwicklung handelt; zu den Unterschieden zwischen Liveerfahrung und CD sowie dem phonograph effect umfassend KATZ, passim.

<sup>877</sup> FARCHY, The Internet: culture for free, in: Towse, S. 248 ff.; FROSIO, Gift, S. 1986; SCHMIDT, S. 757.

<sup>878</sup> BELSKY/KAHR/BERKELHAMMER/BENKLER, S. 1 ff.; dazu FARCHY, The Internet: culture for free, in: Towse, S. 250, mit dem Hinweis auf Projekte von Bands wie Radiohead, Nine Inch Nails, Jane Siberry oder Literatur von Paulo Coelho; vgl. dazu LINCOFF, S. 31, Fn. 82; sowie McDONAGH, Protecting traditional music under copyright (and choosing not to enforce it), in: Bonadio/Lucchi, S. 170 ff.

<sup>879</sup> MICHALIK, S. 155.

<sup>880</sup> MICHALIK, a. a. O.

Creative Commons und der Kulturflatrate ist allerdings zu hinterfragen. Während die Kulturflatrate auf eine umfassende gesellschaftliche Umwälzung abzielt, verfolgen die genannten Lizenzen Veränderungen im Urheberrecht. Zielführender wäre es somit, Gemeinsamkeiten in beiden Modellen auszuloten, um darauf aufbauend neue Ansätze zu entwickeln. Die Detailliertheit von SPINDLERS Gutachten, das zahlreiche Aspekte mitberücksichtigt und sich argumentativ mit dem Thema auseinandersetzt, kann als wichtige Grundlage dienen, die sich auch in Zukunft nutzen lässt.

Die verbleibenden Herausforderungen betreffen deshalb weniger eine rechtliche, sondern eher eine politische und eine gesellschaftliche Dimension.<sup>881</sup> Zum einen ist die Legislative gefragt, die einen modernen rechtspolitischen Willen entwickeln müsste. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Betroffenen selbst mit dem entstehenden Modell einverstanden sind und so ein umfassender «Kopierfrieden»<sup>882</sup> erreicht werden kann.<sup>883</sup>

#### 4. Zwischenfazit

Die Besonderheit des CCC-Modells im Vergleich zur Kulturwertmark liegt darin, dass mit einem zunehmenden Interesse der Nutzerinnen die Werke der Allgemeinheit zufallen. Auf diese Weise unterscheidet es sich grundlegend vom Ansatz einer *Flatrate*.<sup>884</sup> Gleichzeitig überrascht es, dass bei diesem Konzept das Ideal verfolgt wird, eine «digitale Allmende» zu schaffen,<sup>885</sup> die keine historischen Anleihen aufweist. Vielmehr erscheint der Ansatz teilweise mit Spotify vergleichbar. Auf dieser Plattform entscheidet die Nutzerin, welche Lieder sie von welcher Band hören möchte. Wenn sie dabei auch keine «Kulturwertmark», sondern Klickzahlen «vergift», wird unter anderem auf Basis dieser Zahlen die Vergütung aufgeteilt. Diesem Vergleich kann wiederum entgegengehalten werden, dass Spotify die Musik in der kostenlosen Version mit Werbeunterbrechungen versieht, was im Modell der Kulturflatrate nicht der Fall wäre.<sup>886</sup> Darüber hinaus handelt es sich bei

<sup>881</sup> Vgl. dazu MEYER-LUCHT, S. 250 ff.

<sup>882</sup> Vgl. UEBERFELDT, Kulturflatrate, Kulturwertmark oder Three strikes and you are out: Wie soll mit Kreativität im Internet umgegangen werden?, in: Höbel et al., S. 104.

<sup>883</sup> Zu diesen Kritikpunkten MEYER-LUCHT, S. 250 f.

<sup>884</sup> KLIMANEK, Kulturflatrate. Frieden für die Copyright Wars?, in: Höbel et al., S. 76 ff.

<sup>885</sup> Vgl. diesen Hinweis bei KLIMANEK, Kulturflatrate. Frieden für die Copyright Wars?, in: Höbel et al., S. 77.

<sup>886</sup> KLIMANEK, Kulturflatrate. Frieden für die Copyright Wars?, in: Höbel et al., S. 76.

Spotify um ein Unternehmen, während die Kulturwertmark von staatlicher Seite betrieben würde. Die Befürchtung, dass sich Fans eher an kleinere Bands richten, scheint in diesem Zusammenhang jedoch unbegründet. Eher gegenteilig ist es so, dass sich grössere Bands und die digitalen Branchenplayer im Bereich der Plattformen durchsetzen und profitieren.<sup>887</sup> Trotz der bestehenden Ansätze ist das skizzenhaft beschriebene Projekt jedoch eine grobe Idee, die weiterer Konkretisierungen bedarf.

Viel weiter geht der Ansatz von AIGRAIN, der einen umfassenden gesellschaftlichen Wandel bezweckt. Dazu sieht der Autor die Einbindung eines Grossteils der Zivilgesellschaft mit Internetanschluss vor.<sup>888</sup> Auf diese Weise verfolgt er nicht weniger als einen neuen digitalen Gesellschaftsvertrag.<sup>889</sup> Konkretisiert werden diese Absichten indes nicht. Sein Verweis auf das Ausleihsystem öffentlicher Bibliotheken in Schweden erweist sich jedoch als zielführend, indem es die praktische Machbarkeit entsprechender Modelle verdeutlicht. Hiermit ergänzt AIGRAIN sowohl das Modell der Kulturwertmark als auch die Kulturflatrate durch empirisch belegte Anwendungsfälle und Beobachtungen. Zu kritisieren bleibt dennoch, dass sein Modell in erster Linie marktwirtschaftlich ausgerichtet ist, obgleich AIGRAIN wiederholt betont, das Prinzip des Teilens ausbauen zu wollen. Er folgt damit einem klassischen Marktverständnis, ohne Alternativmodelle zu entwickeln.

Trotz der bestehenden rechtlichen Herausforderungen bleibt die Kulturflatrate für viele die «auf den ersten Blick denkbar einfache Lösung».<sup>890</sup> Weitergehend wird sie gar als die Win-win-Lösung der gesamten Debatte um Piraterie<sup>891</sup> im Internet bezeichnet.<sup>892</sup> Obschon fraglich ist, ob mithilfe dieses Modells die zahlreichen Herausforderungen auf verschiedenen Ebenen gelöst werden können, scheint es sich als Basismodell für weitere Ansätze durchgesetzt zu haben.<sup>893</sup> Wie bereits angedeutet, steht die Flatrate aufgrund der ökonomischen Prägung jedoch in einem Spannungsverhältnis zu anderen Bewegungen. Während vielerorts ein kostenloser Zugang gefordert wird, sieht der von SPINDLER beschriebene Ansatz eine Pauscha-

---

<sup>887</sup> Vgl. dazu SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 19.

<sup>888</sup> AIGRAIN, S. 54.

<sup>889</sup> Vgl. die «principles for a new social pact», AIGRAIN, S. 76.

<sup>890</sup> AMINI, S. 26.

<sup>891</sup> Zur Terminologie siehe AIGRAIN, S. 65 ff.; kritisch zur Rechtsverletzerin als «Piratin» GRÜNBERGER, Systemkollaps, S. 24.

<sup>892</sup> BRAUN, S. 96 ff.

<sup>893</sup> Vgl. zu den verschiedenen Kulturflatrates insb. ZWENGEL, S. 80 ff.

labgabe vor, was wiederum die Finanzierung des Modells sicherstellt. Dieses Problem könnte zudem gelöst werden, wenn den Beteiligten etwa die Möglichkeit eingeräumt würde, zu entscheiden, wie sie die Werke zur Verfügung stellen möchten: kostenlos oder gegen Gebühr.<sup>894</sup>

Was die beschriebenen Modelle eint, ist die Zuversicht, dass sie sich für empirische Versuche eignen. Auf diese Weise wird es möglich, die Praktikabilität und Umsetzbarkeit zu überprüfen und wissenschaftlich zu begleiten. Zwar fehlt es bisher an solchen Umsetzungsversuchen, jedoch stimmt das Vorhandensein eines abgrenzbaren Rahmens positiv, dass mit solchen in Zukunft zu rechnen ist.

## II. Politische Modelle

Neben den ökonomischen Modellen, die den Aspekt der Finanzierbarkeit berücksichtigen, untersuchen allgemein gefasste Ansätze das Verhältnis zwischen digitaler Kultur und gesellschaftlichen Entwicklungen.<sup>895</sup> Sie erweitern damit den beispielsweise durch die Kulturflatrate vorgegebenen Rahmen um eine ausgedehnte soziale Dimension.

### 1. Grundeinkommen statt Urheberrecht

Den Einstieg bilden die weitgehenden Thesen von ILJA BRAUN, der sich für ein Grundeinkommen ausspricht, das ihm zufolge das bestehende Urheberrechtssystem ablösen kann. Da der Autor das Grundeinkommen jedoch als «realpolitisch völlig utopisch» einstuft, plädiert er für ein «öffentlich-rechtliches Internet»,<sup>896</sup> das an das öffentliche Rundfunksystem angelehnt sein soll.<sup>897</sup>

Als grundlegende Herausforderung sieht er die Digitalisierung in allen Lebensbereichen, wodurch zahlreiche Jobs wegfallen würden.<sup>898</sup> BRAUN versucht, diesem Problem zu begegnen, indem er in einem ersten Schritt die Kulturflatrate mit dem Grundeinkommen vergleicht. Bei beiden Modellen werde gefragt, wie hoch der

---

<sup>894</sup> Zum Vorstehenden MICHALIK, S. 161.

<sup>895</sup> Zu den politischen Auswirkungen und der Rolle des Urheberrechts MACMILLAN, S. 16 ff.

<sup>896</sup> BRAUN, S. 172.

<sup>897</sup> BRAUN, S. 12; vgl. die Bezeichnung der Kulturflatrate als «Internet-Gebühreneinzugszentrale» bei GRUNDMANN, S. 90; zitiert nach MICHALIK, S. 164 f.

<sup>898</sup> Vgl. dazu MOSCO, S. 204 ff.

zu zahlende Betrag wäre und wie eine Finanzierung sichergestellt werden könne. Seines Erachtens sind dies «unsinnige» Fragen, da es sich im Ergebnis um politische Entscheidungen handelt.<sup>899</sup> Entsprechend sei es selbstverständlich, dass das Grundeinkommen aus Steuergeldern finanziert werden müsse.<sup>900</sup>

Dem Verhältnis zwischen dem Grundeinkommen und urheberrechtlichen Problematiken versucht er sich im weiteren Verlauf zu nähern. So hält er es für eine Fehleinschätzung, dass es ohne Urheberrecht keine Kunst gäbe. Zahlreiche Urheberinnen würden ihre Arbeit so sehr lieben, dass sie trotz schlechter Bezahlung arbeiteten; sie seien intrinsisch motiviert.<sup>901</sup> An diese gewagte These anschließend betont BRAUN, dass das Grundeinkommen somit darauf abziele, die «Unbedingtheit der eigenen Tätigkeit» abzusichern.<sup>902</sup> Dies gelte, weil es unabhängig von einer Gegenleistung gewährt würde und jede Person über die eigenen Mittel frei verfügen könne. Entsprechend bewertet er die bestehenden Debatten über ein Eigentum an Daten<sup>903</sup> oder ein Eigentum an der Netzinfrastruktur als Anzeichen eines zunehmenden Strebens nach Autonomie und nach einer offenen kulturellen Sphäre.<sup>904</sup>

Seine weitreichenden Thesen versucht er mit dem Ideal der Verteilungsgerechtigkeit zu stützen. Der Begriff «Rechteinhaberin» zeigt ihm zufolge exemplarisch auf, dass in erster Linie nicht die Urheberin, sondern oft grosse Medienkonzerne an den Werken verdienen würden.<sup>905</sup> Deshalb seien Umverteilungsmechanismen einzuführen, was jedoch eine künstlerische Wertschätzung der Kunst oder eine Schätzung des Wertes von Kunst voraussetze.<sup>906</sup> Gleichzeitig sei die erforderliche Bemessung des Wertes und der Leistung kreativer Tätigkeiten schwierig.<sup>907</sup> Hierbei versucht er, eine Verknüpfung zu urheberrechtlichen Diskussionen herzustellen, indem er auf die Arbeitstheorie von JOHN LOCKE eingeht,<sup>908</sup> wonach das

---

<sup>899</sup> BRAUN, S. 151 ff.

<sup>900</sup> BRAUN, S. 151.

<sup>901</sup> BRAUN, S. 155; vgl. BENKLER, S. 94–99.

<sup>902</sup> BRAUN, S. 156.

<sup>903</sup> Statt vieler AMSTUTZ, S. 439 ff., THOUVENIN/FRÜH, S. 35 ff.

<sup>904</sup> BRAUN, S. 156.

<sup>905</sup> BRAUN, S. 27 ff.; ebenfalls WIELSCH, Über Zugangsregeln, in: Grünberger/Jansen, S. 277.

<sup>906</sup> BRAUN, S. 3, 33 ff.

<sup>907</sup> BRAUN, S. 41–43.

<sup>908</sup> BRAUN, S. 36 ff.

Eigentum durch die investierte Arbeit gerechtfertigt wird.<sup>909</sup> Gemäss BRAUN steht dieses Modell im Widerspruch zur gesellschaftlichen Ordnung.<sup>910</sup> Nur selten treffe es zu, dass die Person durch die eigene Arbeit Eigentümerin des Produkts werde.

Im Allgemeinen versucht BRAUN, der Frage nachzugehen, wovon «Kreativschaffende»<sup>911</sup> leben sollen, wenn es ihnen nicht gelingt, ihre Rechte im Internet durchzusetzen. Diese Frage stelle sich, da «die meisten Kreativen von ihren Urheberrechten heutzutage nicht leben» könnten.<sup>912</sup> Sein Modell würde seines Erachtens dafür sorgen, dass die freie, ungebundene Kreativität nicht nur von der Wirtschaft ökonomisch verwertet wird, sondern auch gesellschaftliche Anerkennung und Wertschätzung erfahren kann.<sup>913</sup> Nichtsdestotrotz könnten CC-Lizenzen dazu beitragen, dass Künstlerinnen an Bekanntheit gewinnen. Indirekt könnte auf diese Weise der Monetarisierungsverlust ausgeglichen werden.<sup>914</sup>

Der Autor betont, dass alle Konflikte rund um das benannte Recht gelöst würden, wenn urheberrechtlich geschützte Werke kostenlos zur Verfügung stünden. Gleichzeitig ist er sich bewusst, dass ein solcher Vorschlag kaum auf flächendeckende Zustimmung stossen würde. Als Alternative schlägt er deshalb eine nicht kommerziell ausgerichtete öffentliche Infrastruktur vor. Auf dieser Plattform sollten Werke zugänglich sein und die Urheberinnen eine monetäre Vergütung erhalten.<sup>915</sup> Wenngleich offenbleibt, wie dieses Modell finanziert werden soll, sind Parallelen zur beschriebenen Kulturfltrate erkennbar. Da das Grundeinkommen politisch stark umstritten ist und nur indirekt urheberrechtliche Herausforderungen lösen kann, scheint der Autor mit seiner Alternative den Kritikern entgegenkommen zu wollen. Zudem greift BRAUN die Kritikpunkte an seinem Modell auf und betont die Verknüpfung zwischen dem Urheberrecht und seiner politisierten Forderung.<sup>916</sup> So sei das bedingungslose Grundeinkommen die Verallgemeinerung der vornehmlich vonseiten der Urheberinnen gestellten Forderung nach einer angemessenen Vergütung für die Nutzung der Werke. Er ziele deshalb mit seiner Idee nicht auf den «sozialen Ausgleich». Im Grunde gehe es ihm darum, einen

---

<sup>909</sup> SIEVERS, S. 42; siehe dazu Kap. 2 I.3.

<sup>910</sup> BRAUN, S. 36–39.

<sup>911</sup> BRAUN, S. 11.

<sup>912</sup> BRAUN, S. 12 und S. 47 ff.

<sup>913</sup> BRAUN, S. 158.

<sup>914</sup> BRAUN, S. 51–53.

<sup>915</sup> BRAUN, S. 78.

<sup>916</sup> Vgl. zum Folgenden BRAUN, S. 169 ff.

Anteil von jenen einzufordern, die kreative Arbeit wirtschaftlich nutzen würden.<sup>917</sup> Im Ergebnis ist es nicht seine Absicht, ein Grundeinkommen nur für Künstlerinnen einzuführen. Ihm geht es darum, eine Utopie aufzuzeigen, um den Blick für entsprechende politische Ziele zu schärfen.<sup>918</sup>

Insgesamt bleibt die Frage bestehen, warum das Urheberrecht dem Grundeinkommen weichen soll. Trotz bestehender Herausforderungen im urheberrechtlichen Bereich sollte nicht dessen Abschaffung angestrebt werden. Vielmehr sind Ansätze für eine erforderliche Anpassung zu erarbeiten. Entsprechend erweisen sich BRAUNS Ausführungen als einseitig und idealistisch geprägt und er verzichtet darauf, Vorschläge zur Erneuerung urheberrechtlicher Normen oder Grundsätze vorzulegen. Positiv hervorzuheben ist indes, dass er durch seine Ausführungen zahlreiche Aspekte, zum Beispiel die Kulturfltrate, wieder in den Blickpunkt rückt.

Berücksichtigt man die Konzeption der Allmende, mutet BRAUNS Modell zu wenig konkret an, als dass sich Aussagen zur Vergleichbarkeit mit traditionellen Institutionen formulieren liessen. Für die Künstlerinnen scheinen weder Pflichten noch klare Grenzen zu bestehen, die zur nachhaltigen Organisation beitragen könnten.

## 2. Ein «Recht auf Internet»

Während BRAUN in erster Linie politische Forderungen aufgreift, um sie mit dem Urheberrecht in Verbindung zu setzen, kann der Ansatz eines «Rechts auf Internet» die soziale Bedeutung des Netzwerks aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive stärker in den Blickpunkt rücken.<sup>919</sup> Die umfassende Bedeutung des Internets für die Einzelne hervorhebend, wird dieser Ansatz bisweilen als «Grundbedürfnisstrategie»<sup>920</sup> beschrieben, die Fragen nach der «digitalen Dimension der Grundrechte» aufwirft.<sup>921</sup> Diese Fragestellung wurde von ANIKA LUCH und SÖNKE

---

<sup>917</sup> BRAUN, S. 169.

<sup>918</sup> BRAUN, S. 171 f.

<sup>919</sup> Vgl. zu Ansätzen einer Neukonzeption der Grundrechte im Zeitalter des technologischen Wandels KARAVAS, *passim*; DERS., *Das Computer-Grundrecht*, S. 107 ff.

<sup>920</sup> Vgl. DINGLER, S. 193.

<sup>921</sup> AMINI, S. 45; zu grundrechtlichen Implikationen der Urheberrechtsdurchsetzung, auch auf europäischer Ebene, DERS., S. 174 ff.; zu einem «Grundrecht aufs Kopieren» siehe VON GEHLEN, S. 86 ff.; siehe in diesem Kontext VON SCHIRACH, S. 18 ff.

SCHULZ aufgegriffen<sup>922</sup> und mit Konzepten wie dem Verständnis des Authors' Right as Human Right<sup>923</sup> ergänzt.

**a. Das «Grundrecht auf Internet»**

Als Ausgangspunkt dient LUCH/SCHULZ der Fall aus BGHZ 196, 101, dem der folgende Sachverhalt zugrunde lag:

«Der Kläger verlangt von der Beklagten, einem Telekommunikationsunternehmen, Schadensersatz, weil er seinen Internetanschluss für längere Zeit nicht nutzen konnte. Der Kläger hatte mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden werden die Beklagte und ihre Rechtsvorgängerin einheitlich als Beklagte bezeichnet) einen Vertrag über die Bereitstellung eines DSL-Anschlusses geschlossen, über den er auch seinen Telefon- und Telefaxverkehr abwickelte (Voice und Fax over IP). Zum 15. Dezember 2008 vereinbarten die Vertragsparteien einen Tarifwechsel. Ab diesem Datum war der Anschluss des Klägers jedoch unterbrochen. Nachdem es die Beklagte trotz mehrfacher Mahnungen nicht vermocht hatte, die Verbindung mit dem Internet wiederherzustellen, kündigte der Kläger den bestehenden Vertrag und wechselte zu einem anderen Diensteanbieter. Dieser nahm die Aufschaltung des Anschlusses an sein Netz am 16. Februar 2009 vor.»<sup>924</sup>

Vom Kläger wurde daraufhin der Ausgleich der Mehrkosten verlangt, die durch den Vertragsschluss mit einer neuen Anbieterin entstanden waren. Daneben beanspruchte er die Mehrkosten für die Nutzung des Mobiltelefons innerhalb dieses Zeitraums. Als entscheidend erweist sich die Beanspruchung von Schadensersatz für den Fortfall der Nutzungsmöglichkeit des DSL-Anschlusses für das Festnetztelefon, das Telefaxgerät und den Internetverkehr. Während von den Vorinstanzen die beiden erstgenannten Mehrkosten anerkannt wurden, verfolgte der Kläger in der Revisionsinstanz einen weitergehenden Schadensersatzanspruch.

Das Gericht wägte in diesem Fall ab und befand, dass das Fax «[z]umindest im privaten Bereich bei Anwendung des gebotenen strengen Maßstabs kein Wirtschaftsgut [ist], dessen ständige Verfügbarkeit für den Einzelnen bei seiner eigenwirtschaftlichen Lebenshaltung typischerweise von zentraler Bedeutung ist und dessen Funktionsstörung sich als solche auf die materiale Grundlage der Lebens-

---

<sup>922</sup> LUCH/SCHULZ, Recht auf Internet.

<sup>923</sup> Vgl. PEIFER, Commons, insb. S. 685 ff.

<sup>924</sup> BGHZ 196, 101 – Rn. 1.

haltung signifikant auswirkt».<sup>925</sup> Ein Schadensersatz für das Festnetztelefon wurde ebenfalls abgelehnt, da dem Kläger ein Mobiltelefon zur Verfügung stand.<sup>926</sup>

Bezüglich des Internetanschlusses hielt das Gericht indes fest, dass es einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellen kann. Diese mögliche Bejahung eines Schadens bestehe auch, wenn keine Mehraufwendungen entstanden oder Einnahmen entgangen seien.<sup>927</sup> Eine solche Entscheidung überrascht, da in diesem Urteil zum ersten Mal die Bedeutung des Internets für den Lebensalltag gerichtlich beschrieben und anerkannt wurde.

Darauf aufbauend setzen sich LUCH/SCHULZ zunächst mit dem objektiv verstandenen Begriff der «E-Daseinsvorsorge» auseinander,<sup>928</sup> der in einem zweiten Schritt durch ein entsprechendes Grundrecht ergänzt werden sollte.<sup>929</sup> Ihnen zufolge soll das digitale Vorsorgeprinzip die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse, das Sozialstaatsprinzip insgesamt und die soziokulturelle Teilhabe im digitalen Raum gewährleisten.<sup>930</sup> Das Erfordernis der Einführung eines solchen Rechts resultiere aus dem Erstarren des Internets als entscheidende Infrastruktur. Zudem nehme es eine massgebliche Bedeutung für den Staat selbst, die Wirtschaft und die Gesellschaft ein.<sup>931</sup> Hierbei ziehen die Autorinnen einen Vergleich zur Diskussion um den Fernsehempfang als Teil der Daseinsvorsorge in den 1970er Jahren in Deutschland<sup>932</sup> und versuchen auf diese Weise, die Bedeutung der technischen Infrastruktur herauszuarbeiten.

Dieser grundsätzlichen Ausrichtung entsprechend betonen LUCH/SCHULZ, dass ihre erdachte Erweiterung der Grundrechte nicht die klassische Abwehrfunktion stärken,<sup>933</sup> sondern eine freie Lebensgestaltung ermöglichen solle. Dies setze Regelungsstrukturen voraus.<sup>934</sup> Zum derzeitigen Zeitpunkt bestehe jedoch eine grosse Lücke zwischen der Lebenswirklichkeit und der regulatorischen Durch-

---

<sup>925</sup> BGHZ 196, 101 – Rn. 12.

<sup>926</sup> BGHZ 196, 101 – Rn. 13 ff.

<sup>927</sup> Siehe BGHZ 196, 101 – Rubrum.

<sup>928</sup> LUCH/SCHULZ, Recht auf Internet, S. 9 ff.

<sup>929</sup> Vgl. VON LEWINSKI, S. 70 ff.

<sup>930</sup> LUCH/SCHULZ, Recht auf Internet, S. 2.

<sup>931</sup> Vgl. LUCH/SCHULZ, Recht auf Internet, S. 5 ff.

<sup>932</sup> Vgl. LUCH/SCHULZ, Recht auf Internet, S. 9 m. w. N.

<sup>933</sup> Zum Grundrechtswandel durch Digitalisierung siehe PEUKERT, S. 295 ff.

<sup>934</sup> LUCH/SCHULZ, Recht auf Internet, S. 9.

dringung.<sup>935</sup> Um die erforderliche Entwicklung voranzutreiben, gehen die Autorinnen auf verschiedene Grundrechte ein, die einer Anpassung bedürften. Dazu zählen sie exemplarisch die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG oder den durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährten Schutz vor dem Entzug essenzieller Einrichtungen wie dem Computer.<sup>936</sup> Weitere Rechte betreffen den Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG mitsamt der Frage eines Schutzes der Online-Familie<sup>937</sup> sowie die Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG mit der Frage eines Schutzes virtueller Räume.<sup>938</sup> Darüber hinaus machen sie deutlich, dass beispielsweise das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums ein Mindestmass an soziokultureller Teilhabe sicherstellen müsse.<sup>939</sup> Diese Gewährleistung könnte in erster Linie die technische Zugangsebene regeln, nicht aber den Zugang zu bestimmten Inhalten.

Deutlich wird somit, dass das Modell von LUCH/SCHULZ zahlreiche Grundrechte betrifft, die erst in ihrer Gesamtheit zur vollen Entfaltung gelangen können. In ihren Ausführungen zeigen sie auf, inwieweit die derzeitigen Grundrechte die Möglichkeiten der Teilhabe garantieren.<sup>940</sup> Dies sei unentbehrlich, da den Staat eine Gewährleistungsverantwortung treffe.<sup>941</sup> Die Idee eines «Grundrechts auf Internet» oder einer Bündelung von «Grundrechten aufs Internet» weiter ausführend, betonen sie die Bedeutung der übergreifenden technischen Infrastruktur, die mit Möglichkeiten des individuellen Zugangs ergänzt werden sollte.<sup>942</sup> Dieser individuelle Zugang soll durch eine privatrechtliche Vereinbarung mit einem Provider als Grundlage ermöglicht werden.<sup>943</sup> Auf diese Weise arbeiten die Autorinnen nicht nur die Bedeutung des Verhältnisses zwischen dem Individuum und dem Staat, sondern auch zu privaten Unternehmen heraus, denen oft eine entscheidende Bedeutung bei der Errichtung der Infrastrukturen zukommt.

---

<sup>935</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 10.

<sup>936</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 28.

<sup>937</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 19.

<sup>938</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 25 ff.

<sup>939</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 52 ff.; vgl. zum Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums BVerfGE 125, 175 – Hartz IV; dazu im Kontext von Informationstechnologien SCHULZ, S. 698 ff.

<sup>940</sup> Indes zu den Möglichkeiten der hoheitlichen Zugangsbeschränkung VON LEWINSKI, S. 77 ff., 91 ff.

<sup>941</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 56 ff.

<sup>942</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 61.

<sup>943</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 71 ff.; VON LEWINSKI, S. 74 ff.

Grundsätzlich vertreten LUCH/SCHULZ die Meinung, dass in einem von digitalen Technologien geprägten Zeitalter vornehmlich der Staat gefordert ist.<sup>944</sup> Die Verpflichtungen müssten aber gleichzeitig ausgebaut werden, um ein umfassendes «Recht auf Internet» zu ermöglichen.<sup>945</sup> Die damit verbundenen Herausforderungen sind weniger rechtlicher, sondern mehr politischer Natur.<sup>946</sup> So kommt es laut den Autorinnen massgeblich auf den Willen zur politischen Gestaltung und Ausrichtung an.<sup>947</sup>

Ein weiteres Mal wird in diesem Kontext die rechtspolitische Ebene betreten, die einer vertieften Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft vorgelagert ist. Das vorliegende Modell stellt in dieser Hinsicht jedoch keine grundsätzliche Neuerung dar, sondern fasst in erster Linie die Schutzbereiche der bestehenden Grundrechte mit Bezug auf digitale Technologien zusammen. Auf diese Weise schaffen LUCH/SCHULZ die Grundlagen für eine weitere Ausprägung dieser Rechte durch die Legislative oder Judikative.

## **b. Das «Recht auf Internet»**

Ergänzend zum Modell von LUCH/SCHULZ befasst sich KAI VON LEWINSKI mit der rechtlichen Ausgestaltung eines «Rechts auf Internet» und unterscheidet zwischen technischen und inhaltlichen Aspekten.<sup>948</sup> Den Ausgangspunkt seiner Überlegungen bildet das sog. Online-Durchsuchungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes,<sup>949</sup> in dem die Richterinnen die Bedeutung «informationstechnischer Systeme» für die Einzelne herausgearbeitet und aufbauend auf dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Ansatzpunkte eines «Computer-Grundrechts»<sup>950</sup> geschaffen haben.<sup>951</sup> Daran anknüpfend sieht VON LEWINSKI es als zentrale Aufgabe an, die Errichtung der notwendigen Infrastruktur voranzutreiben, um Nutzungsmöglichkeiten sicherzustellen. Dieser Ansatz ist mit den bei LUCH/SCHULZ beschriebenen objektiven Voraussetzungen vergleichbar, wobei die gesteigerte Bedeutung der Medien herausgearbeitet wird. VON LEWINSKI grenzt diese von der Bedeutung des individu-

---

<sup>944</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 60 f.; VON LEWINSKI, S. 76.

<sup>945</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 68 f.

<sup>946</sup> So VON LEWINSKI, S. 91 ff.

<sup>947</sup> LUCH/SCHULZ, *Recht auf Internet*, S. 55.

<sup>948</sup> VON LEWINSKI, insb. S. 90 f.

<sup>949</sup> BVerfG, *Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07*, BVerfGE 120, 274.

<sup>950</sup> Vgl. dazu GRUBER, *Bioinformatonsrecht*, S. 131 ff. m. w. N.

<sup>951</sup> VON LEWINSKI, S. 71.

ellen Zugangs ab.<sup>952</sup> Dabei kommt er zum Ergebnis, dass das Internet ein Teil der telekommunikativen Grundversorgung ist und die Kosten als Teil der sozialen Grundsicherung zu berücksichtigen sind.<sup>953</sup> Eine Gewährleistungsverantwortung des Staates für den freien Informationsfluss im Internet lehnt er jedoch ab.<sup>954</sup> Ihm zufolge darf der Staat die «Meinungslandschaft» im Internet nicht als «Wächter» aktiv gestalten.<sup>955</sup>

Im Ergebnis stimmt VON LEWINSKI mit LUCH/SCHULZ überein und verneint die Existenz eines einzelnen Grundrechts auf Internet. Vielmehr handle es sich um einen «rechtswissenschaftlichen Sammelbegriff für grundrechtliche Gehalte in Bezug auf eine moderne (Kultur-)Technik».<sup>956</sup> Seine Arbeit schafft folglich notwendige Grundlagen für eine weitere Konkretisierung, indem er die verschiedenen grundrechtlichen Gehalte nachvollzieht und mit Bezug auf digitale Technologien zusammenführt.

### c. Zugang zum Internet im internationalen Kontext

Neben den Ansätzen von VON LEWINSKI und LUCH/SCHULZ aus dem deutschsprachigen Raum wird auf internationaler Ebene über die Einführung eines Access to Internet as a Human Right<sup>957</sup> diskutiert.<sup>958</sup> Dabei geht es darum, Zugangsrechte in völkerrechtlichen Abkommen festzulegen, um eine digitale Teilhabe und Kommunikation zu ermöglichen. Durch die Zunahme von Internetblockaden hat diese Idee in den vergangenen Jahren an Bedeutung und Relevanz gewonnen.<sup>959</sup>

In Europa lassen sich praktische Umsetzungen dieser zunächst theoretischen Überlegungen finden. So ist in Estland in Art. 44 der Verfassung ein ähnliches Recht auf kostenlosen Zugang zu Information implementiert.<sup>960</sup> Das Konzept

<sup>952</sup> VON LEWINSKI, S. 74 f.

<sup>953</sup> VON LEWINSKI, S. 75.

<sup>954</sup> VON LEWINSKI, S. 78 ff.

<sup>955</sup> VON LEWINSKI, S. 79 f.

<sup>956</sup> VON LEWINSKI, S. 90 f.

<sup>957</sup> ADELEKE/PHOOKO, Towards Realizing the Right of Access to Internet-Based Information in Africa, in: Diallo/Calland, insb. S. 158 ff.

<sup>958</sup> Siehe dazu GOEBLE, S. 180 ff., 243 ff.

<sup>959</sup> Vgl. dazu insb. GOEBLE, S. 94 ff.

<sup>960</sup> WÜRKERT/KLAFKI/WINTER, Digitalisierung und Öffentliches Recht, in: Klafki/Würkert/Winter, Digitalisierung und Recht, S. 17.

ist demnach mehr als ein blosses «politisches Schlagwort»,<sup>961</sup> sondern gelebte Realität.

In Deutschland, wo bis dato keine vergleichbaren Ansätze vorliegen,<sup>962</sup> zeichnen sich ähnliche Tendenzen ab. So ist beispielsweise die sog. Digital-Charta hervorzuheben, die im Jahr 2016 von Bürgerinnen vorgelegt und als Diskussionsgrundlage für die weitere Entwicklung im Internet publiziert wurde.<sup>963</sup> Ziel war und ist es, die Grundrechte zeitgemäss anzupassen. Obschon sich in der Digital-Charta Textvorschläge finden lassen, ist sie primär als Manifest zu verstehen, das sich an die Legislative und Exekutive richtet, was abermals die rechtspolitische Ausrichtung dieser Initiativen verdeutlicht.

Darüber hinaus beweist ein Urteil des Sozialgerichts Cottbus, dass diese Entwicklungen und Initiativen in Deutschland auch die Judikative prägen.<sup>964</sup> In einem Fall urteilte das Gericht, dass das Jobcenter unterstützend dafür Sorge tragen muss, einer Schülerin einen internetfähigen Laptop zur Verfügung zu stellen. Schliesslich sei eine «erfolgreiche Ausschöpfung ihrer Potentiale nur durch die ständige Verfügbarkeit eines internetfähigen Computers möglich».<sup>965</sup> Auf diese Weise rückt nicht nur die rechtliche Bedeutung, sondern zunehmend auch die technische Infrastruktur in den Fokus.

### 3. Zwischenfazit

Wie VON LEWINSKI betont,<sup>966</sup> stehen Konzepte wie das «Computer Grundrecht»,<sup>967</sup> das «Grundrecht auf IT-Abwehr»<sup>968</sup> sowie das «Grundrecht auf Ver-

---

<sup>961</sup> VON LEWINSKI, S. 70.

<sup>962</sup> Wenngleich der textlichen Schaffung eines solchen Grundrechts nur wenig im Wege stehe, so jedenfalls VON LEWINSKI, S. 92.

<sup>963</sup> Perma.cc/5TMP-LQFU.

<sup>964</sup> SG Cottbus v. 13.10.2016, Az. S42 AS 1914/13; vgl. jedoch den Hinweis bei VON LEWINSKI, S. 71, dass die sozialgerichtliche Rechtsprechung bis dahin das Internet nicht als für die Existenz erforderlich angesehen hatte; vgl. BVerfGE 125, 175 (231) – Hartz IV.

<sup>965</sup> SG Cottbus v. 13.10.2016, Az. S42 AS 1914/13, S. 5.

<sup>966</sup> VON LEWINSKI, S. 77.

<sup>967</sup> Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, abgekürzt GRaGVliS; dazu HERMANN; HOFFMANN-RIEM, Vertraulichkeit, S. 1009 ff.; WEHAGE; WIELSCH, Zugangsregeln, S. 236 ff.

<sup>968</sup> HECKMANN, S. 3–7.

schlüsselung»<sup>969</sup> in einem engen Zusammenhang mit der Idee eines «Grundrechts auf Internet». Deshalb überrascht es nicht, dass in diesen Jahren von einer «Geburtsstunde neuer Grundrechte» die Rede ist.<sup>970</sup> Allerdings ist zu konstatieren, dass keine neuen Grundrechte geschaffen, sondern die Schutzbereiche an die neuen Lebensrealitäten angepasst und entsprechend gedeutet werden. Zugleich schützen oder gewährleisten viele dieser Rechte nicht den Zugang zum Internet, sondern setzen ihn vielmehr voraus.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive geht es somit nicht darum, neue Grundrechte zu «erschaffen», sondern das Zusammenspiel der bestehenden Rechtspositionen, der Technologie und der Medien zu nutzen, um eine sachgemäße Auslegung der Schutzbereiche zu ermöglichen. Weiter muss beachtet werden, dass der Staat nur begrenzt die Funktionsfähigkeit und Sicherheit informationstechnischer Systeme und digitaler Strukturen garantieren kann. Zunehmend sind es private Unternehmen, die zu einer Machtasymmetrie zwischen Bürgerin und Staat, Staat und Unternehmen, Unternehmen und Bürgerin usw. beitragen.<sup>971</sup> Deshalb müssen effektive «Online-Grundrechte» den Schutz der Infrastruktur vorsehen.<sup>972</sup> Neue Dimensionen zu Schutzbedarf und Schutzverständnis sind deshalb essenziell.

Das Modell der digitalen Allmende schafft den erforderlichen konzeptionellen Rahmen, um diese verschiedenen Verhältnisse nachzuvollziehen und abzubilden. So rücken nicht einzelne Akteurinnen oder Rechte in den Mittelpunkt, sondern es wird ein dezentraler, wechselseitiger Austausch ermöglicht.

### III. Soziale Modelle

Während in den bisher erläuterten Modellen die finanzielle Machbarkeit alternativer urheberrechtlicher Modelle im Digitalen sowie die politische Bedeutung des Internets für den Lebensalltag herausgearbeitet wurden, berücksichtigen die folgenden Modelle in erster Linie soziale Aspekte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich diese Ansätze nicht durch einseitige Betrachtungen ausschließen, sondern sich durch die Inbezugnahme, Erweiterung und ein kritisches Hinterfragen auszeichnen.

---

<sup>969</sup> GERHARDS.

<sup>970</sup> SIEHR, S. 28 ff., 30.

<sup>971</sup> HOFFMANN-RIEM, Vertraulichkeit, S. 1010; EYMANN, S. 38 ff.

<sup>972</sup> HOFFMANN-RIEM, Vertraulichkeit, S. 1011.

## 1. Das Internet als Lebensraum

Diese soziale Dimension findet unter anderem im Verständnis des «Internets als Lebensraum»<sup>973</sup> Berücksichtigung. Der Ansatz von MALTE-CHRISTIAN GRUBER zielt auf den technologisierten und in der Technik aufgeklärten Menschen, dessen Stellung als Rechtssubjekt einem starken Wandel unterliegt.<sup>974</sup> Diesem Ansatz entsprechend, grenzt er sein Konzept von einer rein ökonomiezentrierten Argumentationslinie ab und versucht, das Internet mitsamt der «sinnhafte[n] und technische[n] Kommunikation» zu erfassen.<sup>975</sup>

GRUBER greift das Urteil BGHZ 196, 101 auf und setzt sich zunächst mit der Frage nach der Schadensersatzfähigkeit der Unterbrechung des Internetzugangs auseinander.<sup>976</sup> Aus seiner Sicht geht es dabei aber um mehr, namentlich um den «Ausfall der technisierten Gesellschaft» sowie den «Entzug des kommunikativen Zugangs».<sup>977</sup> Entlang dieser Leitlinie kritisiert er die seines Erachtens wenig überzeugende Konstruktion eines «abstrakten Nutzungsausfalls», die mithilfe rechtstheoretischer Erwägungen eine überzeugendere Begründung finden könne.<sup>978</sup> Entsprechend formuliert er den amtlichen Leitsatz des Urteils<sup>979</sup> um:

«Wird dem Inhaber eines Internetanschlusses die Möglichkeit genommen, seinen Zugang zum Internet zu nutzen, so ist ihm auch wegen eines hierdurch hervorgerufenen immateriellen Schadens eine billige Entschädigung in Geld zu gewähren.»<sup>980</sup>

---

<sup>973</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 115–124; DERS., Bioinformatiionsrecht, S. 135; in diese Richtung SCHÖRGENHUMER, S. 119 ff.; SCHROER, S. 259 ff.; kritisch zum Begriff des Lebensraums DREIER/WITTRUCK, S. 338, 344 f.; ebenfalls LÖW, S. 9 ff.; SCHROER, S. 17 ff.

<sup>974</sup> «Es ist die besondere bioartifizielle Verbindung zwischen informationstechnischen und psychophysischen Systemen, zwischen vernetzten Computern und menschlichen Bewusstseinen wie auch lebendigen Körpern, welche die neue Konstruktion des Grundrechts [...] notwendig gemacht hat», GRUBER, Bioinformatiionsrecht, S. 136.

<sup>975</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 122; DERS., Bioinformatiionsrecht, S. 137 ff. und 232 ff.; zuvor bereits VESTING, Das Internet und die Notwendigkeit der Transformation des Datenschutzes, in: Ladeur, Innovationsoffene Regulierung, S. 155 ff., 179 ff.

<sup>976</sup> Vgl. die Hinweise und kritische Auseinandersetzung bei GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 119 ff.

<sup>977</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 116.

<sup>978</sup> GRUBER, a. a. O.

<sup>979</sup> BGHZ 196, 101.

<sup>980</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 115.

Mithilfe dieser Neuinterpretation und Neuausrichtung des Urteils will GRUBER die soziale Bedeutung des Internets für die Lebensführung in seiner Gesamtheit aufzeigen. Während das Gericht betont, dass es sich beim Internet nicht um ein Luxusgut handelt, sondern um eine Grundlage der Lebenshaltung,<sup>981</sup> und es dabei einen Vergleich zur Nutzung des Pkw aufstellt,<sup>982</sup> geht GRUBER einen Schritt weiter. Er stellt die Frage, was gegen eine Anerkennung als Lebensgrundlage spricht.<sup>983</sup> Hierin wird ein Verständnis deutlich, dass das Internet als Erfahrungsraum zu begreifen versucht. Sein offenkundiges Ziel ist, die Bedeutung der Informationstechnologien insgesamt hervorzuheben, die einen eigenen Bereich des gesellschaftlichen Lebens abbilden.<sup>984</sup> Folglich lehnt er es ab, den vom Gericht vorgegebenen Kriterien der Kommerzialisierung respektive Nichtkommerzialisierung zu folgen.<sup>985</sup> Stattdessen plädiert er für eine Herleitung über die Bejahung der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und fordert im Ergebnis eine tatsächliche immaterielle Entschädigung.<sup>986</sup> Dies setze ein Verständnis des Internets als elementarer Lebensraum voraus, der bisweilen die «Bedeutung einer körpergleichen Basis der Persönlichkeit annehmen kann».<sup>987</sup> Eine solche Zielsetzung folgt seinem Verständnis des Internets als artifizielle Lebensgrundlage des Menschen in seiner heutigen technisierten Verfassung.<sup>988</sup> Dies führt er weiter aus, indem er betont, dass diese Technologien aus psychosozialen Verbindungen unter Menschen bestehen, die kognitiv und emotional an diese Systeme angeschlossen sind.<sup>989</sup> Deutlich werden somit die vielfältigen Verknüpfungen zwischen Systemen, Beteiligten und Inhalten.

---

<sup>981</sup> BGHZ 196, 101, Rn. 9 und 17.

<sup>982</sup> BGHZ 196, 101, Rn. 17; kritisch dazu GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 119.

<sup>983</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 123.

<sup>984</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 122.

<sup>985</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 121.

<sup>986</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 124.

<sup>987</sup> GRUBER, a. a. O.

<sup>988</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 116; in die Richtung einer Lebensgrundlage ADELEKE/PHOOKO, Towards Realizing the Right of Access to Internet-Based Information in Africa, in: Diallo/Calland, S. 149: «[I]nformation technology is not a luxury but a need for our daily existence. It is not a truism to say information is power and an enabler for the assertion of other rights.»

<sup>989</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 122; die Gesellschaft wird durch Technologie entwickelt, vgl. TENENBERG, Technik und Commons, in: Helfrich – Commons, S. 112 ff. – wobei aus seiner Sicht die Technologien nicht eigenständig handeln.

Neben der Herausarbeitung der zahlreichen Verbindungen innerhalb der Systeme sowie der Bedeutung des Internets im Lebensalltag hebt GRUBER mit seinem Modell die «Unzulänglichkeiten der dogmatischen Herleitung im Bereich des Internets»<sup>990</sup> hervor. Statt aber von «Revolution»<sup>991</sup> oder «Disruption»<sup>992</sup> zu sprechen, zeigt er mögliche Wege des Rechts auf, die über das bestehende Normensystem hinausgehen. Der Ansatz von GRUBER unterscheidet sich somit grundlegend von den vorgenannten Modellen, da er den Fokus auf die technosozialen Verhältnisse richtet und die Bedeutung der Medien herausarbeitet. So unterstreicht er die dem Internet inhärenten Funktionen der «Sozialisierung» und «Personalisierung»,<sup>993</sup> die stärkeren Eingang in das Recht finden sollten. Damit rücken die in nachhaltigen Allmendeinstitutionen zentralen sozial-kommunikativen Funktionen wieder in den Vordergrund. Das daraus resultierende Verständnis digitaler Verhältnisse und Handlungen als Praktiken<sup>994</sup> ergänzt die wirtschaftlich und kulturell geprägten Ausrichtungen um die gesamtgesellschaftliche soziale Bedeutung sowie die Bedeutung des Internets für die Einzelne.

## 2. Das Digital Transmission Right

Eine Zusammenführung sozial-kultureller Verständnisse und umfassender Regulierungsmodelle<sup>995</sup> bilden die Überlegungen von BENNETT LINCOFF.<sup>996</sup> Er fokussiert digitale Inhalte im Bereich der Musik und beobachtet eine «Krise des Musikmarktes»,<sup>997</sup> die mit der Einführung verschiedener DRM-Systeme verstärkt werde.<sup>998</sup>

---

<sup>990</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 121.

<sup>991</sup> Statt vieler MATTEL, Benicomunismo, S. 84; NRC – Coming of Age, S. 1; kritisch dazu BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, S. 14 f.; PRIOR, S. 82; zum Verhältnis von Evolution und Revolution im Recht vgl. BRUNKHORST, Machbarkeitsillusionen, feierliche Erklärungen und Gesänge, in: FS Teubner, S. 447 ff.

<sup>992</sup> MECK/WEIGUNY, S. 21; kritisch zu diesem Begriff GRUBER/SCHLÄPPI, Vorwort, in: Schläppi/Gruber, S. 7.

<sup>993</sup> GRUBER, Digitaler Lebensraum, S. 123.

<sup>994</sup> Vgl. HARTMANN, S. 83.

<sup>995</sup> Siehe etwa AULTMAN, S. 383 ff.; LENARD/WHITE, S. 133 ff.; LINCOFF, S. 1 ff.

<sup>996</sup> LINCOFF, S. 1 ff.

<sup>997</sup> Vgl. dazu die «Krise» in den 2000er Jahren, ausgelöst durch das massenhafte Teilen von Musik, beschrieben bei PASQUINELLI, S. 67.

<sup>998</sup> LINCOFF, S. 3 ff.; kritisch zu diesen Systemen MICHALIK, S. 163.

Wenngleich diese Ausrichtung eine Ablehnung des Urheberrechtssystems mit- samt den damit verbundenen Grundsätzen vermuten lässt, nimmt er sich zunächst der Eigentumsrechte bei musikalischen Aufnahmen an. LINCOFF vertritt die These, dass diese Rechte nur von jenen gehalten werden sollten, die zur Weiterentwicklung des Genres beitragen würden.<sup>999</sup> Massgeblich ist somit, ob die Beteiligten etwas leisten, wobei sich diese Leistung nicht in monetären, sondern in kreativen Beiträgen äussert. Dies lässt Parallelen zum Fall «Metall auf Metall» erkennen, in dem die Richterinnen ebenfalls die Bedeutung der musikalischen Weiterentwicklung betonen.<sup>1000</sup> LINCOFF hebt weiter hervor, dass diese Rechte auch jenen zufallen sollen, die ohne ihr eigenes Wissen einen Teil zur Entwicklung beispielsweise eines Musikstücks beigetragen haben.<sup>1001</sup> Hierin äussert sich sein Verständnis der digitalen Musikproduktion als soziale, kollektive Praxis, wobei dem Ziel der stetigen Entwicklung eine prioritäre Bedeutung zukommt. Beim von ihm so bezeichneten digital transmission right besteht die einzige Pflicht der Rechteinhaberin darin, die anderen Rechteinhaberinnen an den Einnahmen zu beteiligen.<sup>1002</sup>

LINCOFF versucht somit, ein monetär basiertes Austauschverhältnis mit kreativen Bezügen zu implementieren. Fragen bleiben aber auch bei seinem Ansatz offen, etwa zur klaren Abgrenzung einer Gemeinschaft von Beteiligten<sup>1003</sup> sowie zur Umsetzung und Finanzierung des auf «freie Nutzung» bedachten Systems.<sup>1004</sup> Hier überrascht es zudem, dass sein Modell neben dem Urheberrechtsmodell stehen soll.<sup>1005</sup> Im Ergebnis entstünde auf diese Weise ein Mehr an Normierungen, was dem Gefühl der Rechtssicherheit aufseiten der Musikschaaffenden kaum zuträglich wäre. Positiv erscheint jedoch, dass er sich auf eine spezifische Form der digitalen Kultur, die Musik, fokussiert.<sup>1006</sup> Grundsätzlich erhebt LINCOFFS Modell demnach keinen Anspruch auf Allgemeingültigkeit für alle Bereiche,<sup>1007</sup> sondern berücksichtigt die Besonderheiten des jeweiligen Systems. Trotz der vielfältigen Überlegungen scheint das Modell dem Wunschenken des Autors zu entspringen,

---

<sup>999</sup> LINCOFF, S. 28 ff., 30.

<sup>1000</sup> Vgl. Kap. 1 II.2.

<sup>1001</sup> LINCOFF, a. a. O.

<sup>1002</sup> LINCOFF, S. 31.

<sup>1003</sup> Wobei LINCOFF, S. 45 f., diese Problematik erkennt.

<sup>1004</sup> Siehe zu solchen Ansätzen LINCOFF, S. 49 ff.

<sup>1005</sup> LINCOFF, S. 37.

<sup>1006</sup> Was er mit der Andersartigkeit von Musik, im Vergleich mit anderen kulturellen Inhalten begründet, siehe LINCOFF, S. 27.

<sup>1007</sup> Siehe dennoch LINCOFF, S. 2 ff.

der seinen Ansatz als Möglichkeit begreift, Musik «from the largest number and widest array of licensed sources, anytime, anywhere, to anyone with network access»<sup>1008</sup> zugänglich zu machen. Unklar bleibt, wie dies rechtspraktisch und technisch umgesetzt werden soll.

### 3. Zwischenfazit

Neben die ökonomisch und politisch geprägten Modelle treten die vornehmlich theoretischen Modelle mit einer sozialen Dimension. Sie rücken die Beteiligten mitsamt ihren kommunikativ-sozialen Fähigkeiten in den Blickpunkt, wobei auch die Medien eine entsprechende Rolle einnehmen. Darüber hinaus wird durch das Verständnis des Internets als Lebensraum die Bedeutung für die Entwicklung über urheberrechtliche Herausforderungen hinaus unterstrichen. Womöglich ist diese Anerkennung in einem ersten Schritt erforderlich, um ganzheitliche rechtliche Überlegungen vornehmen zu können. So macht es beispielsweise einen bedeutenden Unterschied, ob das Internet als blosses Ermöglichsnetzwerk oder als umgebendes Lebenssystem verstanden wird.

## IV. Resümee

Die verschiedenen Modelle ergänzen sich durch die diverse Schwerpunktsetzung auf ökonomische, politische und soziale Aspekte und bieten grundlegende Perspektiven zur digitalen Allmende. Während die Konzeption des CCC allgemeine Entwicklungen abbildet, eine Konkretisierung jedoch unterbleibt, bietet der Bezug auf digitale Währungsmodelle Potenzial für künftige Entwicklungen in diesem Bereich. Die Theorien der creative contribution, der Kulturwertmark und des Grundeinkommens richten sodann den Blick auf das Erfordernis einer politischen Einigkeit in urheberrechtlichen Fragestellungen. Wie wiederholt deutlich wurde, sind viele Fragen in erster Linie von politischen Gestaltungsentscheidungen abhängig, die den rechtlichen Erwägungen vorausgehen. Der Ansatz eines Grundrechts auf Internet zeigt sodann auf, wie das Recht ausgerichtet werden könnte. Eine verfassungsrechtliche Verankerung hebt hierbei die grundsätzliche Bedeutung des Internets für alle Beteiligten hervor. GRUBER setzt an diesem Punkt an und liefert weitere Argumente für die Anerkennung des Internets als Lebensraum, wobei die technologischen Gegebenheiten eine wichtige Rolle einnehmen. Dies wird ebenfalls in den theoretischen Überlegungen zum access to internet as a hu-

---

<sup>1008</sup> LINCOFF, S. 41.

man right berücksichtigt. Der Ansatz von LINCOFF versucht durch seine Rückbindung an das Urheberrecht, abstrakte Punkte der anderen Modelle wieder einzufangen, wobei bei ihm die Beteiligten und ihre kulturellen Praktiken im Mittelpunkt stehen. Die Stärke des Modells liegt ferner darin, dass es auf den Bereich der Musik eingegrenzt ist und somit notwendige Differenzierungen vornimmt.



---

## Teil 4: Die digitale Allmende

Die bestehenden Modelle, welche sich durch die jeweilige Schwerpunktsetzung auf ökonomische, politische und soziale Faktoren ergänzen, zeigen in einem ersten Schritt auf, wie digitale Inhalte im kulturellen Bereich organisiert werden können. Darauf aufbauend ist in einem zweiten Schritt nun eine Konzeption notwendig, innerhalb derer die vorstehenden Diskursstränge zusammengeführt und verknüpft werden. Diese Prämisse dient als Basis, um die digitale Allmende zur Gewährleistung eines nachhaltigen Umgangs mit digitaler Kultur zu konkretisieren.

### Kapitel 7: Die Übertragung auf das digitale Zeitalter

Es stellt sich sogleich die Frage, ob traditionelle Allmendestrukturen und Abläufe für den digitalen Raum fruchtbar gemacht werden können.<sup>1009</sup> Inwieweit lassen sich die Regelungen, Sozialgefüge, Pflichten und Sanktionsmechanismen, die aus traditionellen Allmenden bekannt sind, auf das digitale Zeitalter übertragen?<sup>1010</sup> Kann «mit Modellen von gestern gegen die Misere von morgen»<sup>1011</sup> vorgegangen werden, um eine Allmende im «digitalen Gewand»<sup>1012</sup> zu erarbeiten? Dabei wird mehr beabsichtigt als traditionellen Allmenden «ähnelnde» Konzepte<sup>1013</sup> oder die bloße «metaphorische Inanspruchnahme»<sup>1014</sup> der Allmendekonzeption.<sup>1015</sup> Viel-

---

<sup>1009</sup> Vgl. zu einem solchen Ansatz MATTEI, *Benicomunismo*, S. 29; DERS., *Manifesto*, XIV; kritisch indes HOLDER/FLESSAS, S. 303 f.; SPINNER, *Wissenspartizipation und Wissenschaftskommunikation in drei Wissensräumen: Entwurf einer integrierten Theorie*, in: Sieglerschmidt/Ohly, S. 58.

<sup>1010</sup> So der Ansatz bei HESS/OSTROM, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in: Hess/Ostrom, S. 4 ff.

<sup>1011</sup> SCHLÄPPI, *Einleitung*, in: Schläppi/Gruber, S. 27.

<sup>1012</sup> Vgl. die Beschreibung bei MATTEI, *Eine kurze Phänomenologie der Commons*, in: Helfrich – Commons, S. 77 f.

<sup>1013</sup> So etwa FROSIO, *Gift*, S. 1983 ff.; COCCOLI, *Al cuore del possibile: comune e immaginazione istituzionale nella letteratura utopistica*, in: Quarta/Spañò, S. 23 ff.

<sup>1014</sup> Kritisch zur metaphorischen Verwendung von landwirtschaftlichen Begrifflichkeiten, insb. im Urheberrecht, LOUGHLAN, S. 223 f.

<sup>1015</sup> SIEHR, S. 409.

mehr geht es um ein Verständnis, das die digitale Allmende selbst als «produktiven Körper»<sup>1016</sup> auffasst.

## I. Räume

Im Eingangsteil dieser Arbeit wurde die These aufgestellt, dass variantenreiche digitale Räume entstehen, wobei neue Technologien diese Entwicklung vorantreiben, was wiederum neue Kulturformen hervorbringt. Während der Variantenreichtum digitaler Kulturformen nachvollzogen werden konnte, ausgehend vom Musiksampling über das Phänomen der Fanfiction bis zu Formen der (Selbst-)Regulierung im Kontext der CC-Lizenzen, bleiben das Bestehen sowie die Eigenschaften digitaler Räume ungeklärt.

Im Bestreben, sich der Konzeption der digitalen Allmende anzunähern, ist somit ein einheitliches Raumverständnis notwendig,<sup>1017</sup> das die vertiefte rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem «Raum» als abgrenzbares Forschungsobjekt ermöglicht. Darüber hinaus verweist das Raumverständnis auf die historischen Grundlagen der traditionellen Allmende,<sup>1018</sup> die sich einerseits durch die klare Grenzziehung, andererseits durch die entscheidende Rolle der sozialen Verhältnisse auszeichnet. Vorliegend treffen demnach ein alltagsweltliches sowie ein relationales Raumverständnis aufeinander und bleiben nebeneinander bestehen. Entsprechend wurde in der Einleitung die Frage aufgeworfen, welche Merkmale diesen digital-kulturellen Raum auszeichnen und für wen er zugänglich ist.<sup>1019</sup>

Vor diesem Hintergrund wurde der Ansatz des Internets als Lebensraum von GRUBER aufgegriffen.<sup>1020</sup> Eine solche Beschreibung ermöglicht es, den Raum als Ort sozialer und kultureller Praktiken wahrzunehmen und anschliessend rechtlich anzuerkennen. Die folgenden Überlegungen nehmen ihren Ausgangspunkt dennoch zunächst in einem alltagsweltlichen Verständnis von Räumlichkeit.<sup>1021</sup> Dabei wird der Raum zum einen als abgeschlossene Einheit, zum anderen als Teil eines Gan-

---

<sup>1016</sup> Siehe diese Kapitelüberschrift bei HARDT/NEGRI, S. 37.

<sup>1017</sup> Umfassend dazu SCHMIDT, *Virtuell lokaler Raum*, insb. S. 89 ff.

<sup>1018</sup> Siehe Kap. 2 I.

<sup>1019</sup> Siehe Kap. 1 II.1.

<sup>1020</sup> Vgl. Kap. 6 III.1.

<sup>1021</sup> Dazu AHRENS, S. 8 f.; zur Schwierigkeit der ontologischen Bestimmung von Raum ABEDINPOUR, S. 218; siehe zur Schwierigkeit, ein räumliches Verständnis ganz aussen vor zu lassen, SCHÖRGENHUMER, S. 11.

zen verstanden.<sup>1022</sup> Am Beispiel der Musikproduktion nimmt die Arbeit an einem neuen Werk einerseits die abgeschlossene Einheit um die Inhalte und die an der Produktion Beteiligten sowie die so generierten digitalen Versionen ein. Andererseits rückt das Werk weiter in die Gesamtheit der digitalen Kulturproduktion und von deren Werken vor.

In einem zweiten methodischen Schritt dieser Arbeit ist ein Verständnis des Raums als Kontext der Interaktion auszuarbeiten –<sup>1023</sup> relational zwischen den Beteiligten untereinander sowie den Beteiligten und der digitalen Kultur.

## 1. Raumbegriffe

Folglich ist zu untersuchen, wie der Raum als Teilaspekt der digitalen Allmende verstanden und erweitert werden kann. Zu diesem Zweck werden Raumbegriffe aus den Nachbarwissenschaften aufgegriffen und für die weitere Verwendung im Recht handhabbar gemacht. Diese fachübergreifende Suche ist erforderlich, da in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft nur vereinzelt theoretische Auseinandersetzungen mit Raumbegriffen existieren.<sup>1024</sup> Gleichzeitig steht fest, dass die Diskussionen um Räume eine interdisziplinäre Dimension betreffen und fachübergreifend bearbeitet werden müssen,<sup>1025</sup> zumal zahlreiche normative Fragen ungeklärt sind.<sup>1026</sup>

Die Grundlage der Auseinandersetzung mit Raumkonzepten bildet der sog. Spatial Turn,<sup>1027</sup> für den die Arbeiten von MICHEL FOUCAULT mit ihrem Fokus auf soziale

---

<sup>1022</sup> Ausgehend von ARISTOTELES, IV. 4. 212 a6-6a; vgl. ABEDINPOUR, S. 219 f.; GÜNZEL, S. 20 f.; umfassend SCHROER, S. 30 ff.

<sup>1023</sup> Vgl. dazu MÜLLER, Raum.

<sup>1024</sup> DREIER/WITTECK, S. 339 ff.; als lesenswerte Ausnahmen siehe PEUKER, S. 219 ff.; PIRAS, S. 38 ff.; SIEHR, S. 72; WINKLER, passim; in der englischsprachigen Rechtswissenschaft BUTLER/MUSSAWIR, passim; PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Spatial Justice, passim; zu den Theorien von PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS in diesem Kontext POON/HAUX, S. 1 ff.; siehe MACMILLAN, S. 40 ff.

<sup>1025</sup> Umfassend dazu GÜNZEL, Lexikon.

<sup>1026</sup> Vgl. umfassend GÜNZEL, Raumwissenschaften; überblicksartig ABEDINPOUR, S. 218 ff.; siehe die weiterführenden Hinweise bei SCHÖRGENHUMER, S. 15.

<sup>1027</sup> Ausgehend von FOUCAULT, Räume, S. 931 ff., zitiert nach SCHROER, Spatial Turn, in: Günzel, Lexikon, S. 380 f.; zum Folgenden aus rechtswissenschaftlicher Perspektive HAUX, S. 39 ff.; SIEHR, S. 37 ff., insb. 657 ff.

Faktoren massgeblich sind.<sup>1028</sup> So verweist FOUCAULT auf eine zu beobachtende «Epoche des Raumes»<sup>1029</sup>.<sup>1030</sup> Er begründet dies damit, dass sich der Fokus zunehmend auf Beziehungen und Verflechtungen verlagere, die jedoch erst begriffen werden müssen.<sup>1031</sup> Auf diese Weise wird mit der interdisziplinär-nachbarwissenschaftlichen Quellenarbeit von Beginn an deutlich, wie das Konzept des Raums weit über das alltägliche Verständnis hinausreicht und Untersuchungen der zugrunde liegenden Verhältnisse ermöglicht.

Die räumlichen Dimensionen, verstanden als noch zu begreifende Beziehungen und Verflechtungen, können sodann auf vier verschiedenen Ebenen bearbeitet werden.<sup>1032</sup> Die erste Ebene umfasst die materiell-physischen Komponenten, wodurch das Substrat beschrieben wird, mit dem die Beteiligten in Interaktion treten können.<sup>1033</sup> Hierbei werden in erster Linie die Relationen innerhalb der spezifischen «Lebensräume» analysiert. In digitalen Räumen lassen sich Links, Passwortschutz oder Kommentarfunktionen erfassen, die bestimmte Verhaltensweisen erst ermöglichen – auch im Umgang mit digitaler Kulturproduktion und deren Genuss.<sup>1034</sup> Der Raum ist diesbezüglich nicht als geschlossener «Container»<sup>1035</sup> aufzufassen, sondern bezieht sich in erster Linie auf die gesellschaftlichen Interaktionen und Relationen.<sup>1036</sup> Daneben tritt eine Beobachtung der gesellschaftlichen Interaktions- und Handlungsstrukturen, wodurch die Praxis der Beteiligten beschrieben wird, welche für die Produktion, die Nutzung sowie im Ergebnis für die Aneignung des Substrats zuständig sind. Geprägt sind diese Vorgänge von Traditionen und Identitäten.<sup>1037</sup> Im digitalen Kontext lässt sich die Verwendung von «@» oder «#» als Beispiel benennen, wodurch Adressatinnen angesprochen und Inhalte organisiert werden.<sup>1038</sup> Diese beiden Ebenen machen die Bedeutung der jeweiligen Praktiken für die Konstitution des Raumes deutlich, die eigenen Idealen

---

<sup>1028</sup> So LÖW, S. 11; QUADFLIEG, Philosophie, in: Günzel, Raumwissenschaften, S. 274.

<sup>1029</sup> FOUCAULT, Andere Räume, S. 34.

<sup>1030</sup> Vgl. dazu SCHROER, S. 274.

<sup>1031</sup> QUADFLIEG, Philosophie, in: Günzel, Raumwissenschaften, S. 274 f.

<sup>1032</sup> Vgl. den Hinweis bei LÖW, S. 11; zum Folgenden indes MÜLLER, Vier Dimensionen.

<sup>1033</sup> Vgl. LÄPPEL, S. 168 sowie 194 ff.

<sup>1034</sup> Diese Beispiele bei MÜLLER, Vier Dimensionen.

<sup>1035</sup> EINSTEIN, S. XIII.

<sup>1036</sup> LÄPPEL, S. 195; vgl. ebenfalls SCHROER, Relevanz des Raums, S. 138.

<sup>1037</sup> LÄPPEL, S. 196.

<sup>1038</sup> Vgl. MÜLLER, Vier Dimensionen.

und Vorgaben folgen. Ergänzt werden die ersten beiden räumlichen Ebenen mit einem institutionalisierten und normativen Regulationssystem, das Bindungen zwischen dem Substrat und der Praxis schafft und verfestigt. Diese Bindungen können ästhetischen, rechtlichen oder sozialen Vorgaben unterliegen.<sup>1039</sup> Wie zuvor angedeutet, ist zwischen expliziten und impliziten Regelungsstrukturen zu unterscheiden. Während erstere beispielsweise ein Gesetz beschreiben, handelt es sich bei letzteren um selbst gesetzte Formen des Miteinanders.<sup>1040</sup> In der vierten Dimension findet das Zeichen-, Symbol- und Repräsentationssystem Berücksichtigung, das festlegt, welche Codes die Beteiligten sowie die Prozesse identifizierbar machen. Das Ziel ist, eine normative Struktur vorzugeben, um kulturelle Praktiken zu ermöglichen und zu flankieren.<sup>1041</sup>

Diese vier Dimensionen zeigen die Komplexität der gesellschaftlichen Vorgänge und Produktion auf, die zum Entstehen des Raumes beitragen.<sup>1042</sup> Deutlich wird damit auch, dass nicht darauf abgezielt werden sollte, eine einheitliche rechtswissenschaftliche Raumtheorie zu entwickeln, sondern darauf, die Abhängigkeiten zwischen den Elementen des Raumes nachzuvollziehen. Das physikalisch<sup>1043</sup> basierte Alltagsverständnis rückt somit weiter in den Hintergrund und ermöglicht es, die gelebten Erfahrungen in das Zentrum der Aufmerksamkeit zu stellen. Entsprechend wird dafür plädiert, Raumbegriffe zu verwenden, welche die jeweiligen Problemstellungen berücksichtigen.<sup>1044</sup> Der Raum und die Beziehungen sind demnach positional zu verstehen, wobei der Raum als Ding oder Etwas kaum fassbar ist.<sup>1045</sup>

Überträgt man dieses Raumverständnis auf das Modell der digitalen Allmende, sind die Räume folglich das, was sich zwischen den Beteiligten, den Inhalten und Zuweisungen aufzut.<sup>1046</sup> Die digitale Allmende koppelt diese «relationelle [...] Im-

---

<sup>1039</sup> LÄPPLE, S. 196 f.

<sup>1040</sup> Zu diesen Beispielen wiederum MÜLLER, Vier Dimensionen.

<sup>1041</sup> Vgl. LÄPPLE, S. 197.

<sup>1042</sup> LÄPPLE, a. a. O.

<sup>1043</sup> Dazu SCHMIDT, Physik, in: Günzel, Raumwissenschaften, S. 290 ff.

<sup>1044</sup> LÄPPLE, S. 164; siehe aus rechtswissenschaftlicher Sicht DREIER/WITTECK, Rechtswissenschaft, in: Günzel, Raumwissenschaften, S. 338 ff.

<sup>1045</sup> LÄPPLE, S. 163 f.

<sup>1046</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden BRUNCEVIC, S. 129 ff.

manenz»<sup>1047</sup> und ermöglicht einen grenzüberschreitenden Austausch.<sup>1048</sup> Unterscheidungen, etwa zwischen den verschiedenen Inhalten, sind anhand der kulturellen Relevanz möglich oder können themen- und medienspezifisch erfolgen.<sup>1049</sup> Daneben kann die Unterscheidung zwischen «öffentlich» und «privat» nicht länger aufrechterhalten werden.<sup>1050</sup> Dies stellt die Bedeutung privater Rückzugsorte,<sup>1051</sup> im Sinne rechtlich geschützter Oasen,<sup>1052</sup> gleichzeitig aber nicht infrage. Als Massstab dienen hierfür vielmehr unterschiedliche Institutionalisierungsgrade, um den Eingriff rechtlich erfassen zu können.<sup>1053</sup> Als Beispiel für eine solche graduelle Institutionalisierung können in der digitalen Kulturproduktion Plattformen dienen, die von initialen Postings der Werke über Interaktionen, wie Kommentierungen, schliesslich zu weiteren Verwendungsformen – in davon abzugrenzenden Räumen – führen können.

## 2. Einerseits: Verschwimmen der Grenzen

Vorangetrieben durch neue Technologien treffen die beschriebenen digitalen und analogen Räume zunehmend aufeinander, wobei die Grenzen verschwimmen.<sup>1054</sup> An einem Museumsbesuch im 21. Jahrhundert lässt sich dies veranschaulichen.<sup>1055</sup> Verstanden als einzigartiger Ort, vereint das Museum kulturelle Werte, rechtliche Ansprüche und Beziehungsverhältnisse, die durch digitalisierte Praktiken einem starken Wandel unterliegen.<sup>1056</sup> Wenngleich ein Museum zunächst analog betreten wird, fordern die Kuratorinnen ihre Besucherinnen zusehends dazu auf, Fotos zu machen, zu bearbeiten und auf sozialen Netzwerken zu teilen. Ein Gemälde wird

---

<sup>1047</sup> BRUNCEVIC, S. 129–130 [Übers. d. Verf.].

<sup>1048</sup> Vgl. hierzu DEIN, S. 91, Fn. 264 m. w. N.

<sup>1049</sup> Dazu DEIN, S. 92 f.

<sup>1050</sup> LADEUR, Fragmentierung, S. 553, zitiert nach DEIN, S. 94.

<sup>1051</sup> Insbesondere seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchungen.

<sup>1052</sup> KLUGE, passim.

<sup>1053</sup> So DEIN, S. 95 ff. m. w. N.

<sup>1054</sup> Vgl. zum Auflösen der Grenzen digital/analog SCHROER, S. 252 ff.; abwägend dazu AHRENS, S. 172 ff.; kritisch dazu, mit Hinweis auf die geografisch lokalisierbare Internet-Infrastruktur, SCHMIDT, Virtueller lokaler Raum, S. 24 ff.

<sup>1055</sup> TADEUSIEWICZ, S. 34; vgl. GRAF, passim.

<sup>1056</sup> Zu Zugangsfragen aus Sicht der Museen siehe NIEDERALT, S. 47 ff.

dadurch aus dem bestehenden Kontext gelöst, im digitalen Raum jedoch weiterverwendet und neu interpretiert. Zur Gewährleistung des Rückbezugs und der einheitlichen Auffindbarkeit steht ein Hashtag zur Verfügung,<sup>1057</sup> sodass die Verbindungen nicht verloren gehen.<sup>1058</sup> Gleichzeitig achten die Museen auf eine einheitliche Qualität der Reproduktionen. So lassen verschiedene Institutionen Ölgemälde in aufwendigen Produktionen fotografieren und stellen sie in hochauflösender Qualität zur Verfügung.<sup>1059</sup> Die Besucherinnen sollen mitunter dazu animiert werden, diese Bilder für sog. Photoshopbattles zu nutzen – Wettbewerbe um die kreativste Bearbeitung.<sup>1060</sup> Einen Schritt weiter geht das Google-Arts-Projekt.<sup>1061</sup> Bild- und Videomaterial ermöglicht es den Besucherinnen, Museen am heimischen PC zu besichtigen. Beide Projekte und Entwicklungen spielen auf diese Weise mit den Grenzen zwischen «materiell» und «immateriell», wodurch feststehende Verständnisse hinterfragt werden.<sup>1062</sup>

Das Recht tut sich indes schwer, diese Entwicklungen nachzuzeichnen und anzuerkennen. Während die verschiedenen Praktiken täglich gelebt werden, angeregt und bestärkt durch die Gedächtnisinstitutionen, untersagen zum gleichen Zeitpunkt staatliche Gerichte das Fotografieren und Hochladen auf Websites wie Wikipedia aufgrund des urheberrechtlichen Schutzes.<sup>1063</sup> Befürchtet werden ein Kontrollverlust sowie die Trennung der Verbindung zum Originalwerk, mitsamt dem jeweiligen Kontext. Während demnach de facto eine an das physische Werk rückgebundene Dematerialisierung zu beobachten ist, versucht das Recht, diese Entwicklung in bestimmten Bereichen zu unterbinden – bisher noch erfolgreich. Da-

---

<sup>1057</sup> Siehe dazu insb. BERNARD, *passim*.

<sup>1058</sup> Vgl. zu diesem Aspekt Kap. 7 I. Mit Bezug auf das digitale Musiksampling ist indes fraglich, inwiefern dies eine oft gewollte Kontextverschiebung unterbindet oder damit in einem Spannungsverhältnis steht, vgl. Kap. 1 I.1. Im Ergebnis ist diese Frage mit jener nach dem Verhältnis zwischen dem musikalischen Zitat und dem Sample vergleichbar. Siehe dazu EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, Rz. 71 ff.; ausführlich zum Musikzitat BERNSTEINER, *passim*; PÖTZLBERGER, S. 152.

<sup>1059</sup> Siehe z. B. [perma.cc/V6BG-JFKN](https://perma.cc/V6BG-JFKN); zur Kritik, dass Museen zuvor den Zugang eher erschwerten als ermöglichten, SULLIVAN, S. 607 f.

<sup>1060</sup> Zu Remix-Wettbewerben im Bereich der Musik FISCHER, Nur mir, S. 51; PÖTZLBERGER, S. 299.

<sup>1061</sup> [Perma.cc/GM9V-4625](https://perma.cc/GM9V-4625).

<sup>1062</sup> Vgl. BRUNCEVIC, S. 62.

<sup>1063</sup> BGH, Urt. v. 20.12.2018 – I ZR 104/17 – Museumsfotos, NJW 2019, 757; siehe dazu überblicksartig und rechtsvergleichend GRAF; ebenfalls WALLACE/EULER, *passim*.

bei hält es sich am Objekt fest, das von Mauern umgeben, fassbar im Raum hängt, jedoch durch die Entscheidungen vom digitalen Kontext abgeschnitten wird.

In Zeiten, in denen die private Lebensgestaltung von Technik<sup>1064</sup> und Medien abhängig ist,<sup>1065</sup> bleibt fraglich, wie lange diese Haltung des Rechts Bestand haben wird. Im Grunde ist zu betonen, dass es rechtswissenschaftlicher Konzepte bedarf, um diese Entwicklung zum «Technotop»<sup>1066</sup> zu begleiten. Die Herausforderung, sich einen dafür erforderlichen Überblick über neue digitale Praktiken zu verschaffen, wird durch nicht humane «smarte» Beteiligte erschwert. In der digitalen Kulturproduktion nehmen, wie gezeigt, etwa Bots eine aktive Rolle ein und hinterfragen so die vorherrschende anthropozentrische Sicht des Rechts.<sup>1067</sup> Es zeichnet sich ab, dass die menschlichen Beteiligten aus dem Zentrum rücken.<sup>1068</sup> Aus urheberrechtlicher Perspektive löst sich auf diese Weise die Frage nach Original oder Kopie<sup>1069</sup> sowie der Urheberinnenschaft auf – und erscheint im klassischen Sinne kaum beantwortbar.<sup>1070</sup>

In diese Lücke des Urheberrechts versuchen Überlegungen zur digitalen Allmende vorzustossen. Der Raum zwischen den Beteiligten und der Kultur soll ausgefüllt werden, um die neuen Beziehungen zu stabilisieren.<sup>1071</sup> Indem neue Zusammenhänge<sup>1072</sup> und Freiheiten abgebildet werden, sollen für das Immaterialgüterrecht Alternativen entstehen, die gemeinsame Nutzungslogiken verfolgen.<sup>1073</sup>

---

<sup>1064</sup> HENNEMANN schreibt, «dass technische Schutzmassnahmen das Recht ablösen und somit Technik das neue (faktische) Recht darstellt». Ihm zufolge verkommt effektiver Urheberrechtsschutz mithin zu einem reinen Technikwettkampf; bezugnehmend auf LESSIG, Code; differenziert zum Credo des Code as Law CHUN, S. 26 ff.

<sup>1065</sup> GRUBER, Bioinformationsrecht, S. 59; siehe KLUGE, S. 1.

<sup>1066</sup> Zum Begriff ROPOHL, S. 15, S. 34.

<sup>1067</sup> BRUNCEVIC, S. 133; vgl. KARAVAS, S. 104–105.

<sup>1068</sup> PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Spatial Justice, S. 40; vgl. PEUKERT, Kritik, S. 154 ff.; vgl. in diesem Kontext das Projekt perma.cc/MG7A-PNMD von Noah Rubin und Damien Riehl. Sie lassen per Software Melodien generieren und stellen diese der Allgemeinheit gemeinfrei zur Verfügung. Dazu RACK, passim.

<sup>1069</sup> Vgl. zu diesem Aspekt FISCHER, Sampling, S. 23 ff.; wobei RIGAMONTI, S. 93, betont, dass «die Leitdifferenz im Urheberrecht» nicht zwischen Original und Kopie, sondern vielmehr zwischen «Werk und Werkexemplar» ist. [Hervorh. i. Orig.]

<sup>1070</sup> Dazu BRUNCEVIC, S. 67 ff.; zu weiteren Konsequenzen für das Urheberrecht ABEDINPOUR, S. 228 ff.

<sup>1071</sup> Vgl. BRUNCEVIC, S. 129.

<sup>1072</sup> Vgl. anhand des Beispiels des Sounds BRØVIG-HANSEN/DANIELSEN, S. 22 ff.

<sup>1073</sup> Vgl. dazu KÖNIG, S. 27.

### 3. Andererseits: Fragmentierung

Entsprechend lässt sich eine Entwicklung nachvollziehen, die vom technologischen Wandel geprägt und vom abwartenden, verharrenden Recht in die Schranken gewiesen wird. Gleichzeitig wollen die an der Technologieentwicklung Beteiligten selbst den freiheitlich geprägten kulturellen Praktiken mithilfe einer Fragmentierung des Netzes Einhalt gebieten.<sup>1074</sup> Die drastische Metapher vom «Territorialkampf»<sup>1075</sup> verdeutlicht, wie zentral für die Beteiligten die Interessen sind, die für sie auf dem Spiel stehen. Insbesondere grosse Technologieunternehmen errichten Hürden, um in die Prozesse kontrollierend und regulierend einzugreifen – und kommen so dem Recht zuvor. Auf diese Weise entsteht ein Bild, das Geschlossenheit vermittelt und lebendige «Ökosysteme» der digitalen Kultur zu unterbinden versucht.<sup>1076</sup> Diese Entwicklung, die unter dem Stichwort des Splinternets<sup>1077</sup> diskutiert wird, beschreibt mithin eine voranschreitende Aufspaltung, die von politischen und nationalen Interessen sowie technologischen Möglichkeiten verstärkt wird. Obschon sich diese Tendenz in den letzten Jahren intensiviert hat, ist sie nur der Höhepunkt einer jahrelangen Entwicklungskette. Den Anfang bildeten Filter in Chat-Foren oder spezialisierte Algorithmen in Suchmaschinen,<sup>1078</sup> welche die Kontrollmöglichkeiten von Kommunikation aufzeigten und den weiteren Weg massgeblich prägten.

Diese Aufteilung wurde sodann vorangetrieben, um Konsuminteressen zu bestärken<sup>1079</sup> und zwischen einem «Premium-Internet» sowie einem «Rest-Internet»<sup>1080</sup> unterscheiden zu können.<sup>1081</sup> Berücksichtigt man diese bisherige Entwicklung, um die weiteren Schritte vorherzusehen, scheint eine Evolution von einem «Netz der Netze» hin zu einem «Netz der Netze der Netze» absehbar,<sup>1082</sup> das sich aus immer kleineren Einheiten zusammensetzt. In dieses Zukunftsbild fügen sich

<sup>1074</sup> Vgl. zum Begriff der «Fragmentierung der Öffentlichkeit» LADEUR, Fragmentierung, S. 536; zu Entgrenzung und gleichzeitiger Grenzziehung SCHROER, S. 252 ff., 264 ff.

<sup>1075</sup> Vgl. BRÜHL.

<sup>1076</sup> BRÜHL.

<sup>1077</sup> Umfassend dazu MALCOLMSON, S. 139 ff.

<sup>1078</sup> Vgl. einleitend KARAVAS, S. 13 ff.; zu Chaträumen und Foren als abstrakten Räumen SCHÖRGENHUMER, S. 13 ff.; ebenfalls PIRAS, S. 40 ff.

<sup>1079</sup> KARAVAS, S. 102 f.

<sup>1080</sup> PEUKERT, S. 88; dazu ebenfalls AMINI, S. 130.

<sup>1081</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang den Begriff der Netzneutralität bei WU, passim.

<sup>1082</sup> Vgl. BARRERA/CHUAT/PERRIG et al.

Entscheidungen der involvierten Unternehmen, die bereits einen Fokus auf kleinere Gruppengrößen ankündigen.<sup>1083</sup> Somit ist davon auszugehen, dass sich virtuelle Räume als Untergruppen von «Onlineumgebungen»<sup>1084</sup> herausbilden, wobei das Betreten einzelner Bereiche an bestimmte Bedingungen geknüpft wird.<sup>1085</sup> Damit gehen möglicherweise Diskriminierungen und umfangreichere Überwachung einher.<sup>1086</sup> Zudem ist mit staatlichen Grenzen im Digitalen zu rechnen.<sup>1087</sup> Viele Rechtsbereiche werden folglich angesprochen und herausgefordert.

Ergänzend zu diesen Entwicklungen ergeben sich vielfältige Potenziale in einer historisch rückgebundenen digitalen Allmende: einerseits, indem die Ansätze die klaren Grenzen dieser Institutionen berücksichtigen, andererseits durch verschiedene Formen der Selbstorganisation, mitsamt der Sicherstellung von Nutzungsmöglichkeiten und Pflichten. Ein massgebliches Beispiel ist das Projekt social linked (solid) am Massachusetts Institute of Technology (MIT).<sup>1088</sup> Die beteiligten Wissenschaftlerinnen arbeiten mithilfe ihres wissenschaftlichen Ansatzes an der Zukunft des Internets, um Alternativen zum bestehenden Netzwerk zu entwickeln. Zentral ist die Idee, das Internet in sog. digitale Pods aufzuteilen, um innerhalb dieser Bereiche Daten zu differenzieren und zu speichern. Im Gegensatz zu den Visionen der Technologieunternehmen behalten die Beteiligten die Kontrolle über ihre Daten und können deshalb eigene Entscheidungen treffen. Gleichzeitig ermöglicht es diese Struktur, dass Rechte einfach vergeben und Anschlüsse schnell geschaffen werden können. Für die digitale Allmende dient des Weiteren der Bezug des Projekts auf Wikipedia<sup>1089</sup> als Anknüpfungspunkt. So betonen die Projektmitarbeitenden von solid, dass bei Wikipedia eine Kontrolle darüber erforderlich ist, wer was schreiben darf. Hiermit greifen sie die Kritikpunkte zu den Abläufen, Zuständigkeiten und Pflichten innerhalb der Website auf<sup>1090</sup> und versuchen, daran anknüpfende Ansätze für eine organisierte, kollektive Produktion von digitaler Kultur in Form von Texten zu erarbeiten.

---

<sup>1083</sup> Vgl. ZUCKERBERG; KOLODNY.

<sup>1084</sup> DEIN, S. 31 ff.

<sup>1085</sup> DEIN, S. 93, Fn. 271.

<sup>1086</sup> Vgl. dazu beispielhaft FISCHER-LESCANO, S. 965 ff.

<sup>1087</sup> Vgl. KOLODNY.

<sup>1088</sup> Vgl. [perma.cc/9LC7-TFWC](https://perma.cc/9LC7-TFWC) auch zum Folgenden.

<sup>1089</sup> [Perma.cc/WUS6-DGRV](https://perma.cc/WUS6-DGRV).

<sup>1090</sup> Vgl. Kap. 3 I.

Wird diese wissenschaftliche Vision mit jener der beteiligten Unternehmen verglichen, eint beide, dass sie mit einer Aufteilung in einzelne kleine Einheiten rechnen und mithin an Lösungen hinsichtlich des Zugangs und der Verteilung arbeiten. Doch während im letztgenannten Modell der individuellen Beteiligten als Ideal eine selbstbestimmte Rolle zukommt, droht in der zuerst beschriebenen Entwicklung das Gegenteil. Diesbezüglich stellt sich die Frage, wie den damit einhergehenden Risiken rechtlich entgegengewirkt werden kann, wenn es sich meist nicht um staatliche Eingriffe handelt.<sup>1091</sup> Zentral erscheint eine Untersuchung der Rolle von Online-Intermediären<sup>1092</sup> und ihren internetspezifischen Rechtsregimes.<sup>1093</sup> Diese in erster Linie privatrechtlich organisierten Gatekeeper kontrollieren den Zugang zu digitalen Räumen<sup>1094</sup> und nehmen so eine zentrale Stellung ein. Obgleich das Recht sich schwertut, in diese Verhältnisse einzudringen, um eine weitere Aufteilung zu unterbinden – oder um die Entwicklung zumindest gestaltend zu begleiten –, ist über eine Ausweitung des Verständnisses der Drittwirkung der Grundrechte zu diskutieren.<sup>1095</sup> Dies könnte die Rolle des Individuums stärken, rechtsstaatliche Standards gewährleisten<sup>1096</sup> und die Unternehmen ergänzend zu einer bestehenden Selbstregulierung stärker in die Pflicht nehmen.

Diese Möglichkeit ist zwar nur ein denkbarer Weg, um die weitere Aufteilung des digitalen Raums regulatorisch zu begleiten, macht aber die entscheidende Rolle von Grundrechten beim Zugang zu und bei der Teilhabe an digitalen Kulturpraktiken deutlich. So wie im Fall «Metall auf Metall» die von der Kunstfreiheit geprägte Betrachtungsweise eine Berücksichtigung digitaler Praktiken ermöglicht,<sup>1097</sup> könnte die Anpassung der Grundrechte an die digitalen Gegebenheiten als Sicherungsgarantie dienen. Dennoch bleibt unklar, wie dies rechtlich und technisch umgesetzt werden kann. Zentral sind diese Überlegungen im Rahmen der Diskussion um sog. Filterblasen,<sup>1098</sup> verstanden als die Isolation von Informationen gegenüber den Beteiligten. Entscheidend ist hier, wie sich der Staat positio-

---

<sup>1091</sup> Vgl. KARAVAS, S. 34.

<sup>1092</sup> Zu ihrer Funktion KARAVAS, S. 103 ff.; siehe WIELSCH, Intermediäre, S. 665 ff.

<sup>1093</sup> KARAVAS, S. 102 ff.

<sup>1094</sup> Vgl. insb. KARAVAS, S. 121 f.

<sup>1095</sup> KARAVAS, S. 35, 50 ff.

<sup>1096</sup> KARAVAS, S. 134 f.

<sup>1097</sup> Siehe Kap. 1 I.2.

<sup>1098</sup> PARISER, *passim*; siehe den Begriff der Echo Chambers bei SUNSTEIN, *passim*; kritisch zu diesen Konzepten RAU/STIER, S. 399 ff.; LG Mannheim, Urt. v. 27.11.2019 – 14 O 181/19; OLG Karlsruhe, Urt. v. 27.05.2020 – 6 U 36/20 – AfP 2020, S. 347 ff.

niert und welche Rolle er einnimmt. Während weitgehend neutrale Verhältnisse wie zwischen Staat und traditionellen Allmendeinstitutionen zu kurz greifen, gehen staatlich normierte «Netzsperrern»<sup>1099</sup> zu weit. Sofern das Netz tatsächlich unterteilt wird, könnten aktive und technologisch versierte staatliche Stellen Rahmenbedingungen gewährleisten, die den Fortschritt nicht unterbinden, jedoch eine Rückbindung an verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Garantien sicherstellen. So muss beispielsweise in den jeweiligen Räumen auf die Gleichbehandlung der Beteiligten geachtet werden, die technisch implementiert wird und in Streitfällen vor staatlichen Gerichten durchgesetzt werden kann. Im gleichen Schritt ist darauf zu achten, dass die – zum Beispiel mit Pods – einhergehenden Vorteile für die Einzelne nicht von einer überbordenden Verwaltung zunichtegemacht werden.

#### 4. Zwischenfazit

Im voranstehenden Absatz wurde versucht, die «Raumqualität des Virtuellen»<sup>1100</sup> herauszuarbeiten. Dabei galt es, den Blick weg von den Daten<sup>1101</sup> hin zu den Beziehungen und Verhältnissen zu lenken.<sup>1102</sup> Die Relationen, die im Kontext der digitalen Kulturproduktion massgeblich sind,<sup>1103</sup> nehmen auch bei der Entstehung und Weiterentwicklung des digitalen Raums eine zentrale Rolle ein. Daraus resultiert ein Verständnis des Raumes als «erlebt» und «gelebt», wobei das Erleben explizit auch das Aneignen, Beiwohnen, Interagieren und Gestalten miteinbezieht.<sup>1104</sup> Diese Beschreibungen können nicht isoliert und aus der Ferne erfolgen,<sup>1105</sup> sondern fordern Interaktion.

Gleichzeitig wird der digitale Raum durch die Ergänzung interaktiver Elemente nicht per se fassbar. Entscheidend ist jedoch nicht der Raum, sondern die Prozesse, die sich gegenseitig beeinflussen und wiederum neue Räume hervorbringen.<sup>1106</sup> Anstatt einer für das Recht erfassbaren Einheitlichkeit überwiegen deshalb Über-

---

<sup>1099</sup> Vgl. Art. 86 BGS, wonach Fernmeldedienstanbieterinnen in der Schweiz zur «Sperrung des Zugangs zu nicht bewilligten Spielangeboten» verpflichtet werden können.

<sup>1100</sup> SCHÖRGENHUMER, S. 12.

<sup>1101</sup> Zum Verständnis des Bestehens eines Raums aus Daten, PIRAS, S. 40 ff. m. w. N.

<sup>1102</sup> AHRENS, S. 17; vgl. SCHÖRGENHUMER, *passim*.

<sup>1103</sup> Vgl. Kap. 7 VI.

<sup>1104</sup> SCHÖRGENHUMER, S. 17 f.

<sup>1105</sup> SCHÖRGENHUMER, S. 18.

<sup>1106</sup> AHRENS, S. 200.

lagerungen und Verschiebungen,<sup>1107</sup> wobei die jeweiligen Komponenten einander bedingen.<sup>1108</sup> Ein solches «relationales Raumverständnis»<sup>1109</sup> macht deutlich, dass der digitale Raum nicht losgelöst von seinem analogen Gegenüber betrachtet werden kann. Erst die gegenseitige Inbezugnahme führt zu einer Verfestigung der Verhältnisse.<sup>1110</sup> Aus soziologischer Sicht bietet dies eine Strukturierung für die Beteiligten.<sup>1111</sup> Obschon sich eine strikte Trennung zwischen analog und digital kaum aufrechterhalten lässt,<sup>1112</sup> kommt es gleichzeitig zu einer Parzellierung.<sup>1113</sup> Was zunächst als Widerspruch erscheint, wird bei näherer Betrachtung nachvollziehbar: Während das Auflösen der Grenzen die permanente Ausdehnung, die Entstehung neuer Räume nach aussen hin betrifft, beschreibt die Fragmentierung eine Unterteilung im Inneren.<sup>1114</sup>

## II. Kultur

Die Eigenschaften der digitalen Räume sowie die darin befindlichen Objekte, die agierenden Subjekte und die Verbindungen dazwischen treten zunehmend hervor. Auf diese Weise bilden und repräsentieren sie die Entstehungsorte digitaler Kultur, die in der zweiten These angedeutet wurden, wobei auch die technologischen Gegebenheiten Berücksichtigung finden. Durch das Zusammenspiel von privaten Unternehmen, Staaten und Wissenschaft wird ferner daran gearbeitet, die eingangs gestellte Frage nach der Gewährleistung nachhaltiger Zugänge zu digitaler Kultur zu bearbeiten.<sup>1115</sup>

Diese Ansätze geben aus theoretischer Sicht zwar Anlass zu Optimismus, bedürfen aber weiterer Differenzierungen. So stellt sich die Frage, was darunter verstanden wird, wenn die im Projekt des MIT vorgesehenen Pods «Daten» umfassen

---

<sup>1107</sup> Vgl. SCHROER, S. 272.

<sup>1108</sup> Vgl. AHRENS, S. 199.

<sup>1109</sup> Siehe dazu SCHMIDT, *Virtuell lokaler Raum*, S. 17 ff.

<sup>1110</sup> SCHROER, S. 268 f.

<sup>1111</sup> SCHMIDT, *Virtuell lokaler Raum*, S. 17.

<sup>1112</sup> So bereits SCHROER, S. 252 ff.; a. A. ABEDINPOUR, S. 217 ff.; differenzierend zu «virtuell» und «wirklich» SCHÖRGENHUMER, S. 25 ff.

<sup>1113</sup> SCHROER, S. 264.

<sup>1114</sup> SCHROER, S. 274.

<sup>1115</sup> Vgl. Kap. 5 I. und II.

sollen,<sup>1116</sup> insbesondere wenn auf den Bereich der digitalen Kultur eingegrenzt werden soll. Aufbauend auf der Frage aus dem ersten Kapitel ist somit zu untersuchen, welche kulturellen Inhalte auf welche Weise entstehen und wie sie von anderen Inhalten abzugrenzen sind. Das vierte Kapitel hat versucht, diese Aspekte am Beispiel der Entstehung von UGC nachzuvollziehen. Im weiteren Verlauf wurde sodann deutlich, dass zwischen verschiedenen Kulturformen (text- und tonbasiert) zu differenzieren ist und die Entstehung durch verschiedene Beteiligte vorangetrieben wird. Zum zweiten Aspekt wird zu einem späteren Zeitpunkt zurückgekehrt.<sup>1117</sup> Die Untersuchung der Inhalte erfolgt folgend mit Fokus auf digitale Kulturpraktiken, da diese den Wandel massgeblich vorantreiben, aber auch sensibel auf Veränderungen reagieren.<sup>1118</sup>

## 1. Kulturverständnis

Welche Phänomene, Praktiken und Inhalte umschreibt der Begriff der digitalen Kultur? Ausgangspunkt ist der UNESCO-Kulturbegriff von 1982,<sup>1119</sup> der Kultur zwar umfassend versteht, aber den Schwerpunkt auf materielle Aspekte legt.<sup>1120</sup> Aufgrund der Zunahme an immateriellen Formen und Formaten, die oft preisgünstig verfügbar sind,<sup>1121</sup> wird diese Definition zusehends hinterfragt.<sup>1122</sup> Für einige Autorinnen führt dies zu einem «Dilemma».<sup>1123</sup> So wird befürchtet, dass die Exklusivität und Rivalität<sup>1124</sup> der Werke abnimmt und mithin die Einzigartigkeit<sup>1125</sup> sowie die Existenz im «Hier und Jetzt»<sup>1126</sup> verloren geht. Damit gehe während des

---

<sup>1116</sup> Vgl. Kap. 7 I.3.

<sup>1117</sup> Vgl. Kap. 7 VI.

<sup>1118</sup> Vgl. SCHRÖR, S. 1.

<sup>1119</sup> Schlussbericht Mexiko-Stadt, S. 121.

<sup>1120</sup> Zur Schwierigkeit eines einheitlichen Begriffs von Kulturgütern MACMILLAN, S. 69 ff.

<sup>1121</sup> «Information is costless to copy, should be spread widely, and cannot be confined», BOYLE, Foucault, S. 183.

<sup>1122</sup> Kritisch zum Kulturbegriff LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, S. 17 m. w. N.

<sup>1123</sup> Interessanterweise ist von Befürwortern und Gegnern der derzeitigen Entwicklung von einem «digitalen Dilemma» die Rede, vgl. AMINI, S. 85; vgl. zu diesem Themenkomplex Kap. 3 II.

<sup>1124</sup> Vgl. zu diesen Begrifflichkeiten Kap. 2 V.1.

<sup>1125</sup> Vgl. KLASS, S. 8; NASSEHI, S. 132.

<sup>1126</sup> BENJAMIN, S. 475; siehe den Hinweis bei RIGAMONTI, S. 92, auf die «komplexe Redaktionsgeschichte» der Publikation und die Bedeutung der vorliegend verwendeten, letzten autorisierten Fassung.

Reproduktionsprozesses auch die «Aura» verloren,<sup>1127</sup> die einem originalen Werk innewohne.<sup>1128</sup> An diesem Punkt wird die Diskussion um Original und Kopie fortgesetzt<sup>1129</sup> und die Gleichung «Original = gut, Kopie = schlecht» hinterfragt.<sup>1130</sup> Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass im «Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit»<sup>1131</sup> Reproduktionsprozesse stark zunehmen und im Alltag omnipräsent sind.<sup>1132</sup> Aus einer positiven Betrachtungsweise ermöglicht diese Entwicklung die Loslösung aus alten Kontexten, eine Verwebung in neue Umgebungen und die Entstehung neuer Traditionen.<sup>1133</sup> Bemängelt wird aber auch, dass es an Zeit und Aufmerksamkeit fehlt, um diese Vielfalt zu genießen.<sup>1134</sup>

Um dieses Spannungsfeld der digitalen Kultur in einem ersten Schritt aufzulösen und in einem zweiten Schritt die Inhalte in die digitale Allmende zu überführen, sind Abgrenzungen zwischen kulturell «wertvollen» Inhalten und Massenphänomenen vorzunehmen.<sup>1135</sup> Unklar ist dabei, wie eine solche Unterscheidung erfolgen kann oder sich überhaupt vornehmen lässt. Eine Seite spricht sich aus für eine umfassende Erfassung «digitaler Kreativgüter», verstanden als urheberrechtlich geschützte Werke, die in maschinenlesbaren Formaten vorliegen.<sup>1136</sup> Hierin äussert sich eine klassische immaterialgüterrechtliche Zuordnung, wobei weitere Differenzierungen unterbleiben, etwa hinsichtlich einer kulturellen Wertigkeit. Diese Wertfreiheit wird damit begründet, dass sonst die Gefahr von Zensur bestünde.<sup>1137</sup> Die andere Seite plädiert indes für ein verstärktes Zusammenspiel zwischen dem Urheberrecht und dem öffentlichen Kulturrecht.<sup>1138</sup> Da der Staat auch Kulturverantwortung übernehme, stehe es ihm bis zu einem gewissen Grad zu, eine Quali-

<sup>1127</sup> BENJAMIN, S. 438; zum Begriff KÜPPER, Aura, in: Günzel, Lexikon, S. 37; vgl. indes den Ansatz des Wu-Tang Clans, die nur ein Exemplar ihres neuesten Albums verkaufen, dazu GREEN, S. 427 ff.

<sup>1128</sup> Zum Verhältnis Original–Kopie PEUKERT, Kritik, S. 66 ff., 109 f., 137 ff.

<sup>1129</sup> Dazu u. a. CAMERON, S. 49 ff.

<sup>1130</sup> CHON, S. 265.

<sup>1131</sup> BENJAMIN, S. 366 ff.; vgl. dazu im Kontext des Samplings FISCHER, Reproduzierbarkeit, S. 136 ff.

<sup>1132</sup> SIEVERS, S. 45.

<sup>1133</sup> KATZ, S. 14 ff.

<sup>1134</sup> GOLDSTEIN, S. 906.

<sup>1135</sup> PEUKERT, Bipolar System, S. 50.

<sup>1136</sup> AMINI, S. 215 ff.

<sup>1137</sup> AMINI, S. 218 m. w. N.; vgl. dazu im weiteren Sinne KATSOS, S. 250 ff.

<sup>1138</sup> LENSKI, insb. S. 149 ff.

tätsauswahl im Sinne einer «Kulturhöhe» vorzunehmen. Die Verantwortung für diese Entscheidung könne auch delegiert werden.<sup>1139</sup> An diesem Punkt wird deutlich, wie entscheidend die Stellung des Staates ist, die zwischen weitgehenden Eingriffen und erforderlichen Regulierungen schwankt. Fraglich ist jedoch, wer die Verantwortung für die Zuordnung zur digitalen Kultur übernimmt. Während im ersten Ansatz die Einteilung nach bestimmten Kriterien eines feststehenden Rahmens erfolgt, beschreibt das zweite Konzept eine Einteilung auf der Grundlage von Einzelfallentscheidungen, die im interdisziplinären Austausch getroffen werden. Dies bietet die Möglichkeit, auf Veränderungen flexibel zu reagieren und einzelne Bereiche differenzierend einzuordnen.

Neben die national rückgebundene Ebene des Urheberrechts und wissenschaftliche Zuordnungsversuche tritt eine dritte, internationale Ebene, die durch die Berücksichtigung der 2003 verabschiedeten UNESCO-Charta zur Bewahrung des digitalen Kulturerbes<sup>1140</sup> betreten wird. Hierbei wird sogleich deutlich, dass sich die Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft, Kultur und Kommunikation für eine Differenzierung zwischen der urheberrechtlichen Anerkennung und der Einstufung als bewahrenswertes kulturelles Erbe ausspricht.

In Art. 7 der Charta zur Auswahl des zu erhaltenden Materials wird betont, dass es entscheidend auf einen bleibenden Wert ankomme, wobei «[o]riginär digitalen Materialien [...] klare Priorität zukommt».<sup>1141</sup> An diesem Punkt manifestiert sich der Wandel von einem klassischen Verständnis, das materielle Aspekte erfasst, zur umfassenden Berücksichtigung immaterieller Güter, die dem Erbe zugeordnet werden sollen. Darüber hinaus vervollständigt sich der Kreislauf der immateriellen Idee, die klassischerweise materiell festgehalten wurde (z. B. in einem Buch), zum immateriellen digitalen Inhalt, den man festzuhalten versucht.<sup>1142</sup> Das Erfordernis des bleibenden Wertes macht gleichzeitig deutlich, dass dies nicht für

---

<sup>1139</sup> LENSKI, S. 154.

<sup>1140</sup> Interessanterweise unterscheidet sich der englischsprachige vom deutschsprachigen Titel insofern, als einerseits kein Bezug zwischen dem Erbe und der Kultur hergestellt wird («Charter on the Preservation of the Digital Heritage»), andererseits in der deutschsprachigen Fassung («Charta zur Bewahrung des digitalen Kulturerbes») diese Verbindung zu bestehen scheint. Was daraus für die Auswahl der zu erhaltenden Inhalte folgt, ist zum derzeitigen Zeitpunkt noch unklar. Der Autor dankt Frau Prof. Dr. Dr. Antoinette Maget Dominicé für diesen Hinweis. Siehe zur Rolle der UNESCO MACMILLAN, S. 60 ff.

<sup>1141</sup> Art. 7, UNESCO-Charta.

<sup>1142</sup> Vgl. hierzu das Projekt von WALLACE/DEAZLEY, Display At Your Own Risk unter [perma.cc/J4Z2-MX5K](http://perma.cc/J4Z2-MX5K).

alle Inhalte gelten kann. Entsprechend wird versucht, die urheberrechtliche Anforderung einer «Schöpfungshöhe» an die gegebenen Umstände anzupassen, indem die Inhalte Spuren oder Ansätze handwerklich hochwertiger Fähigkeiten aufweisen müssen. So wird die Meinung vertreten, dass es unzureichend anmutet, die Arbeit dem Computer aus «Faulheit» zu überlassen.<sup>1143</sup> Die Eigenleistung sowie die kulturelle Wertigkeit müssen deutlich hervortreten. Dennoch ist darauf zu achten, dass die Beteiligten im Internet nicht vorschnell und pauschal als verhinderte oder Möchtegern-Künstler abqualifiziert werden.<sup>1144</sup> Im Bereich der Musik etwa ist «Musik über Musik» oft nicht als abgeleitet und deshalb minderwertig zu verstehen, sondern im Gegensatz dazu als ästhetisch selbstständig.<sup>1145</sup> Dieses Erkenntnis tritt ebenfalls im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu «Metall auf Metall» deutlich hervor, indem die Verwendung fremder Tonsequenzen für die eigene künstlerische Auseinandersetzung zu weiten Teilen erlaubt wird.<sup>1146</sup> Folglich bedarf es weiterer Kriterien, die über den reinen urheberrechtlichen Werkbegriff hinausgehen, die Bedeutung der kulturellen Wertigkeit mitberücksichtigen und den technischen Entstehungsprozess abbilden.

## 2. Praktiken

Während Eckpunkte eines digitalen Kulturbegriffs erkennbar sind, bleibt ungeklärt, welche Praktiken er umfasst, die wiederum die Dynamiken der Gesellschaft mitbestimmen.<sup>1147</sup> Anknüpfend an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Fall «Metall auf Metall»<sup>1148</sup> soll deshalb das Verfahren des digitalen Musiksamplings als Beispiel behandelt werden, um die Funktionsweisen digitaler Kulturpraktiken im Allgemeinen nachzuvollziehen.

Als eine von zahlreichen modernen kulturellen Praktiken<sup>1149</sup> beruht das Musiksampling auf einem Selbstverständnis des «Komponierens als Bearbeiten»,<sup>1150</sup> wobei nicht die bloße Reproduktion beabsichtigt wird, sondern eine Wieder-

---

<sup>1143</sup> Vgl. zu dieser Argumentation in Bezug auf Samples HUI, S. 51 ff.; siehe ZIEGLER, S. 59 und 249 ff.

<sup>1144</sup> ORTLAND, S. 79; vgl. zu diesem Aspekt PÖTZLBERGER, S. 38–39.

<sup>1145</sup> DÖHL, S. 15.

<sup>1146</sup> Vgl. Kap. 1 I.

<sup>1147</sup> LADEUR, Textualität des Rechts, S. 179.

<sup>1148</sup> Siehe Kap. 1 I.

<sup>1149</sup> HUI, S. 19 m. w. N.

<sup>1150</sup> DÖHL, S. 7.

belebung der Werke.<sup>1151</sup> Hier tritt die soziale Dimension der digitalen Kulturproduktion deutlich hervor, die umgekehrt die Sozialisierung des Einzelnen durch kulturelle Praktiken mit sich bringt.<sup>1152</sup> Dieser Ausrichtung entsprechend wird die Existenz einer im «strengen Sinne nicht fremdreferenzielle[n] Musik»<sup>1153</sup> hinterfragt und die notwendige Inbezugnahme auf andere Werke betont.<sup>1154</sup> Die neuen Werke sind aus dieser Sicht eine «Verwirklichung vorgeformter Möglichkeiten»<sup>1155</sup>.

Während die Entstehungspraktiken mithin insbesondere Eingang in den Diskurs der Musikwissenschaften gefunden haben und dort gleichberechtigt berücksichtigt werden,<sup>1156</sup> tut sich das Urheberrecht mit einer Anerkennung weiterhin schwer und hält an tradierten Konzepten fest. Wie die Auseinandersetzung vor dem Bundesverfassungsgericht verdeutlicht, mehren sich jedoch die Anzeichen für einen Wandel.<sup>1157</sup> So wird versucht, vom Fokus auf das Werk abzurücken, um die zugrunde liegenden Praktiken ins Zentrum zu stellen.<sup>1158</sup> Gleichzeitig wird die Diskussion um Objekte und Subjekte des Urheberrechts aktualisiert. Zu erörtern ist, wie Kultur letztlich entsteht. Während zunehmend die Meinung herrscht, dass auch neue Werke stets auf etwas Bestehendem aufbauen,<sup>1159</sup> verfolgen andere das Ideal der «eigentümlichen Kreativität».<sup>1160</sup> Eine solche Annahme ist in der Realität indes kaum vorstellbar.<sup>1161</sup> Wie die Ausführungen zum UGC zeigen,<sup>1162</sup> werden Werke verknüpft, fortgeführt oder als Grundlage für neue Musik verwendet, wie im Beispiel «Metall auf Metall». Zwar handelt es sich jeweils um weitgehende Beispiele, jedoch lässt sich die Referenzialität von Werken nur schwerlich von der Hand weisen.

---

<sup>1151</sup> HUI, S. 28.

<sup>1152</sup> VESTING, Computernetzwerke, S. 21.

<sup>1153</sup> DÖHL, S. 11.

<sup>1154</sup> DÖHL, S. 16 f.

<sup>1155</sup> HINDRICHs, S. 53.

<sup>1156</sup> Vgl. nur RIETHMÜLLER, S. 13 ff.; 165 ff.

<sup>1157</sup> Vgl. Kap. 1 I.

<sup>1158</sup> Vgl. DÖHL, S. 51.

<sup>1159</sup> HINDRICHs, S. 46.

<sup>1160</sup> SIEVERS, S. 14.

<sup>1161</sup> Vgl. dazu BERTRAM, S. 12 f.

<sup>1162</sup> Vgl. Kap. 4 I.

Sind in einem zweiten Schritt Anforderungen, zum Beispiel im Sinne einer «Schöpfungshöhe», für die neuen Werke festzulegen, setzt dies in einem ersten Schritt die Nachvollziehbarkeit der Entstehungskette voraus. Begreift man jedoch das einzelne Werk als Start- und Endpunkt zugleich, als ein abgeschlossenes Universum, bleiben der arbeitsintensive Entstehungsprozess, der Austausch und die Vernetzung unberücksichtigt. Entscheidend ist somit die Anerkennung von Systemen sozialer Bedingungen, in denen sich künstlerisches Schaffen als kommunikativer Akt vollzieht.<sup>1163</sup>

Um diesen Herausforderungen zu begegnen, bietet sich ein Verständnis der digitalen Kulturproduktion als «kreative Pluralität» an, wodurch die Bedeutung sozialer Praktiken bei der Ausformung von Inhalten und Formen in den Vordergrund rückt.<sup>1164</sup> Dieses Verständnis lässt sich anthropologisch zurückführen: Der Mensch zeichnet sich seit jeher als «Kulturwesen par excellence»<sup>1165</sup> aus. Die Entwicklung war demnach nur möglich, weil zwischen übernommenen und originalen Elementen, modernen und traditionellen Methoden hin und her gewechselt wurde.<sup>1166</sup> Diese Prägung lässt sich im Urheberrecht nicht unterdrücken, zumal sie in den jeweiligen Praktiken, etwa im Hip-Hop, noch mal deutlicher hervortritt.<sup>1167</sup> Für das Urheberrecht geht es mithin darum, den Blickwinkel umzukehren: Statt das finale Werk als eingerahmte, abgeschlossene Einheit zu betrachten, sollte der Schwerpunkt auf dem Werk als Startpunkt einer langen Entstehungskette mit zahlreichen Verzweigungen liegen.

### 3. Urheberinnenschaft

Neben dem Werkbegriff rückt die Rolle der Urheberin<sup>1168</sup> bei der Entstehung digitaler Kultur in den Mittelpunkt. Zu fragen ist, ob die gesellschaftliche Anerkennung tatsächlich nur über den Umweg der individuell-rechtlichen Zuordnung gelingen – sich der Wert eines Werkes tatsächlich nur aus der individuellen Schöpferperson speisen lassen – kann. Dies wird von Entwicklungen wie bei der

---

<sup>1163</sup> BOURDIEU, S. 8.

<sup>1164</sup> LENK, *passim*.

<sup>1165</sup> LENK, S. 42.

<sup>1166</sup> LENK, S. 78 ff.

<sup>1167</sup> Vgl. zu diesem Aspekt WERNER/NICKL, *passim*; zu den Wurzeln des Hip-Hops CANARIS, S. 38 ff.

<sup>1168</sup> Vgl. zur (möglichen) Rolle der Einzelautorin im Urheberrecht des digitalen Zeitalters GINSBURG, *The Author's Place*, S. 381 ff.

Entstehung von UGC hinterfragt,<sup>1169</sup> ohne die Bedeutung einer durch Gemeinschaftsbezüge geprägten «Persönlichkeitsbeziehung»<sup>1170</sup> im Urheberrecht anzuzweifeln.

Dieser Streit um «Zuschreibungen [von] legitimer Autorschaft» in einer «durch neue Kommunikationsmedien geprägten Lebenswelt»<sup>1171</sup> erreichte in Deutschland während der medial intensiv geführten Diskussion um Helene Hegemann seinen Höhepunkt. Im Jahr 2010 wurde der Autorin vorgeworfen, Teile ihres Romans «Axolotl Roadkill» abgeschrieben zu haben. Allgemeiner lassen sich diese Plagiatsvorwürfe beschreiben als ideologischer Disput zwischen der «subjekt-philosophisch tradierten Ideologie souveräner Autorschaft»<sup>1172</sup> und einem kontemporären Verständnis von Urheberinnenschaft, das von zahlreichen «mediatisierte[n] Erfahrungswelten»<sup>1173</sup> geprägt ist. Letzteres Verständnis will den Bedeutungszuwachs des künstlerischen In-Dialog-Tretens nachvollziehen,<sup>1174</sup> ohne einfachen Kopien die kreative Leistung zuzusprechen. Einigkeit besteht somit weiter bezüglich Werken, denen es an kreativer Eigenleistung fehlt. Bereits einen Schritt weiter wird diese Einigkeit hinterfragt, wenn es darum geht, wie die «rekursiven Schleifen»<sup>1175</sup> aus Schöpfung und Nutzung rechtlich nachvollzogen werden können.

Ferner wird die Rolle der Urheberin durch eine Erweiterung möglicher Autorinnenschaft auf neue Subjekte, etwa Tiere,<sup>1176</sup> herausgefordert oder, je nach Perspektive, an neue Entwicklungen angepasst. Neben die Tiere als nicht humane Subjekte treten weitere Beteiligte, die an der Schnittstelle zwischen Mensch und Maschine agieren. Als Beispiel sind Ölgemälde zu nennen, die von künstlichen Intelligenzen gemalt und als «emergente Werke»<sup>1177</sup> zu Höchstpreisen auf Kunstauktionen ver-

---

<sup>1169</sup> Siehe Kap. 4 I.

<sup>1170</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 98.

<sup>1171</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 96.

<sup>1172</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 96–97, Fn. 1.

<sup>1173</sup> GRUBER, a. a. O.

<sup>1174</sup> Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 78.

<sup>1175</sup> Vgl. HOFFMANN-RIEM, Innovation und Recht, S. 441.

<sup>1176</sup> Siehe das sog. Monkey-Selfie, zuletzt United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, No. 16-15469, *Naruto v. Slater*, 23. April 2018; dazu etwa BRUNCEVIC, S. 147 f.

<sup>1177</sup> Definiert als computergenerierte kreative Produkte, bei denen eine menschliche Einwirkung nicht ohne Weiteres nachvollzogen werden kann, vgl. BOYDEN, S. 379, zitiert nach DORNIS, S. 1254.

kauf werden.<sup>1178</sup> Offen bleibt in den genannten Fällen unter anderem, ob die Einzelne ihre Rolle als Schöpferin behält und welche Rechtfertigungen für diese Monopolstellung in Zukunft angeführt werden.<sup>1179</sup> Hierdurch wird das bestehende, vielfältige Spannungsfeld bei der Entstehung digitaler Kultur<sup>1180</sup> um eine weitere Dimension erweitert.

#### 4. Zwischenfazit

Zu fragen ist, wie ein zeitgemässes Verständnis der Urheberin und von Werken erarbeitet werden kann, das den Entstehungsprozess und das Aufkommen neuer Subjekte in diesem Kontext mitberücksichtigt. Diese Aufgabe kommt nicht allein dem Urheberrecht, sondern dem Recht insgesamt zu, das für neue Konzepte offen sein sollte. Es gilt somit, de lege ferenda Ansätze zu entwickeln, die zum Beispiel in Form einer Generalklausel bestimmte moderne Kulturpraktiken mitsamt den daran Beteiligten anerkennt und ihnen somit die Möglichkeit bietet, ihren kreativen Neigungen – mit dem gemeinsamen Ziel der Weiterentwicklung der Kultur – nachzugehen. Hierbei ist darauf zu achten, dass eine solche Norm, trotz der notwendigen Offenheit für neue Entwicklungen, hinreichend konkret ausgestaltet ist, um eine Ausweitung der bestehenden Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

Mit Bezug auf die digitale Allmende wird deutlich, dass innerhalb des vorgegebenen Rahmens zahlreiche Beteiligte agieren, die neue Formen und Eigenschaften aufweisen. Austauschverhältnisse und Beziehungen, die dadurch entstehen, führen wiederum zu neuen Inhalten, die einer weiteren Klassifizierung – auch durch das Recht – bedürfen. Dieses hochgesteckte Ziel kann erreicht werden, wenn die einzelnen Rechtsbereiche zusammenarbeiten, anstatt sich voneinander abzugrenzen.

---

<sup>1178</sup> Vgl. dazu GRAFF, S. 9; zum Schutz künstlicher Kreativität im Immaterialgüterrecht DORNIS, S. 1252 ff.

<sup>1179</sup> DORNIS, S. 1253; siehe GINSBURG, *People Not Machines*, S. 131 ff.

<sup>1180</sup> Wobei dieser «Unruhe-Status» den gesamten Bereich der digitalisierten Kommunikationsmedien betrifft, WIELSCH, *Über Zugangsregeln*, in: Grünberger/Jansen, S. 268.

### III. Zugang

Einleitend wurde die These aufgestellt, dass Zugangsmöglichkeiten genrespezifisch zwar vorhanden sind, aber ausgebaut werden sollten.<sup>1181</sup> Diese These schliesst an die Äusserungen des Bundesverfassungsgerichts im Fall «Metall auf Metall» an, in denen die Richterinnen die Bedeutung offener Zugänge für künstlerische Zwecke betonen, für sonstige Vorhaben aber auf Lizenzierungspflichten verweisen.<sup>1182</sup> Auf Basis dieser Differenzierung wurden im sechsten Kapitel verschiedene Ordnungsmodelle analysiert, die Zugangsfragen auch aus wirtschaftlichen und technischen Gesichtspunkten nachgehen. Hierbei wurde deutlich, dass vielen Beteiligten der Zugang zur digitalen Kultur weiterhin verschlossen bleibt, obschon sie künstlerische Zwecke im Sinne des Urteils des Bundesverfassungsgerichts verfolgen. Somit bleibt die Frage, wie solche Zugänge gewährleistet werden können.

Die Frage nach einem allgemeinen Zugang zur digitalen Kultur betrifft in diesem Kontext nicht nur eine rechtliche, sondern auch eine technische Ebene.<sup>1183</sup> Indem zahlreiche Beteiligte nicht oder kaum auf das Internet zugreifen können, sind sie von vornherein von jeglichen Zugangsmöglichkeiten ausgeschlossen.<sup>1184</sup> Diese Ungleichheit wird etwa durch die Verteilung von Breitbandkabeln als Voraussetzung zur effizienten Nutzung technologisch verstärkt.<sup>1185</sup> Daraus entstehen bisweilen deutliche Grenzen, die ohne die notwendigen ökonomischen Mittel und Kenntnisse unüberwindbar bleiben.<sup>1186</sup> Auf der Ebene der Technologie müssen somit Wege gefunden werden, die einen gleichberechtigten Zugang gewährleisten.

Um dieses Ziel auf rechtlicher Ebene abzusichern, bietet Art. 27 AEMR eine Grundlage. In diesem Artikel wird festgelegt, dass allen das Recht zusteht, am kulturellen Leben der Gemeinschaft teilzunehmen. Dieses Recht ist weit zu verstehen und umfasst neben dem Besuch von Museen und Theatern auch das Leben der eigenen Kultur und des eigenen kulturellen Erbes. Gleichzeitig bietet dieser

---

<sup>1181</sup> Vgl. Kap. 1 II.3.

<sup>1182</sup> Vgl. BVerfGE 142, 74 (100).

<sup>1183</sup> Vgl. Kap. 7 I.3.

<sup>1184</sup> Siehe zum digital divide Kap. 5 III.

<sup>1185</sup> SCHROER, S. 266 ff.; SMITH, S. 148.

<sup>1186</sup> MARESCH, S. 209, zitiert nach SCHROER, S. 264; zur Cybersegmentierung siehe BENDER, Cybersegmentierung, in: Günzel, Lexikon, S. 68.

Artikel, trotz seiner wichtigen und grundlegenden Funktion, bloss minimale Garantien, die auf Ergänzungen angewiesen sind.<sup>1187</sup>

Im Folgenden sollen deshalb privatrechtliche und verfassungsrechtliche Möglichkeiten evaluiert werden, welche die genannte Regelung ergänzen können, um Möglichkeiten eines rechtlich geregelten Zugangs zu kollektivierten Produktionsformen zu eruieren.<sup>1188</sup>

## 1. Zugangsrechte

Zugangsfragen zu digitaler Kultur werden unter dem Schlagwort Zugangsrechte statt Eigentum diskutiert<sup>1189</sup> und bisweilen als «Trend der Jahrtausendwende»<sup>1190</sup> bezeichnet. Gleichzeitig hält das Recht an den Zugangshürden fest und so bleibt offen, ob es den verschiedenen Bewegungen gelingen kann, den erforderlichen Wandel einzuleiten.

### a. Privatrechtliche Schrankenregelungen

Mithilfe der Ausweitung von Schrankenregelungen wird im Privatrecht ein weitreichender Zugang angestrebt.<sup>1191</sup> Diese Schranken dienen im Urheberrecht<sup>1192</sup> grundsätzlich dazu, ein Marktversagen zu vermeiden sowie Transaktionskosten zu senken.<sup>1193</sup> Weitergehende Ansätze wollen derweil umfassende Wohlfahrtsgewinne ermöglichen,<sup>1194</sup> wobei fraglich erscheint, ob sie dieses Ziel erreichen können.<sup>1195</sup> So bliebe die Grundsatzentscheidung bestehen, dass Schranken als eine Ausnahme und nicht als Regel zu verstehen sind. Damit bliebe es bei der

---

<sup>1187</sup> Vgl. KYMLICKA, S. 213.

<sup>1188</sup> Vgl. zu neuen Formen der intellektuell-kreativen Produktion, PASQUINELLI, S. 23 ff. m. w. N.

<sup>1189</sup> Beziehungsweise Zugangsrechte als Teil eines Bündels von Eigentumsrechten, nebst u. a. Entnahme-, Ausschluss-, Selbstorganisations- und Verkaufsrechten, so jedenfalls bei OSTROM, *Beyond markets and states*, S. 651 m. w. N.

<sup>1190</sup> BRAUN, S. 88.

<sup>1191</sup> Vgl. die kritische Analyse der 2012 in Kanada eingefügten Schranke für nutzergenerierte Inhalte bei KOCATEPE, S. 400 ff.

<sup>1192</sup> In der Schweiz sind Schrankenregelungen in Art. 19 ff. URG geregelt, während vergleichbare Bestimmungen in Deutschland in den §§ 44 a ff. UrhG verankert sind.

<sup>1193</sup> Zu diesen Funktionen und Rechtfertigungen von Schrankenregelungen SUCKER, S. 103 ff.

<sup>1194</sup> Vgl. SUCKER, S. 108.

<sup>1195</sup> Vgl. WIELSCH, *Zugangsregeln*, S. 279.

Geschlossenheit eines durch subjektive Ausschliesslichkeitsrechte geprägten Systems. Neben Zugangsregeln, durch welche die Beteiligten Inhalte aktiv mitgestalten können,<sup>1196</sup> ist grundsätzlich über das Verhältnis zwischen Ausschliesslichkeitsrechten als rechtlichen Zuweisungen und Schranken als entsprechenden Ausnahmen zu diskutieren. Hierbei wird die gesamtgesellschaftliche Dimension der zu treffenden Entscheidungen sichtbar.<sup>1197</sup> Fest steht, dass diese Entscheidungen anders getroffen werden könnten, um weitreichendere Zugangsmöglichkeiten zu eröffnen.

Aus Sicht der digitalen Allmende geht es in erster Linie um die Implementierung von Systemen der Kollaboration, woraus später die erforderliche soziale Normativität erwachsen kann.<sup>1198</sup> Dem Willen des Bundesverfassungsgerichts entsprechend, wonach die Kunstfreiheit stets mit Blick auf die Wirkung im künstlerischen und ausserkünstlerischen Sozialbereich zu berücksichtigen ist,<sup>1199</sup> würden sich so neue Wege eröffnen, die von der Gesellschaft gestaltet werden können.

## **b. Verfassungsrechtlich: Staatszielbestimmungen und Kunstfreiheit**

Über die Bedeutung gesellschaftlicher Entscheidungen hinaus ist die verfassungsrechtliche Implementierung von Zugangsregeln zu erwägen. Die im Urteil zu «Metall auf Metall» betonte «kunstspezifische Betrachtungsweise»<sup>1200</sup> dient hier als Anknüpfungspunkt. Obschon die Begriffe der Kunst und der Kultur nicht deckungsgleich sind,<sup>1201</sup> zeigt die Interpretation der Kunstfreiheit des Bundesverfassungsgerichts mögliche Wege auf. So betonen die Richterinnen in einem anderen Fall, dass die Kunstfreiheit nicht nur subjektive Freiheitsrechte enthält, sondern auch «eine objektive, das Verhältnis des Bereiches Kunst zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm»<sup>1202</sup> ist. Dies verdeutlicht abermals, dass es in

---

<sup>1196</sup> WIELSCH, Zugangsregeln, S. 279.

<sup>1197</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 98 f.; WIELSCH, Zugangsregeln, S. 31 ff.

<sup>1198</sup> Vgl. WIELSCH, Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 395.

<sup>1199</sup> WIELSCH, Kunst ist mehr.

<sup>1200</sup> BVerfGE 142, 74 (102).

<sup>1201</sup> KATSOS, S. 224 ff. m. w. N.; LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, S. 79 ff.

<sup>1202</sup> BVerfGE 30, 173 (188) – Mephisto; vgl. BVerfGE 35, 79 (114) – Hochschul-Urteil; BVerfGE 111, 333 (353) – Brandenburgisches Hochschulgesetz; alle zitiert nach KATSOS, S. 223.

einem ersten Schritt nicht darum geht, die subjektiven Rechte zu implementieren, sondern dass der Staat Entscheidungen hinsichtlich der Bedeutung von Kultur treffen muss. Wünschenswert wären mithin grundlegende Entscheide über die Rolle der Kultur im rechtlichen Gesamtgefüge.

Zu dieser Auslegung der Kunstfreiheit, die im Fall «Metall auf Metall» als «Zugangsregel für Hip-Hop-Künstlerinnen» ausgelegt wurde, kommt die Einfügung einer Staatszielbestimmung «Kultur»<sup>1203</sup> oder eines «Kulturstaats»<sup>1204</sup> in Art. 20b GG oder Art. 5 Abs. 3 GG infrage.<sup>1205</sup> Eine solche Bestimmung könnte die Bedeutung von Kultur schützen und die Vielfalt fördern.<sup>1206</sup> Auf den ersten Blick mag eine solche Hinwendung des Staates zur aktiven Kulturförderung zielführend sein, indem es Hoffnungen auf eine stärkere Berücksichtigung und den Schutz der damit zusammenhängenden Aspekte – ähnlich der Einfügung des Art. 20a GG, namentlich dem Umwelt- und Tierschutz – weckt. Allerdings sprechen vielfältige Gründe dagegen. Anzuführen sind etwa die Unkonturiertheit des Kulturbegriffs,<sup>1207</sup> die fehlende Justiziabilität einer entsprechenden Bestimmung oder die Befürchtung einer reinen Symbolgesetzgebung.<sup>1208</sup> Gleichzeitig könnte eine solche Einfügung den Staat vermehrt zur Verantwortung ziehen.<sup>1209</sup> Bei der Erarbeitung «kunstspezifischer Zugangsregeln»<sup>1210</sup> ist eine Staatszielbestimmung indes nur bedingt hilfreich, da sich daraus keine subjektiven Rechte herleiten lassen.<sup>1211</sup> Zu fragen ist deshalb, wie der «Kulturnutzungsschutz», verstanden als die Sicherung des Kulturgenusses, mitsamt den Teilhabemöglichkeiten gewährleistet werden kann.<sup>1212</sup>

---

<sup>1203</sup> HUSTER, S. 54 sowie S. 64, Fn. 51.

<sup>1204</sup> Vgl. dazu LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, S. 61 ff.

<sup>1205</sup> Dazu kritisch sowie zum Folgenden KATSOS, S. 246 ff., 253 ff.

<sup>1206</sup> SIEVERS, S. 27 ff.

<sup>1207</sup> Vgl. dazu Kap. 7 II.; ebenfalls HUSTER, S. 53.

<sup>1208</sup> Vgl. dazu LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, S. 61 ff.

<sup>1209</sup> Vgl. zu diesen Argumentationslinien im Detail KATSOS, S. 253 ff., insb. 256 ff.

<sup>1210</sup> BVerfG Germania 3 – ZUM 2000, 867, 869; WIELSCH, Zugangsregeln, S. 78.

<sup>1211</sup> Vgl. KATSOS, S. 244 ff.

<sup>1212</sup> Vgl. zu diesen Konzepten LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, S. 257 ff.

## 2. Zugangskulturen

Diese Auseinandersetzung mit rechtlichen Möglichkeiten zur Entwicklung von Zugangsrechten führt zur Einsicht, dass es alternativer Wege bedarf, um Zugang sicherzustellen. Bisher versucht das Recht, wie im Fall «Metall auf Metall», Fragen des Zugangs und der Nutzung in Einzelfällen zu entscheiden.<sup>1213</sup> Im Sinne der Rechtssicherheit wären aber grundsätzliche Entscheidungen zu begrüssen. Beispielhaft ist hierbei die Begründung des deutschen Urhebergesetzes von 1965, wonach:

«[...] der Urheber insbesondere dort im Interesse der Allgemeinheit freien Zugang zu seinen Werken gewähren muss, wo dies unmittelbar zur Förderung der geistigen und kulturellen Werte dient, die ihrerseits Grundlage für sein Werkschaffen sind.»<sup>1214</sup>

Die Legislative unterstreicht in dieser Passage, dass das Werkschaffen weit über die Einzelperson hinausreicht und Öffnungen des Schöpferinnenbegriffs zu befürworten sind.<sup>1215</sup> Durch die Berücksichtigung von Zugangskulturen und Exklusivitätskulturen nebeneinander wird die Gleichzeitigkeit beider Ansätze betont.<sup>1216</sup> Eine Entscheidung im Sinne eines Entweder-oder wirkt somit entbehrlich – unter Umständen gar schädlich. Entsprechend sind gelebte Zugangskulturen nicht mit der Abschaffung von Ausschliesslichkeitsrechten gleichzusetzen. Vielmehr bestünde in einem Rechtssystem mit der entsprechenden Prägung die Möglichkeit, exklusive Rechte gegen «qualifizierte Partizipation» einzuräumen.<sup>1217</sup> So wie in der traditionellen Allmende bei der Berücksichtigung der Pflichten die Möglichkeit zur Nutzung von Ressourcen eingeräumt wurde,<sup>1218</sup> könnten entsprechende Gebote gesetzlich vorgesehen werden.<sup>1219</sup> Aus Sicht der Allmende ist beispielsweise an Limited Common Property (LCP) zu denken.<sup>1220</sup> Dieses Konzept sieht

---

<sup>1213</sup> Vgl. GAMBARO, *La proprietà*, S. 91.

<sup>1214</sup> Im Kontext der Notwendigkeit von Schrankenbestimmungen BT-Drucks. IV/270, Vor § 45, zitiert nach WIELSCH, *Zugangsregeln*, S. 62; DERS., *Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern*, in: Hoffmann-Riem, *Innovationen*, S. 374.

<sup>1215</sup> Vgl. Kap. 7 II.3.

<sup>1216</sup> PEUKERT, S. 92 f.

<sup>1217</sup> Vgl. dazu WIELSCH, *Private Governance*, S. 929.

<sup>1218</sup> Vgl. Kap. 2 II.2.

<sup>1219</sup> Vgl. zur Einfügung des Zweitveröffentlichungsrechts in § 38 IV UrhG Kap. 5 III.

<sup>1220</sup> ROSE, *Futures*.

nach innen gerichtete Commons vor, die nach aussen geschlossen bleiben.<sup>1221</sup> Hier lässt sich das Bild eines Mehrfamilienhauses vor Augen führen, in dem sich die verschiedenen Beteiligten intern einigen, nach aussen aber geschlossen auftreten müssen. Wichtig ist dabei, dass die Pflichten vorher feststehen und sich durch Gewohnheiten und gelebte Praktiken weiterentwickeln können.<sup>1222</sup> Die entstehenden Normen müssen dennoch durch Grenzfälle immer wieder überprüft und neu bestimmt werden. Selbstverständlich müssen diese Normativitäten mit staatlichem Recht kompatibel bleiben – aber auch andersrum.<sup>1223</sup>

Während der Erarbeitung von Zugangsregeln und zugänglichen Modellen ist demnach ein verstärktes Augenmerk auf den Rahmen zwischen Allmenden, Staat und Markt, Gesellschaft und Kultur zu werfen.<sup>1224</sup> Dieser muss durch Geschlossenheit für Rechtssicherheit und Verlässlichkeit sorgen, aber auch flexible Zugänge gewährleisten.

### 3. Zugangshürden

Der rechtliche Rahmen wird von der Technologie mitgeprägt.<sup>1225</sup> Sollte es gelingen, einen rechtlich barrierelosen Zugang zu digitaler Kultur zu entwickeln,<sup>1226</sup> bleiben die in Hard- und Software integrierten Standards als zentrale Herausforderung bestehen.<sup>1227</sup> So müssen die Beteiligten unzähligen Verträgen und Bestimmungen zustimmen, um die Nutzungsmöglichkeiten im digitalen Raum überhaupt wahrnehmen zu können.<sup>1228</sup> War man sich früher bewusst, dass mit dem Zutritt in den Laden Geschäftsbedingungen zu beachten sind, wird dies im Internet oft über-

---

<sup>1221</sup> Zu mehreren ähnlichen Ansätzen mit Bezug auf Wissenschaftskommunikation siehe SPINNER, Wissenspartizipation und Wissenschaftskommunikation in drei Wissensräumen: Entwurf einer integrierten Theorie, in: Sieglerschmidt/Ohly, S. 29 ff.

<sup>1222</sup> ROSE, Futures, S. 144; vgl. den ähnlichen Ansatz bei BOYLE, Shamans, S. 56 ff.

<sup>1223</sup> WIELSCH, Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 376.

<sup>1224</sup> STALDER, Solidarität, S. 22; zum marktwirtschaftlich geprägten Denken im Bereich der Kultur MACMILLAN, S. 24 ff.

<sup>1225</sup> WIELSCH, Zugangsregeln, S. 238 f.

<sup>1226</sup> LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, S. 8.

<sup>1227</sup> Differenziert BUCK-HEEB/DIECKMANN, S. 181 ff.; LESSIG, Code; DERS., Cyberspace, S. 1407 ff.; «Technik und Inhalte lassen sich nicht mehr scharf trennen», LADEUR, «Offenheitspflege» im Internet, in: Ladeur, Innovationsoffene Regulierung, S. 117 ff.

<sup>1228</sup> KARAVAS, S. 41.

sehen. Diskutiert wird dies unter dem Stichwort des digital embodiment of law.<sup>1229</sup> Durch diese Entwicklungen werden darüber hinaus Gesetzestexte als solche in ihrer Wirkung hinterfragt. Wenn das Gesetz regelt, die Technik aber anders entscheidet, entstehen vielfältige Probleme, die das Recht nicht selbstständig lösen kann. Daneben treten technische Standards als selbst gesetzte Normierungen, die zunehmend Geltung beanspruchen.<sup>1230</sup>

Die umfassende Bedeutung dieser Standards lässt sich anhand der Macht der Suchmaschinen bei der Auffindbarkeit von Inhalten aufzeigen. Während im analogen Bereich die verfügbare Information grundsätzlich mit dem Zugang dazu verknüpft ist, bleibt die Verfügbarkeit im Digitalen vom Zugang getrennt.<sup>1231</sup> Mit dem Entfernen von Verlinkungen lassen sich Inhalte verbergen oder zumindest das Auffinden erschweren. Es bedarf technischer Kenntnisse, um zu eruieren, wo die Inhalte zu finden sind. Suchmaschinen übernehmen diese Funktion und kontrollieren so nicht nur den Zugang, sondern bis zu einem bestimmten Grad auch den Inhalt.<sup>1232</sup> Diese technischen Zugangskontrollen spielen indes nicht nur bei der Suche nach spezifischen Inhalten eine Rolle, sondern betreffen den Zugang zum Internet als solches. Die Diskussionen um die sog. Netzneutralität,<sup>1233</sup> das heisst die neue Fassung digitaler «Klassen» durch das Anbieten von Internetdiensten zu verschiedenen Bedingungen,<sup>1234</sup> zeigen dies deutlich auf.

Diese Hürden betreffen somit das Internet im Allgemeinen, was dazu führt, dass die Entstehung und Verbreitung kultureller Inhalte von dieser Entwicklung ebenso betroffen ist. Programme wie Youtube Content ID, Zefr Video ID und MixSCAN können die Werke identifizieren.<sup>1235</sup> Während die oben genannten Fälle darauf ab-

---

<sup>1229</sup> KARAVAS, S. 160 f.; TEUBNER, Globale Zivilverfassungen, S. 1 ff.; vgl. zu entsprechenden End User License Agreements (EULAs) in Battlefield GRUBER, Bioinformati-  
onsrecht, S. 145 ff.

<sup>1230</sup> Zum Vorstehenden FARCHY, The Internet: culture for free, in: Towse, S. 250 ff.

<sup>1231</sup> FLORIDI, «Das Recht auf Vergessenwerden», in: Jacob/Thiel, S. 121.

<sup>1232</sup> PEIFER, Commons, S. 680. Vertiefend zu Zugangsfagen EFRONI, S. 144 ff.; zur Unterscheidung von Regulierungs- und Zugangsfragen WIELSCH, MMC, S. 97; zu Zugangsfragen in Bezug auf semantische, syntaktische und strukturelle Informationsgüter vgl. ZECH, S. 119 ff.; kritisch SCHMIDT, S. 762: «Zugang, der nichts meint als den Kauf beschränkter Nutzungsrechte, ist nämlich das einzige, was den Konsumierenden noch zu erwerben bleibt, wenn im universellen Bereich der Formen das Eigentum auf Dauer natürliche Monopole begründet»; MATTEI, Manifesto, S. 64.

<sup>1233</sup> Vgl. Kap. 7 I.3.

<sup>1234</sup> TEUBNER, Verfassungsfragmente, S. 207 ff., 209; vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 249 ff.

<sup>1235</sup> Vgl. dazu HUI, S. 173 ff.

zielen, die eigene Marktposition durch die Kontrolle des Zugangs zu stärken, wird mithilfe dieser Anwendungen hingegen versucht, urheberrechtliche Positionen zu schützen. Abermals treffen die rechtliche und die technologische Ebene aufeinander, wobei letztere oft weitreichende Entscheidungen trifft.<sup>1236</sup>

#### 4. Zwischenfazit

In der UNESCO-Charta zur Bewahrung des digitalen Kulturerbes wird die Bedeutung rechtlicher Zugangsregeln betont:

«Ein faires Gleichgewicht zwischen den legitimen Rechten der Urheber und anderer Rechteinhaber einerseits und dem öffentlichen Interesse am Zugang zu Materialien des digitalen Erbes andererseits sollte entsprechend internationaler Normen und Vereinbarungen bekräftigt und gefördert werden.»<sup>1237</sup>

Wie im vorstehenden Abschnitt gezeigt wurde, kommt es entscheidend darauf an, nicht nur die einfachgesetzliche Ebene zu berücksichtigen, sondern auch Grundsätze verfassungsrechtlich und in internationalen Abkommen zu implementieren. Diese Auffassung steht in einer Linie mit Erkenntnissen aus dem Fall «Metall auf Metall», in dem die gesamtgesellschaftliche Bedeutung von Fragen des Zugangs und der Nutzung digitaler Inhalte deutlich hervortritt. Zentral sind in diesem Sinne Wertentscheidungen der Gesellschaft, die gemeinsam getroffen werden müssen. Diese Entscheidungen müssen sodann Eingang in die Technologie finden und durchgesetzt werden können. Gelingen kann dies mithilfe eines normativen Rahmens, der die bestehenden Herausforderungen in einem ersten Schritt überhaupt wahrnimmt und in einem zweiten Schritt Entscheidungen trifft, welche die Offenheit der digitalen Kultur sachgemäss nachzeichnet.

Aus der Perspektive der digitalen Allmende ist zu berücksichtigen, dass Zugänge zwar umfassend gewährleistet sein müssen, jedoch mit der Implementierung von Pflichten einhergehen sollten.<sup>1238</sup> Wie in traditionellen Institutionen deutlich wurde, sind diese Pflichten erforderlich, um eine nachhaltige Allmende aufzubauen und fortzuführen. Diese Gebote sollten jedoch so ausgestaltet sein, dass etwaige Konsequenzen für die Beteiligten hinreichend konkret erkennbar sind.

---

<sup>1236</sup> Vgl. beispielhaft RADEMACHER, S. 702 ff.

<sup>1237</sup> Art. 2, UNESCO-Charta.

<sup>1238</sup> Vgl. STALDER, Solidarität, S. 20 f., sich auf Wikipedia beziehend.

## IV. Nachhaltigkeit

Ein nachhaltiger Zugang zu digitaler Kultur setzt wie erwähnt nicht nur rechtliche, sondern auch technologische und archivarische<sup>1239</sup> Kenntnisse voraus.<sup>1240</sup> Davon zeugen die folgenden Beispiele Archive.org sowie Memory of Mankind.<sup>1241</sup>

Daran knüpft die Frage an, was im Kontext einer digitalen Allmende unter dem Stichwort der digitalen Nachhaltigkeit verstanden werden kann. Welche Faktoren müssen berücksichtigt werden, um die digitale Kultur, Ausdrucksform und das digitale Ausdrucksmedium der Gesellschaft des 21. Jahrhunderts für die Nachwelt zugänglich zu machen?<sup>1242</sup> Zeigen bisherige Entwicklungen die Notwendigkeit von «Verkörperungen»<sup>1243</sup> auf oder kann mit Kopien auf Servern dieses Ziel ebenfalls erreicht werden?<sup>1244</sup> Mit welchen Herausforderungen ist zu rechnen?

### 1. Interoperabilität

Ausgehend von einem Ansatz, der digitale Kopien als gleichwertig erachtet, stellt sich erstens die Frage, wie es gelingt, die Langlebigkeit der technischen Gerätschaften sicherzustellen. Dies betrifft in einem ersten Schritt die Frage der Interoperabilität,<sup>1245</sup> womit die Sicherstellung von Schnittstellen zwischen verschiedenen (technischen) Systemen beschrieben wird.<sup>1246</sup> Während die Weiterentwicklung der Technologie für neue Möglichkeiten der Speicherung sorgt, besteht gleichzeitig die Gefahr, dass ältere Inhalte nicht ohne Weiteres übertragen und dargestellt werden können – sie bleiben auffindbar, aber für die Nachwelt verschlossen.

---

<sup>1239</sup> Vgl. zur Qualität archivarischer Daten im Internet HALE/BLANK/ALEXANDER, S. 45 ff.

<sup>1240</sup> Zu diesem Themenkomplex SULLIVAN, S. 604 ff.

<sup>1241</sup> Vgl. Kap. 7 IV.3.

<sup>1242</sup> Vgl. dazu umfassend in Bezug auf Kulturgüter KATSOS, S. 31 ff.; umfassend KLIMPEL/KEIPER, passim; vgl. zum Gedankenspiel, dass Plattformen wie Facebook aufgelöst und mithin Daten verschwinden könnten, ÖHMAN/AGGARWAL, S. 1 ff.; vgl. in diesem Kontext die kritische Frage des Zugangs zum Facebook-Konto einer Verstorbenen, BGH, Urt. v. 12.07.2018 – III ZR 183/17, BGHZ 219, 243; sowie BGH, Beschl. v. 27.08.2020 – III ZB 30/20.

<sup>1243</sup> PEUKERT, Kritik, S. 34 f.

<sup>1244</sup> Vgl. dazu die Überlegungen bei PEUKERT, Kritik, S. 27 ff.

<sup>1245</sup> Siehe dazu SOSNITZA, S. 238; WEBER, Zwangslizenz, S. 200 ff.

<sup>1246</sup> Vgl. zu diesem Aspekt GIESECKE, Buchkultur, S. 44 ff., 46.

Die Computerspielszene zeigt Ansätze auf, wie mit Emulatoren nachhaltige Lösungen entwickelt werden können.<sup>1247</sup> Diese Software ermöglicht es, alte Videospiele auf modernen Betriebssystemen laufen zu lassen. So wird das Spiel bewahrt und behält gleichzeitig den dynamischen Charakter. Bei diesem Ansatz handelt es sich indes meist um private Initiativen von Enthusiastinnen. Die von ihnen entwickelte Software folgt keinen festgelegten Standards. Dennoch bietet sich die Möglichkeit, daran rechtlich anzuknüpfen, beispielsweise um Verknüpfungspunkte auch in modernen Spielen sicherzustellen. Infrage kommen offene Standards,<sup>1248</sup> um eine Überarbeitung und Anpassung an neue Gegebenheiten zu garantieren.

## 2. Energieverbrauch

Die zweite Herausforderung im Kontext der nachhaltigen Speicherung im digitalen Raum betrifft die Energieeffizienz. Um technische Systeme aufrechtzuerhalten, Dateien zu speichern und Kryptowährungen oder digitale Avatare zu generieren,<sup>1249</sup> sind hohe Rechenleistungen und damit Energie nötig.<sup>1250</sup> Um den Energiebedarf möglichst gering zu halten, werden unter anderem für die Kühlung der Server viele Serverfarmen in kälteren Gebieten der Erde<sup>1251</sup> oder unter der Meeresoberfläche<sup>1252</sup> errichtet und betrieben. Die Unternehmen sparen auf diese Weise grosse Mengen an Energie, jedoch stellt sich die Frage, inwieweit sich dies auf das Klima auswirkt. Dies verdeutlicht, wie andere Lebensgrundlagen untergraben werden, um die Langlebigkeit digitaler Kultur als Grundlage für kommende Generationen sicherzustellen. Die Gefahr ist, dass eine Abwägung zwischen der digitalen Umwelt und der natürlichen Umwelt erfolgt, die derzeit oft zulasten der letzteren ausfällt.

Während bereits Klimaklagen gegen Unternehmen und Staaten geführt werden,<sup>1253</sup> um die Auswirkungen des Flugverkehrs oder den Abbau von Bodenschät-

---

<sup>1247</sup> Siehe Kap. 1 II.4.; vgl. zum Folgenden MAGET DOMINICÉ/HAUX/GRAF, S. 17 ff.

<sup>1248</sup> Vgl. dazu Kap. 5 I.

<sup>1249</sup> Dazu DEIN, S. 35 ff.

<sup>1250</sup> PASQUINELLI, S. 73.

<sup>1251</sup> Perma.cc/CGZ5-8A7P.

<sup>1252</sup> Perma.cc/JGU9-FR3Y.

<sup>1253</sup> Vgl. in Deutschland etwa den sog. Fall Huaraz, Beschluss des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 01.02.2018 im Rechtsstreit Lliuya ./ RWE AG (Az. 5 U 15/17 OLG Hamm).

zen einzudämmen, bleibt der Energieverbrauch durch das Internet von solchen Vorgängen weitgehend verschont. Es scheint allerdings nur eine Frage der Zeit, bis auch in diesem Bereich Diskussionen aufkommen. Dies wäre im Sinne der nachhaltigen Bewirtschaftung der digitalen Allmende und zukünftiger Generationen, denen nicht die Möglichkeit genommen werden sollte, über die eigene Realität zu disponieren.<sup>1254</sup>

### 3. Qualitätsauswahl

Trotz einer zunehmenden Musealisierung der Kultur<sup>1255</sup> wird bisher nur wenig darüber diskutiert, welche Qualitätsanforderungen an die Inhalte zu stellen sind.<sup>1256</sup> Damit kommenden Generationen ein möglichst umfassendes digitales Zeugnis übertragen werden kann, ohne andere Grundlagen zu untergraben, muss indes entschieden werden, was bewahrenswert ist.<sup>1257</sup> Erschwert wird diese Uneinheitlichkeit der Einstufung durch die verschiedenen Beteiligten. So sind nicht mehr öffentliche Museen allein, sondern zunehmend auch Privatpersonen oder Unternehmen in diesen Prozess involviert.

#### a. Archive.org

Eines der populärsten Beispiele in diesem Bereich ist Archive.org.<sup>1258</sup> Diese Initiative basiert massgeblich auf der Arbeit von Brewster Kahle, der sich zusammen mit seinen Mitarbeitenden darauf spezialisiert hat, digitale Inhalte jeglicher Art zu speichern. Zusammen arbeiten sie für einen nachhaltigen Zugang zu universellen Ressourcen. Obwohl die Website seit 1996 von einer relativ kleinen Anzahl von Menschen gepflegt und aktualisiert wird, besteht das Archiv inzwischen aus 330 Milliarden Webseiten, 20 Millionen Büchern und Texten, 4,5 Millionen Audioaufzeichnungen (davon 180 000 Live-Konzerte), 4 Millionen Videos (davon 1,6 Millionen Fernsehnachrichten), 3 Millionen Bildern und 200 000 Software-

---

<sup>1254</sup> WILLER, S. 160, mit Verweis auf den Wortlaut des Art. 28 der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung von 1793.

<sup>1255</sup> LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, S. 3 ff., auch zum Nachstehenden.

<sup>1256</sup> Vgl. zu dieser Frage TADEUSIEWICZ, S. 16 ff.

<sup>1257</sup> Vgl. PEUKERT, Kritik, S. 61, bei der Deklaration künstlerischer Artefakte; vgl. zum Nachstehenden MAGET DOMINICÉ/HAUX/GRAF, S. 17 ff.; gleichzeitig ist darauf zu achten, dass eine staatliche «Niveauekontrolle» vermieden wird, dazu HUSTER, S. 57 f.

<sup>1258</sup> Zum Folgenden [perma.cc/U2DU-5SR5](https://perma.cc/U2DU-5SR5).

programmen.<sup>1259</sup> Vergleichbar mit einer herkömmlichen Bibliothek bieten sie freien Zugang für Forscherinnen, Historikerinnen, Wissenschaftlerinnen und die breite Öffentlichkeit. Jede Person mit einem Account kann Medienarbeiten auf die Website hochladen, wobei Bücher den Schwerpunkt bilden.

Obschon die privaten Initiatorinnen durch diese umfassende Speicherung den Zugang zu kulturellen Inhalten für künftige Generationen gewährleisten wollen, findet kaum eine Qualitätsauswahl. Im Grunde wird möglichst umfassend gespeichert, ohne über eine kulturelle Wertigkeit zu entscheiden. Dies bringt auch Vorteile mit sich: Die Inhalte bleiben wertneutral erhalten und bei Bedarf kann jederzeit darauf zurückgegriffen werden.

## **b. Memory of Mankind**

Während Archive.org eine umfassende Aufgabe wahrnimmt, steht im direkten Vergleich das Projekt Memory of Mankind (MoM), das nicht auf die digitale Speicherung, sondern auf traditionelle Archivierungsmethoden setzt. Kuratiert und handwerklich betreut durch Martin Kunze wird im Austausch mit Wissenschaftsinstitutionen und staatlichen Stellen versucht, «die Geschichten über unsere Zeit [zu] bewahren und sie in naher Zukunft vor dem Vergessen<sup>1260</sup> [zu] bewahren».<sup>1261</sup> Bilder und Texte bis 50 000 Zeichen, die von interessierten Personen eingesandt werden – mitsamt einer Erklärung, warum der Inhalt bewahrenswert ist –, werden zunächst auf Keramik gedruckt. Durch ein thermisches Verfahren soll die langlebige Fixierung sichergestellt werden. Auf diese Weise halten die Keramikplatten Temperaturen bis 1 200 °C sowie Chemikalien, Wasser, Strahlung, Magnetismus und Druck aus. Sodann werden die Platten in einem Salzbergwerk in Österreich gelagert, das zum UNESCO-Weltkulturerbe Hallstatt/Dachstein gehört.

Einerseits lässt sich das MoM-Projekt somit als Gegensatz zum Internetarchiv Archive.org sehen: Kunze versucht, kuratorisch vorzugehen und ausgewählte Inhalte zu schützen, Kahle will eine umfassende Repräsentation des kulturellen Lebens abbilden. Andererseits wirken die beiden Modelle ergänzend: Die statische Speicherung durch das MoM wird mit einer dynamischen Aufbewahrung ergänzt.<sup>1262</sup> So stellen die zwei Modelle jeweils eine Stufe der Entwicklung dar, die

---

<sup>1259</sup> Perma.cc/DLA8-MDU4.

<sup>1260</sup> Vgl. dazu indes ESPOSITO, S. 184: «Die Macht des Gedächtnisses ist umso größer, je mehr Vergessen das Gedächtnis zulässt, je mehr es also davon absieht, Gegenstände aufzubewahren, ohne dass diese jedoch für immer verloren gingen.»

<sup>1261</sup> Zum Folgenden perma.cc/VL2C-CFUT.

<sup>1262</sup> Zur sich wandelnden Rolle der Museen in diesem Kontext SULLIVAN, S. 606 f.

im gleichen Schritt paradox ist. Während früher auch zur Speicherung des immateriellen Wortes auf das materielle Buch vertraut wurde, kommt es in den vergangenen Jahren umgekehrt zu einem beinahe blinden Vertrauen in immaterielle Prozesse.<sup>1263</sup> Das MoM-Projekt in Österreich dreht diesen Prozess abermals um und will das Vertrauen in die materielle Speicherung stärken.

#### 4. Zwischenfazit

Während Archive.org eine umfassende Sammlung anstrebt und erst kürzlich der Plattform MySpace bei der Wiederbeschaffung von Inhalten behilflich sein konnte,<sup>1264</sup> versucht das Memory-of-Mankind-Projekt, eine gezielte Auswahl zu treffen, die bisweilen jedoch willkürlich erscheint. Beide Initiativen ergänzen sich demnach, werden für sich allein dem Anspruch einer nachhaltigen Speicherung und Auswahl digitaler Kultur aber nur bedingt gerecht. Ferner bleibt in beiden Projekten die Sicherstellung von Sozial- und Bedeutungszusammenhängen weitgehend aussen vor.<sup>1265</sup> Obgleich diese Ziele eine grosse Herausforderung darstellen, haben neben wissenschaftlichen Institutionen auch politische Parteien am Diskurs teil.<sup>1266</sup> Das Recht hat hierbei einen geschützten Rahmen zu schaffen, um diesen Austausch zu institutionalisieren und die gleichberechtigte Partizipation sicherzustellen. Gelingen kann dies mithilfe einer Stärkung der Drittwirkung von Grundrechten zwischen verschiedenen Akteuren.<sup>1267</sup>

In Kontext der digitalen Nachhaltigkeit ist für das Recht zudem die Ebene der Technologie zu berücksichtigen. Wie die Herausforderungen bei der Interoperabilität zeigen, bleibt unklar, wie die Fähigkeit zum Anschluss an sich stets weiterentwickelnde Systeme sichergestellt werden kann. Die bestehenden Ansätze von Spieleenthusiasten sind eine Grundlage, die in rechtliche Standards überführt werden sollte. Um eine länderübergreifende Rechtseinheitlichkeit sicherzustellen, sollte die Gesetzgeberin auf europäischer Ebene ansetzen und die betroffenen Interessengruppen bei der Ausarbeitung der Normen mit einbeziehen.

---

<sup>1263</sup> Vgl. zu diesen Überlegungen MANCINI, S. 19 ff.; «Digitale Güter nutzen sich nicht ab», GRÜNBERGER, *Digitale Güter*, S. 232.

<sup>1264</sup> [Perma.cc/Z9VK-VULQ](http://Perma.cc/Z9VK-VULQ).

<sup>1265</sup> Vgl. zu diesem Aspekt im Allgemeinen LENSKI, *Öffentliches Kulturrecht*, S. 4 f.

<sup>1266</sup> Vgl. KATSOS, S. 31.

<sup>1267</sup> Siehe Ansätze zur Ausweitung der Drittwirkung der Grundrechte (im Internet) bei KARAVAS, S. 50 ff.

Neben die technologische Ebene treten finanzielle Erwägungen. Während die Softwarestandards und Projekte wie MoM massgeblich auf freiwilliger Arbeit beruhen, ist zu klären, wie nachhaltige Finanzierungsquellen sichergestellt werden können, um diese vielfältigen Aufgaben zu bewältigen.

## V. Kompensation

Die Frage nach der Kompensation zielt auf Finanzierungsquellen, die dazu beitragen könnten, den Gesamtrahmen der digitalen Allmende monetär abzustützen. Im Gegensatz dazu wurde einleitend jedoch die These vertreten, dass sich im digitalen Raum zahlreiche Modelle durch eine nicht monetär basierte Dimension auszeichnen. Im fünften Kapitel wurde dargelegt, dass dies zutrifft. Gleichzeitig wurde die Differenz zwischen offenen und kostenlosen Zugängen beschrieben und welche Rolle der Anerkennung dabei zukommt. Letztgenannter Aspekt wurde im 3. Kapitel vertieft behandelt.

Einhergehend mit der Infragestellung rein monetär basierter Systeme wurde in Kapitel 6 beschrieben, wie sehr eine wirtschaftliche Ausrichtung dazu beiträgt, sich in einem ökonomisch ausgerichteten Wirtschaftssystem durchzusetzen. Dies gilt auch für digitale Kultur, die unter anderem von immaterialgüterrechtlichen Regelungen erfasst wird,<sup>1268</sup> die von einem eigentumsrechtlichen Denken geprägt sind.<sup>1269</sup>

Somit überrascht es wenig, dass die Kommerzialisierung digitaler Kultur ungehindert voranschreitet.<sup>1270</sup> Diese Entwicklungen, denen die Grundannahme eines homo oeconomicus<sup>1271</sup> oder ein sog. Rational-Choice-Ansatz<sup>1272</sup> zugrunde liegt, werden von der Rechtswissenschaft zunehmend hinterfragt.<sup>1273</sup> Das «Menschenbild also, das auf den Verhaltensprämissen der Rationalität<sup>1274</sup> und egoisti-

---

<sup>1268</sup> SIEGRIST, S. 59.

<sup>1269</sup> Siehe kritisch dazu PEUKERT, Kritik, passim.

<sup>1270</sup> LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, S. 6 f.

<sup>1271</sup> Dazu kritisch MATTEI, Eine kurze Phänomenologie der Commons, in: Helfrich – Commons, S. 74 ff.; PEIFER, Commons, S. 681; EFRONI, S. 404 ff.; zu den Personifikationen (Homo oeconomicus, juridicus, politicus und sociologicus) innerhalb ihrer Sozialsysteme TEUBNER, Elektronische Agenten, S. 20 ff.

<sup>1272</sup> PEIFER, S. 38; OSTROM, Behavioral Approach, S. 1 ff.

<sup>1273</sup> HOFFMANN-RIEM, Innovation und Recht, S. 59.

<sup>1274</sup> Vertiefend zum Begriff «Rationalität» und lesenswert HABERMAS, Kommunikativ, S. 25 ff.

schen Nutzenmaximierung beruht»,<sup>1275</sup> erscheint unzeitgemäß. Insbesondere im Urheberrecht wird befürchtet, dass dieser Rechtsbereich zum reinen Investitionsschutz verkommt<sup>1276</sup> und somit die eigene Ausrichtung untergräbt – weshalb neue Ideale als Erklärungsmuster für das Recht gesucht werden.<sup>1277</sup> So räumen Modelle wie der homo cooperans,<sup>1278</sup> der homo empaticus<sup>1279</sup> oder der homo socialis<sup>1280</sup> kooperativen Grundsätzen eine stärkere Bedeutung ein und betonen die Notwendigkeit von Zusammenarbeit. Wenngleich fraglich ist, ob diese Umbenennungen allein Veränderungen in der Ausrichtung des Urheberrechts sichtbar machen, geraten in jedem Fall die Beziehungen und sozialen Praktiken vermehrt in das Blickfeld der Rechtswissenschaft.<sup>1281</sup> Je weniger das derzeitige Urheberrecht die kulturpolitischen Ziele erreichen kann, desto mehr gewinnen diese alternativen Modelle an Bedeutung.<sup>1282</sup> Dem Konzept der digitalen Allmende entsprechend geht es mithin um Überlegungen, die über binäre Entscheidungen – etwa Eigentum vs. Gemeinfreiheit –<sup>1283</sup> hinausgehen und die zahlreichen Zwischenstufen zwischen diesen beiden Extremen nachvollziehen.

## 1. Konsumieren / beitragen

Der Fokus auf die Beziehungen und Verhältnisse setzt das Herausarbeiten der Beteiligten voraus. Wie in Kapitel 3 und Kapitel 4 beschrieben, sind diese im digitalen Raum nicht immer einfach zu erfassen. Gleichzeitig muss eine digitale All-

---

<sup>1275</sup> So jedenfalls HANSEN, S. 116; wobei DIETZ/DOLŠAK/OSTROM/STERN, *The Drama of the Commons*, in: NRC – Drama, S. 5, zeigen, dass Menschen nicht immer eigensüchtig handeln, sondern über Selbstinteressen hinwegsehen und -denken; dazu GIGERENZER, *The Adaptive Toolbox*, in: Gigerenzer/Selten, S. 48, der die besondere menschliche Eigenart betont, mit anderen zum Wohl aller zu kooperieren, wenngleich eine genetische Verbindung nicht besteht. Nur dank dieses reziproken Altruismus konnten Bildungseinrichtungen und Märkte entstehen.

<sup>1276</sup> WIELSCH, *Zugangsregeln*, S. 283; siehe dazu MACMILLAN, S. 27 ff.

<sup>1277</sup> REHBINDER.

<sup>1278</sup> SCHLÄPPI, *Einleitung*, in: Schläppi/Gruber, S. 12.

<sup>1279</sup> QUARTA, S. 75.

<sup>1280</sup> HELBING, S. 3 ff.

<sup>1281</sup> Vgl. dazu PEUKERT, *Kritik*, S. 153 ff.

<sup>1282</sup> Vgl. dazu LENSKI, S. 157.

<sup>1283</sup> SIEGRIST, S. 85.

mende, die eine gleichwertige Behandlung der Beteiligten vorsieht, Unterscheidungen treffen.

In einem ersten Schritt kann zwischen einem rein konsumtiven Verhalten der Nutzerinnen<sup>1284</sup> und dem Umgang mit Kreativität als notwendiger Kontribution differenziert werden.<sup>1285</sup> Die Rolle der produktiv Tätigen wird im Immaterialgüterrecht weiterhin durch «Eigentumslogiken»<sup>1286</sup> geprägt, um die Schwierigkeit der Beherrschbarkeit unkörperlicher Objekte zu umgehen. Resultat ist ein Paradox: Einerseits wird versucht, eine hohe Abstraktion zu erreichen, um eine Regulierung zu ermöglichen, andererseits geraten die Objekte zu abstrakt, um dem Grunde nach Gegenstand von Eigentumsrechten zu sein.<sup>1287</sup> Nur wenige Autorinnen hinterfragen, was das regulierte Etwas ausmacht.<sup>1288</sup> Wirft man einen genaueren Blick auf Sinn und Zweck von Urheberrechten, wird deutlich, dass etwas anderes reguliert werden soll: Handlungen. Die Vergabe von Lizenzen zielt demnach nicht darauf ab, festzulegen, wer was und warum darf oder nicht. Dies setzt Eigentumszuweisungen nicht um jeden Preis voraus.<sup>1289</sup>

Die Rolle der Nutzerinnen bleibt hingegen weitgehend ausgeklammert. Das Immaterialgüterrecht räumt ihnen mithilfe der Schranken nur unter bestimmten Umständen Rechte ein, sodass es bei der Grundannahme bleibt, dass sie Ausnahmen darstellen. In anderen Fällen hängt ihre Nutzungsmöglichkeit von Zustimmungserfordernissen ab. Dies wirft die Frage auf, wie Weiterentwicklungen im kulturell-kreativen Bereich ermöglicht werden sollen, wenn dieses Abhängigkeits-

---

<sup>1284</sup> DREIER, S. 285; «Denn neben dem individuell zugeordneten, auf subjektive Rechte gestützten <geistigen Eigentum> der Urheber vermag das Urheberrecht prinzipiell auch die Nutzer ihrer Werke zu schützen», GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 106; «The emergence of mechanisms to support and stimulate creativity based on user patronage will work towards the goal of empowering the public as the central figure of the creative process», FROSIO, Gift, S. 2045 ff.; zur zunehmenden Bedeutung der Rezipientin HANSEN, S. 51; «Die vielleicht wichtigste Ergänzung, die ein System subjektiver Rechte erfahren muss [...], ist die Gewährleistung von Nutzerfreiheiten in einem Umfang, der die Möglichkeiten der dezentralen Erzeugung von Wissen durch eine Vielzahl von Akteuren erhält», WIELSCH, Zugangsregeln, S. 6.

<sup>1285</sup> FISCHER, Verwicklung, S. 213 ff.; DERS., Sampling, S. 96 ff.

<sup>1286</sup> Kritisch dazu WIELSCH, Intermediäre, S. 666; DERS., Umwelten, S. 278.

<sup>1287</sup> Vgl. PEUKERT, Kritik, S. 56.

<sup>1288</sup> PEUKERT, Kritik, S. 8 ff. m. w. N.

<sup>1289</sup> Zum Vorstehenden siehe PEUKERT, Kritik, S. 56.

verhältnis bestehen bleibt.<sup>1290</sup> Ferner führt die derzeitige Rechtslage oft zu Rechtsunsicherheit<sup>1291</sup> bei den Nutzerinnen.<sup>1292</sup> Verstärkt wird diese Schwierigkeit durch ein System, das die Auffindbarkeit der Urheberinnen erschwert.<sup>1293</sup> Das Ziel sollte deshalb nicht sein, abstrakt über Anreizmöglichkeiten<sup>1294</sup> nachzudenken, sondern sich mit den realen Bindungen zu befassen:<sup>1295</sup> der Entstehung, dem Diskurs und der Verbreitung. Dies kann gelingen, wenn neben den Schutzrechten als rechtlich konstruierten Zuweisungen die soziale Dimension verstärkt Eingang in das Urheberrecht findet.<sup>1296</sup> Dem «Zweitveröffentlichungsrecht»<sup>1297</sup> vergleichbare Rechtskonstrukte sind hierbei verstärkt in Erwägung zu ziehen, die eine gesellschaftliche Rückbindung und Nachvollziehbarkeit sicherstellen. Zudem ist zunehmend auf einen Persönlichkeitsbezug zu achten, wodurch nicht nur das Geflecht an Beziehungen zwischen der Einzelnen und dem Kollektiv, sondern auch die am Entstehungsprozess beteiligten Medien normativ berücksichtigt werden.<sup>1298</sup>

## 2. Frei / kostenlos

Die Begriffe «frei» und «kostenlos» werden oft gleichgesetzt, obwohl zwischen freien und kostenlosen Inhalten differenziert werden kann. An dieser Stelle fällt auf, dass die proklamierte und kritisierte «Gratiskultur»<sup>1299</sup> oder «Kostenlos-Gesellschaft»<sup>1300</sup> im digitalen Raum nicht als allgemeine Haltung zu verstehen ist. Vielmehr wird das «frei» nicht wie in «Freibier», sondern wie in «Freiheit» ver-

---

<sup>1290</sup> PEUKERT, Kritik, S. 22.

<sup>1291</sup> KLASS, S. 9.

<sup>1292</sup> Zu Letzterem im Kontext von Kulturpraktiken insb. DOBUSCH/HONDROS/QUACK/ZANGERLE, S. 1 ff.; IBERT/JACKSON/THEEL/VOGELGSANG, S. 1 ff.; SCHRÖR, S. 1 ff.

<sup>1293</sup> BVerfGE 142, 74 (107).

<sup>1294</sup> Zu finanziell basierten Modellen siehe Kap. 6 I.

<sup>1295</sup> PEUKERT, Kritik, S. 16.

<sup>1296</sup> Vgl. GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 97 f.

<sup>1297</sup> Vgl. Kap. 5 III.

<sup>1298</sup> Vgl. GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 98 f.

<sup>1299</sup> Dazu AMINI, S. 27; vgl. die Studien von DE KAMINSKI et al., S. 309 ff.; siehe eine a. A. bei DARLING, Internet Pornography without IP, in: Darling/Perzanowski, S. 201 ff., jedenfalls im Adult-Entertainment-Bereich; siehe dazu FARCHY, The Internet: culture for free, in: Towse, S. 245 ff.

<sup>1300</sup> SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 11.

standen.<sup>1301</sup> Berücksichtigt man, dass das Immaterialgüterrecht von Beginn an im gesamtgesellschaftlichen Interesse die Betätigungsfreiheit in Kunst und Wissenschaft bezweckt,<sup>1302</sup> entspricht dieses Credo dem Anspruch des Rechts selbst.

Damit einhergehend gewinnt das Prinzip «zahle, was du willst» an Bedeutung. Zunehmend beliebt sind Modelle, in denen die Nutzerinnen Inhalte nutzen können und zugleich darauf hingewiesen werden, welcher Betrag aus der Sicht der Urheberin dafür angemessen wäre.<sup>1303</sup> Darüber hinaus generieren diese Modelle neue soziale Beziehungen, indem eine direkte Interaktion zwischen den kreativ Tätigen und den auf Nutzung bedachten Beteiligten möglich wird.

Fraglich ist jedoch, wie sich ein solcher Ansatz im Urheberrecht implementieren lässt. In diesem Kontext wird auf die Möglichkeit von Zwangslizenzen hingewiesen.<sup>1304</sup> Bei einem solchen Modell kann der Inhaberin eines Ausschliesslichkeitsrechts die gesetzliche Pflicht auferlegt werden, unter bestimmten Voraussetzungen die Erlaubnis zur Nutzung zu erteilen. Den Nutzerinnen wird somit ein Nutzungsrecht eingeräumt, das wiederum an Bedingungen geknüpft ist. Dies regt dazu an, darüber nachzudenken, wie diese Bedingungen ausgestaltet werden können. Einerseits erscheint eine weitgehende Zwangslizenz illusorisch, andererseits steht eine solche Lizenz in beispielhafter Übereinstimmung mit Überlegungen der Arbeitsgruppe zum Urheberrecht (AGUR 12) in der Schweiz, die damit beauftragt wurde, Möglichkeiten zur Anpassung des Urheberrechts an die technische Entwicklung aufzuzeigen.<sup>1305</sup> Die dabei entwickelten Vorschläge zielten unter anderem darauf ab, eine sog. Social-Sharing-Schranke einzuführen. Diese sollte dann Anwendung finden, wenn keine gewerblichen Zwecke verfolgt werden. Die Schranke wurde bei der Revision des Urheberrechts letztlich nicht berücksichtigt. Eine Erweiterung auf künstlerische Zwecke hätte aber diskutiert werden können.<sup>1306</sup>

---

<sup>1301</sup> So der berühmte Satz von RICHARD STALLMAN; zum Verständnis von *Freedom* in den Software-Lizenzen FERRAZ, S. 162.

<sup>1302</sup> WIELSCH, Zugangsregeln, S. 55.

<sup>1303</sup> Vgl. FROSIO, Gift, S. 2043.

<sup>1304</sup> Siehe dazu etwa AMINI, S. 197; PÖTZLBERGER, S. 381 ff.; WEBER, Zwangslizenz, passim; kritisch MICHALIK, S. 172 ff. Im schweizerischen URG findet die Zwangslizenz beispielhaft in Art. 23 URG als «Zwangslizenz zur Herstellung von Tonträgern» Eingang. Eine gleichnamige Norm ist im deutschen Urheberrechtsgesetz in § 42a UrhG verortet.

<sup>1305</sup> Vgl. die Meldung unter [perma.cc/95RY-S2PN](https://perma.cc/95RY-S2PN).

<sup>1306</sup> Vgl. dazu ZIEGLER, S. 253 ff.

### 3. Tausch / Schenkung

Neben die vorangehend beschriebenen Modelle treten verschiedene Verhältnisse, die durch Tausch und Schenkung geprägt sind. Einleitend ist zweierlei zu berücksichtigen. Erstens darf – entgegen dem vorherrschenden Alltagsverständnis – der zwanghafte Charakter beider Beziehungssysteme nicht unterschätzt werden.<sup>1307</sup> Gerade in sozialen Austauschverhältnissen spielen Erwartungen und sozialer Druck eine entscheidende Rolle. Zweitens ist es erforderlich, grundlegend zwischen Tauschen und Schenken zu differenzieren.<sup>1308</sup> Während beim Tausch in erster Linie Tauschäquivalente auf einem Markt erwartet werden, rechnet die Schenkerin beim Geschenk zu einem späteren Zeitpunkt mit einer Erwidergeste. Dennoch sind bei der Schenkung ebenfalls Äquivalente vorhanden, die jedoch eine ganz andere Wertigkeit haben können.<sup>1309</sup> Mithin stehen sich nicht nur verschiedene Güter oder Gesten, sondern auch unterschiedliche Werte gegenüber. Beide Ansätze eint jedoch, dass ihnen ein Verständnis neuer Formen von Reziprozität zugrunde liegt, die sich in das Feld der digitalen Kultur übertragen lässt. So werden keine direkten Gegengaben zugestanden oder erwartet, sondern indirekte Austauschverhältnisse institutionalisiert. Durch eine Erweiterung der nutzbaren Sphäre weiten sich sodann die Funktionsmöglichkeiten.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Recht nicht ausgeblendet wird, obwohl diese Verhältnisse zum Teil auf informellen Praktiken beruhen. Rechtliche Regeln können im Gegenteil helfen, die Fremdbindung mitsamt der Beachtung gegenseitiger Pflichten sicherzustellen und im Konfliktfall durchsetzbar zu machen.<sup>1310</sup>

Ferner bieten sich Schenkungsverhältnisse als ergänzende Systeme an, weil sie Einzelfälle mit ihren sozial-kulturellen Faktoren stärker in den Blickpunkt rücken können. Die Nutzung soll nicht eins zu eins vergütet, sondern in ein proportionales Verhältnis gesetzt werden.<sup>1311</sup> Dies ermöglicht es, die kulturelle Produktion als das

---

<sup>1307</sup> DAVIS, S. 10 ff.

<sup>1308</sup> Vgl. zum Nachstehenden grundlegend MAUSS, passim; DAVIS, passim.

<sup>1309</sup> FROSIO, Gift, S. 2034.

<sup>1310</sup> Vgl. zum Vorstehenden WIELSCH, Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 385.

<sup>1311</sup> Vgl. zu solchen Regulierungsmöglichkeiten anhand des Beispiels der Aufteilung von Zaunkosten ELLICKSON, S. 71 f.

zu verstehen, was sie ist: eine soziale Angelegenheit,<sup>1312</sup> so wie im Fall «Metall auf Metall».<sup>1313</sup>

Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob dieses Verständnis durch neue Technologien entscheidend geprägt wurde oder schon immer bestand.<sup>1314</sup> Fest steht, dass in der Hackerinnen-Kultur Austauschverhältnisse seit jeher eine übergeordnete Bedeutung einnehmen. Diese Praktiken beruhen oft auf unausgesprochenen Standards, wobei Mischformen aus Teilen und Schenken Anwendung finden.<sup>1315</sup> Obschon auf diese Weise gute Ergebnisse erzielt werden können und eine Weiterentwicklung der Systeme möglich wird, fehlt es im Hinblick auf die Konstituierung einer digitalen Allmende an Konfliktlösungsmechanismen.<sup>1316</sup> Das Miteinander funktioniert nur so lange auf einer gesicherten Basis, bis Meinungsverschiedenheiten entstehen. Gleichzeitig verdeutlicht dieses Beispiel, dass in Zukunft vermehrt mit unentgeltlichen Austauschverhältnissen zu rechnen ist.<sup>1317</sup> In diesem Zusammenhang ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu begrüßen, indem es durch den Schwerpunkt auf künstlerische und soziale Faktoren diese Entwicklung rechtlich nachvollzieht. Das Gericht zeigt zudem auf, wie sehr die ästhetische Produktion von der Materialität der Medien abhängig ist.<sup>1318</sup>

Zugleich ist zu fragen, was gegen eine Ausweitung der Bearbeitungs- und Weiterentwicklungsrechte spricht. Normativ liessen sich diese verstärkten Freiheiten bei der Umgestaltung und kreativen Nutzung durch eine Ausweitung der Bearbeitungsrechte im deutschen Urheberrecht<sup>1319</sup> umsetzen, während in der Schweiz dem sog. Werk zweiter Hand<sup>1320</sup> ein grösserer Anwendungsrahmen zugestanden werden könnte.<sup>1321</sup> Wengleich solche Ansätze idealistisch geprägt sind,<sup>1322</sup> würde sich mit der Anerkennung des Potenzials einiges an der urheberrechtlichen Per-

---

<sup>1312</sup> MADISON/FRISCHMANN/STRANDBURG, S. 669.

<sup>1313</sup> BVerfGE 142, 74 (90).

<sup>1314</sup> Vgl. zur kollektiven Basis immaterieller Güter GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 97.

<sup>1315</sup> FROSIO, Gift, S. 2032 ff.

<sup>1316</sup> Dazu indes DAVIS, S. 99 ff.

<sup>1317</sup> Vgl. HOFFMANN-RIEM, Innovation und Recht, S. 629 ff.

<sup>1318</sup> WIELSCH, Kunst ist mehr.

<sup>1319</sup> Vgl. § 3 UrhG.

<sup>1320</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 3 URG.

<sup>1321</sup> Vgl. indes BGE 85 II 120, E. 8, und BGE 125 III 328, E. 4b, wobei die gegensätzliche Tendenz deutlich wird.

<sup>1322</sup> PEUKERT, Kritik, S. 168.

spektive ändern.<sup>1323</sup> Aus «illegalen Nutzerinnen»<sup>1324</sup> würden «Ermöglicherinnen», die eine Weiterentwicklung der digitalen Kultur sicherstellen und die Bedeutung alternativer Anreizmechanismen<sup>1325</sup> aufzeigen. Ein entsprechend ausgerichteter normativer Rahmen würde somit «die Entwicklungsmöglichkeiten von persönlicher Identität, gemeinsamer Produktivität und kollektivem Wissenserwerb»<sup>1326</sup> stärken und damit eine rechtliche Grundlage für innovative Kulturformen schaffen.

## VI. Beziehungen

Wie dargelegt, spielen in Austauschverhältnissen vielfältige Komponenten eine Rolle, wobei finanzielle Abhängigkeiten nicht als zentral angesehen werden. Doch welche weiteren Charakteristika zeichnen die bestehenden Beziehungen aus? Diesbezüglich wurde einleitend die These aufgestellt, dass in digitalen Räumen im Kollektiv zusammengearbeitet wird, die individuelle Nutzung und Bearbeitung jedoch weiterhin Bestand hat. Das dritte Kapitel hat versucht, diese sozialen, ökonomischen und kulturellen Verhältnisse am Beispiel Wikipedia nachzuvollziehen. Deutlich wurde, dass es nicht immer einfach ist, die Rolle der individuell Beteiligten herauszuarbeiten. Vielmehr tritt die Bedeutung von kollektiven Tätigkeiten besonders hervor. Darüber hinaus wurde sichtbar, dass die Interessen der Beteiligten nicht allein durch das bestehende Urheberrechtsregime gedeckt werden. So bedarf es weitergehender Ansätze, die es ermöglichen, die sozialen und kulturellen Prozesse nachzuvollziehen.<sup>1327</sup> Unklar bleibt, wie das Zusammenspiel zwischen den Beteiligten, den Inhalten und dem Recht organisiert werden kann. Eine Institutionalisierung dieser «sozialen Wechselseitigkeiten» wirkt unentbehrlich,<sup>1328</sup> was vorliegend durch eine Neuzeichnung der digitalen Allmende angestrebt wird.

---

<sup>1323</sup> Vgl. LATOUR, ANT, S. 373.

<sup>1324</sup> Lesenswert dazu HABER, Copyright protection of illegal works, in: Bonadio/Lucchi, S. 401 ff.

<sup>1325</sup> Vgl. Kap. 7 V.

<sup>1326</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 103.

<sup>1327</sup> Vgl. SIEGRIST, S. 83; vgl. dazu PEUKERT, Kritik, S. 21.

<sup>1328</sup> FISCHER, Verwicklung, S. 214 f.

## 1. Kollektive Entstehung

Im digitalen Raum ist das Entstehen von Kultur durch das Miteinander geprägt.<sup>1329</sup> Forderungen nach einer stärkeren Berücksichtigung dieser Produktionsbedingungen durch das Urheberrecht rücken folglich stärker in den Vordergrund.<sup>1330</sup> Diesem Postulat stehen gegensätzliche Tendenzen in der Rechtspraxis gegenüber, die zur Verfestigung beider Standpunkte beitragen:

«Für das Entstehen von Werken jedweder Art gilt generell, dass sie auf **unberechenbaren, nicht messbaren Eingebungen in Hirn und Seele ihres Schöpfers beruhen und so wenig erklärbar sind, wie das Leben selbst**. Lässt sich der jeweilige Einfluss mit menschlichen Erkenntnismöglichkeiten aber nicht erfassen, so kann die jeweilige **reale Werkschöpfung in rechtlicher Hinsicht nur der natürlichen Person zugeordnet werden, die sie hervorgebracht hat** und nicht – angeblich dahinter stehenden – spirituellen Einflüssen. Andernfalls müssten derartige Schöpfungen urheberrechtlich schutzlos bleiben, weil «außerirdische Wesen» nicht Rechtssubjekte sein können. Ein Geisteswerk ist nach allem demjenigen Rechtssubjekt als Schöpfer zuzurechnen, das die Form gewordene Vorstellung erstmals zum Ausdruck gebracht hat.»<sup>1331</sup>

Dieser Ausschnitt aus einem Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main aus dem Jahr 2014 macht zweierlei deutlich: erstens die Fokussierung auf das menschliche Einzelwesen, das in der Lage sein soll, isoliert von jeglichen materialen Voraussetzungen und sozialen Kontexten Neues zu schöpfen; zweitens rückt auf diese Weise das Werk stärker ins Zentrum des Immaterialgüterrechts.<sup>1332</sup> Dies verdeutlicht den Kontrast zwischen den Forderungen der Rechtswissenschaft und bestimmten Aussagen in der Rechtspraxis. Zu klären ist somit, wie dieses Spannungsfeld aufgelöst werden kann.

Während die zentrale Rolle des Werkes schon seit Längerem hinterfragt wird,<sup>1333</sup> bleibt die Stellung der Urheberin im Beziehungsgeflecht der Kulturproduktion weiter ungeklärt. Wie Kapitel 3 und 4 erkennen liessen, wird dies im Onlinebereich weiter erschwert, weil nicht nur die Quellen, sondern auch die Beteiligten im Verborgenen bleiben. Im Fall «Metall auf Metall» wird ebenfalls her-

---

<sup>1329</sup> PEUKERT, Kritik, S. 152; vgl. zu kollektiver Kreativität FISCHER, Sampling, S. 94 ff.

<sup>1330</sup> SUCKER, 17 ff. m. w. N.

<sup>1331</sup> OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13.05.2014 – 11 U 62/13 – Jesus-Wachträumerin, GRUR 2014, S. 863 ff., 864 [Hervorh. d. Verf.], zitiert nach PEUKERT, Kritik, S. 82, Fn. 111.

<sup>1332</sup> Vgl. zur historischen Entwicklung PEUKERT, Kritik, S. 73 ff.

<sup>1333</sup> Vgl. PEUKERT, Kritik, S. 155 m. w. N.

vorgebracht, dass die Rechteinhaberinnen nicht ohne Weiteres auffindbar sind.<sup>1334</sup> Gleichzeitig wird versucht, dieser Problematik entgegenzuwirken, etwa indem bei OA-Publikationen die Werke mit Metadaten verknüpft werden, um Auffindbarkeit<sup>1335</sup> und Nachvollziehbarkeit zu erleichtern.<sup>1336</sup> Doch mit solchen Verfahren bleibt der tatsächliche «Stammbaum»,<sup>1337</sup> also die Historie der Quellen und ihre Inspiration, verdeckt.<sup>1338</sup> Diese Aspekte der Weiterentwicklung, der Nachahmung und Nachbildung sind folglich aufzudecken und nachvollziehbar zu machen.<sup>1339</sup> Mit technologischen Applikationen und einem Rechtsrahmen, der die vielfältigen Stufen der Kulturproduktion abbildet, bliebe die Erkenntnis bestehen, dass auch im Digitalen Kultur nur aufgrund von Kopplungen und Bindungen, also durch einen «sozialen Unterbau»,<sup>1340</sup> entstehen kann.<sup>1341</sup>

Mit diesem Fokus auf die erforderlichen Relationen,<sup>1342</sup> die der Kulturproduktion zugrunde liegen, kann an die Ausführungen zum Raum angeknüpft werden. So sind gesellschaftliche Strukturen das Ergebnis soziokultureller Praktiken, die es ermöglichen, Beteiligte und Inhalte in Beziehung zu setzen.<sup>1343</sup> Das skizzierte Raumverständnis lässt das Konturieren relationaler Ordnungen zu, indem es Differenzen und Abgrenzungen aufzeigt.<sup>1344</sup> MERIMA BRUNCEVIC beschreibt dies als «becoming space»,<sup>1345</sup> mithin einen fortlaufenden Prozess. Ihr zufolge kommt es zur Auflösung vorhandener Dichotomien, die kollabieren und ein neues Raumgefüge hervorbringen, in dem sich die Beteiligten und die Inhalte neu ordnen

---

<sup>1334</sup> BVerfGE 142, 74 (89–90).

<sup>1335</sup> «Riesige, nicht aufsuchbare Bibliotheken, in denen die Bücher nicht auffindbar sind, kämen dem reinen Verlust von Gedächtnis gleich», ESPOSITO, S. 184.

<sup>1336</sup> Zur Verwendung von Metadaten zur Contenterkennung in der Musikindustrie, etwa durch Zefr, HUI, S. 176 f.

<sup>1337</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 93 f.

<sup>1338</sup> Vgl. dazu TARDE, S. 67.

<sup>1339</sup> Vgl. TARDE, S. 19.

<sup>1340</sup> AMSTUTZ, S. 461.

<sup>1341</sup> SCHROER, S. 270.

<sup>1342</sup> Vgl. zur relationalen – im Gegensatz zur personalen oder organisationalen – Intelligenz im Kontext der Wissensentstehung LADEUR/VESTING, Geistiges Eigentum im Netzwerk – Anforderungen und Entwicklungslinien, in: Eifert/Hoffmann-Riem, Geistiges Eigentum, S. 132 ff.

<sup>1343</sup> Vgl. dazu AHRENS, S. 201.

<sup>1344</sup> Vgl. AHRENS, a. a. O.

<sup>1345</sup> BRUNCEVIC, S. 135 ff.

müssen.<sup>1346</sup> Am Ende mündet diese Gefüge laut BRUNCEVIC in Commons, die zur (Re-)Organisation der Struktur beitragen.<sup>1347</sup> Die Autorin vollzieht somit einen schnellen Schritt vom unorganisierten Raum zu organisierten Commons-Strukturen. Dabei übersieht sie jedoch die Notwendigkeit aktiver Beteiligter, um diese selbst organisierten Strukturen aufzubauen. Nichtsdestotrotz gelingt es BRUNCEVIC, aufzuzeigen, wie sich Commons oder vergleichbare Allmendesysteme in dieses Gefüge des Miteinanders zwischen Beteiligten und Inhalten einfügen und bei Institutionalisierungsprozessen – beim commoning<sup>1348</sup> – behilflich sein können.

Spätestens bei der Berücksichtigung des urheberrechtlichen Persönlichkeitsrechts treffen indes Kollektivprozesse auf das Ideal der einzelnen «Schöpferin». Statt einen unauflösbaren Konflikt zu befürchten, wird jedoch deutlich, wie sehr sich beide Konzepte ergänzen und voneinander profitieren. So lässt sich die Persönlichkeit kaum fernab von zwischenmenschlichen Beziehungen denken,<sup>1349</sup> die sich durch Nachahmung, Adaption und Weiterentwicklung gegenseitig beeinflussen und prägen. Mithin ist einerseits der individuelle Anteil zu berücksichtigen, andererseits kann die Einzelne nicht losgelöst von «Gemeinschaftsbezügen» betrachtet werden.<sup>1350</sup>

Doch wie lässt sich dieses «Spannungsfeld» zwischen Individualität und Kollektivität auflösen? Oder trägt diese Unterscheidung schon gar nicht mehr, weil die Interdependenz zwischen Einzigartigkeit und Kollektivität produktive Ergebnisse ermöglicht?<sup>1351</sup>

Um Antworten auf diese Fragen zu finden, kann man an die Arbeit im Tonstudio denken. Das finale Werk in diesem Kontext ist das Ergebnis der alleinigen Arbeit der Sängerin, jedoch gerät dabei in Vergessenheit, dass die ästhetisch-produktive Arbeit nur durch kollektiv-relationale Aktivitäten möglich ist.<sup>1352</sup> Nicht nur in der Musik selbst werden zahlreiche Referenzen deutlich, sondern auch während des Prozesses partizipieren verschiedene Beteiligte. Diese entscheidende Bedeutung des sozialen Kontexts wird vom Urheberrecht bis dato weitgehend

---

<sup>1346</sup> BRUNCEVIC, S. 135.

<sup>1347</sup> BRUNCEVIC, S. 137 ff.

<sup>1348</sup> Vgl. dazu SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, S. 23.

<sup>1349</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 98.

<sup>1350</sup> GRUBER, a. a. O., auch zum Folgenden.

<sup>1351</sup> Vgl. dazu STALDER, Solidarität, S. 36 f.

<sup>1352</sup> SILVA, S. 28.

ignoriert.<sup>1353</sup> Im Gegensatz bestraft es kollektiv-relational entstandene Werkerschöpfungen in vielen Fällen als Kopien oder Plagiate, obschon eine Sozialschädlichkeit nicht immer nachgewiesen werden kann.<sup>1354</sup> Statt diesen Werken die Anerkennung zu entziehen, sollte der Fortschritt begrüßt werden, der aus dieser «kollektiven Mediation» resultiert und durch den Zusammenhalt und die Zusammenarbeit der Gehirne möglich wird.<sup>1355</sup> Gelingt dies, kann die Gesellschaft von einem potenziellen Mehrwert profitieren.

Wie angedeutet, bedeutet dies jedoch nicht, dass das Individuum in der Konsequenz an Bedeutung verlieren muss. Der Urheberin sollte weiterhin das Recht zugestanden werden, sich in bestimmten Situationen, in denen die eigene Persönlichkeit betroffen ist, schützen zu können. Diese Bedeutung darf durch ein Verständnis der kollektiven Werkentstehung nicht untergraben werden, sondern soll als Teil einer solchen Konzeptualisierung Berücksichtigung finden. Zu hinterfragen ist demnach die Rolle des Individuums als vermeintliches «einsames Genie».<sup>1356</sup> Der rechtliche Blickwinkel soll vielmehr auf die Rolle im sozialen Gefüge sowie der soziokulturellen Entwicklung gelegt und weiter ausgeweitet werden.<sup>1357</sup> Auf diese Weise kann es gelingen, die relationalen Aspekte herauszuarbeiten und gesetzlich zu implementieren.<sup>1358</sup> Zentral ist hierbei ein Verständnis, das über individuelle Einheiten hinausgeht, wobei die kollektive Verknüpfung von «Mittlerinnen» und «intellektuellen Technologien» betont wird, die auf diese Weise individuelle Subjekte hervorbringen.<sup>1359</sup> Im Mittelpunkt steht somit nicht die einzelne Urheberin, sondern das Feld der künstlerischen Produktion in seiner Gesamtheit, gleichsam das Zusammentreffen eines sozial konstituierten Habitus und institutionalisierter Prozesse.<sup>1360</sup>

---

<sup>1353</sup> HUI, S. 24.

<sup>1354</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 87 ff.

<sup>1355</sup> TARDE, S. 167; zitiert nach GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 93.

<sup>1356</sup> Aus historischer Sicht dazu PEUKERT, Kritik, S. 82 f.; zum Begriff des Genies LUHMANN, Kreativität, S. 16; kritisch zu diesem Begriff BRUNCEVIC, S. 55.

<sup>1357</sup> Vgl. WIELSCH, Zugangsregeln, S. 36 f.

<sup>1358</sup> Vgl. PRIOR, S. 302.

<sup>1359</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 101; vgl. zur Neudefinition von Subjektivitäten STALDER, Solidarität, S. 11.

<sup>1360</sup> BOURDIEU, S. 158 f.

Ein weiteres Feld betrifft die Frage nach den Verhältnissen untereinander, also dem Einfluss, den die Beteiligten aufeinander nehmen.<sup>1361</sup> Eine Untersuchung der verschiedenen Faktoren, Vermittlungen und Vernetzungen ermöglicht die «Akteur-Netzwerk-Theorie» (ANT).<sup>1362</sup> Sie beschreibt und deutet gelebte Praktiken und soziotechnische Anordnungen,<sup>1363</sup> die aufeinander reagieren und miteinander agieren.<sup>1364</sup> Auf diese Weise kann sie dazu beitragen, die Entstehungsprozesse digitaler Kultur nachzuvollziehen. Die Theorie dient jedoch nicht in erster Linie als theoretische Basis, die neben die Konzeption der Allmende tritt, sondern als Perspektive.

Die Grundlagen der ANT gehen auf BRUNO LATOUR, STEVE WOOLGAR,<sup>1365</sup> und MICHEL CALLON zurück, die in ihren Arbeiten Fragen der Materialität im Sozialen mit einem ethnografisch-mikrosoziologischen Fokus nachgehen. Von Muscheln<sup>1366</sup> bis zu Schlüsseln<sup>1367</sup> beschreiben sie Techniken, um darzustellen, wie Vernetzungen aus Gesellschaft, Technik und Natur gebildet werden.<sup>1368</sup> Zentral sind hierbei «Übersetzungen», worunter LATOUR den Prozess der Assoziation von Aktanten in ein Netzwerk versteht. Entgegen der Kritik, dass bei ihm gesellschaftstheoretische Bezüge marginal bleiben,<sup>1369</sup> zeigt er damit alternative Wege auf, um über die Beziehungen nachzudenken. Er will ein grundlegendes Feld bearbeiten, dem er mehr Aufmerksamkeit zukommen lassen möchte: die Untersuchung der Verhältnisse zwischen Menschen, Dingen und den Beteiligten als «Masse Mensch».<sup>1370</sup>

Gleichzeitig soll die Materialität nicht als sentimentaler Wunsch nach vermeintlich verloren gegangenen stabilen Gründen aufgefasst, sondern als critical term nutzbar gemacht werden.<sup>1371</sup> Durch ihre Netzwerkstruktur ermöglicht sie es,

---

<sup>1361</sup> SCHULZ-SCHAEFFER, S. 188.

<sup>1362</sup> Zu den Hintergründen der Bezeichnung sowie weiterführender Literatur LATOUR, ANT, S. 23 ff.

<sup>1363</sup> Zum Begriff WEYER, S. 37 ff.

<sup>1364</sup> LATOUR, ANT, S. 9 ff.; zum Vorstehenden KARAGIANNI/SCHWINDT/TSOUPAROPOULOU, S. 37.

<sup>1365</sup> Siehe LATOUR/WOOLGAR.

<sup>1366</sup> CALLON, Muscheln.

<sup>1367</sup> LATOUR, Schlüssel.

<sup>1368</sup> Siehe einleitend etwa LATOUR, Nie modern, S. 7 ff.

<sup>1369</sup> HENKEL, S. 34.

<sup>1370</sup> ZÜCKERT, S. 1.

<sup>1371</sup> FINKE/HALAWA, Materialität und Bildlichkeit. Einleitung, in: Finke/Halawa, S. 17 f.

die vielfältigen Aktanten zu erfassen. Diese Artefakte werden bei LATOUR zum Teil der Gesellschaft und konstituieren diese, sodass sich die «Dingpolitik» auch auf Objekte erstreckt.<sup>1372</sup> Räume sind etwa als Aktanten zu verstehen, sofern sie den Rahmen für soziale Praktiken vorgeben und deshalb als Mittel der Vergesellschaftlichung dienen.<sup>1373</sup> Diese abstrakten Zusammenhänge lassen sich anhand eines Beispiels veranschaulichen. In der digitalen Musikproduktion ermöglicht es die ANT, nachzuvollziehen, wie zum Beispiel Software und Hardware, Samples und Instrumente beeinflussen, wie Musik entsteht und wie sie am Ende «ist».<sup>1374</sup> Diese verschiedenen partizipierenden Akteurinnen bringen sich gegenseitig zum Handeln<sup>1375</sup> und tragen somit zum Entstehen bei. Entscheidend ist das sog. enrolment, also ob die einzelnen Rollen ausgefüllt werden.<sup>1376</sup> An diesem Punkt spielt das Recht eine Rolle, das die Wahrnehmung dieser Rollen ermöglichen sollte, indem sie diese anerkennt.

Trotz ihres Potenzials wird an der Akteur-Netzwerk-Theorie kritisiert, dass die Berücksichtigung nicht menschlicher Objekte schwer nachvollziehbar und die «Verdinglichung» zu hinterfragen ist.<sup>1377</sup> Indes ist zu berücksichtigen, dass das Urheberrecht im Gegensatz dazu diese Objekte kaum mitberücksichtigt, obschon technologische Systeme eine zentrale Rolle bei der Entstehung digitaler Kultur einnehmen. Zudem soll die Betrachtung durch die ANT nicht darauf abzielen, alle infrage kommenden Objekte einzubeziehen, sondern nur jene, die aktiv in die Produktion von Kultur eingebunden werden.

Kritisiert wird weiter, dass bei der Konzeption der ANT auf begriffliche Neuschöpfungen gesetzt und auf diese Weise versucht werde, die Auseinandersetzung mit bestehenden Begriffen zu umgehen. Die Annahmen der Theorie seien deshalb schwer hinterfragbar.<sup>1378</sup> Fraglich ist allerdings, inwieweit sich Theorien einer Wertung unterziehen lassen. Vielmehr lässt sich erwidern, dass Neuschöpfungen den Blick weiten und als Anregung fruchtbar gemacht werden können. Entsprechend leistet die ANT Anstöße, um darzustellen, wie Technologien und Prozesse

---

<sup>1372</sup> BUSCH, Aktanten, in: Günzel, Lexikon, S. 19.

<sup>1373</sup> BUSCH, Aktant, in: Günzel, Lexikon, S. 20.

<sup>1374</sup> PRIOR, S. 314 ff.

<sup>1375</sup> Vgl. LATOUR, ANT, S. 81 ff.

<sup>1376</sup> Zu dieser und den einzelnen Stufen der Netzwerkbildung CALLON, Muscheln, S. 196 ff.; vgl. SCHULZ-SCHAEFFER, S. 190.

<sup>1377</sup> Vgl. zu dieser Kritik LATOUR, ANT, S. 132.

<sup>1378</sup> Zu diesen und weiteren Kritikpunkten siehe SCHULZ-SCHAEFFER, S. 202 ff.

Einfluss auf die Beteiligten nehmen – und umgekehrt.<sup>1379</sup> Ferner gelingt es, nachzuvollziehen, wie die Rollen und Handlungen heterogener Beteiligter durch Konvergenz, also das Vertrauen in gegenseitige Verhaltensweisen, angeglichen werden.<sup>1380</sup> Dies ermöglicht es, Hierarchien zu vermeiden und Formen «interorganisationaler Kooperation»<sup>1381</sup> zu errichten.<sup>1382</sup>

Die ANT hilft folglich, strenge Grenzziehungen zu überwinden und zu unterstreichen, sodass die Kulturproduktion im Digitalen durch zahlreiche Beteiligte ebenso wie durch die Server, Kabel und Prozesse sowie die Software möglich wird.<sup>1383</sup> Vieles hängt von den «gesellschaftlich-organisatorischen Kontextfaktoren sowie der Einbettung in Praktiken»<sup>1384</sup> ab. Gleichzeitig bedarf es eines besseren Verständnisses, wie diese Bindungen entstehen und stabilisiert werden.<sup>1385</sup>

Das Konzept der digitalen Allmende setzt an diesem Punkt an, um einen Rahmen zu schaffen,<sup>1386</sup> innerhalb dessen eine dynamische Gestaltung stattfindet. Die Erkenntnis, dass das Soziale überall und nirgendwo ist,<sup>1387</sup> kann sodann für eine Anpassung des Urheberrechts genutzt werden, um ein Leitbild kollaborativer Produktion zu entwickeln. Der Weg zu einer «modifizierten Autorschaft in Assoziationen»<sup>1388</sup> wird durch die Frage nach (wirtschaftlichen) Anreizen für Beteiligte indes nicht kürzer.

## 2. Inter- und Hypertextualität

Während die Akteur-Netzwerk-Theorie die Verbindungen zwischen den Beteiligten, der Technologie und den entstehenden Werken aufzeigt, bieten Ansätze aus der Law-and-Literature<sup>1389</sup>-Forschung die Möglichkeit, die Verwebungen innerhalb eines Werkes zu verstehen. Vereint durch sich überschneidende Methoden

---

<sup>1379</sup> SCHULZ-SCHAEFFER, S. 205.

<sup>1380</sup> CALLON, S. 148 ff.

<sup>1381</sup> SCHULZ-SCHAEFFER, S. 187.

<sup>1382</sup> SCHULZ-SCHAEFFER, S. 200.

<sup>1383</sup> Vgl. zur Bedeutung von Informationstechnologien LATOUR, ANT, S. 358.

<sup>1384</sup> Vgl. SCHMIDT, Virtuell lokaler Raum, S. 9.

<sup>1385</sup> Vgl. mit Bezug auf Musik PRIOR, S. 302.

<sup>1386</sup> Vgl. dazu BRUNCEVIC, S. 200.

<sup>1387</sup> LATOUR, ANT, S. 184.

<sup>1388</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 102.

<sup>1389</sup> Einführend dazu SPRECHER.

und Konzepte,<sup>1390</sup> wird an einem zeitgemässen Textbegriff gearbeitet,<sup>1391</sup> wobei sich das Immaterialgüterrecht die Erkenntnisse daraus zugunsten machen kann.<sup>1392</sup>

Im Folgenden wird deshalb zunächst in verschiedene Formen der Textualität eingeführt. Diese theoretischen Überlegungen tragen an der Schnittstelle von Literatur und Recht dazu bei, ein besseres Verständnis von Texten und deren Inhalten zu vermitteln sowie die zugrunde liegenden Verhältnisse aufzuzeigen.<sup>1393</sup> Was von der Rechtswissenschaft als Werk qualifiziert wird, dient in der Literaturwissenschaft weitgehender als Untersuchungsobjekt für eine Auseinandersetzung mit der Materialität. Daraus werden wiederum neue Einsichten für das Recht gewonnen, die als Bezüge und Referenzen auf Texte, Textgattungen und Textsorten neben bestehende Konstruktionen treten. So rücken beispielsweise die Texte selbst in den Mittelpunkt – mitsamt ihrer Entstehung, Weiterentwicklung und ihrem Zerfall. Die Texte kommunizieren eigenständig und ergänzen die Rolle und Praktiken der Beteiligten.

Dieses Verständnis basiert auf dem Konzept der «Intertextualität»,<sup>1394</sup> das den Spuren «fremder Texte im Text»<sup>1395</sup> nachgeht. Der Begriff selbst wurde von JULIA KRISTEVA geprägt. Ihr zufolge bestehen Texte aus Mosaiksteinen anderer Texte, die absorbiert und umgewandelt werden.<sup>1396</sup> Ausgehend von klassischen Verweisen wie dem Zitat,<sup>1397</sup> der Parodie, der Übersetzung und der Adaption werden die Beziehungen der Inhalte selbst beschrieben. Als Resultat treten die Texte untereinander in einen unabhängigen Dialog.

Darauf aufbauend entwickelte GÉRARD GENETTE seine Überlegungen zur «Hypertextualität».<sup>1398</sup> Mit KRISTEVA teilt er die Überzeugung, dass sich Texte in einem ständigen Prozess des Entstehens befinden und die Leserin in diesem Pro-

---

<sup>1390</sup> PICHLER, Oudropo, S. 163.

<sup>1391</sup> PICHLER, S. 1, 7 ff.

<sup>1392</sup> HANSEN, S. 54; schliesslich ist die Rechtswissenschaft eine Disziplin, die Texte interpretiert, mithin ist sie eine Textwissenschaft. So auch DUSS, S. 34; zur Bedeutung des Wortes Text («Gewebe») vgl. LEGE, S. 24; zur Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft vgl. die historisch ausführliche Darstellung bei SPRENGER, S. 134 ff.

<sup>1393</sup> Zur «Textualität des juristischen Verfahrens» siehe AUGSBERG, S. 71 ff.

<sup>1394</sup> Vgl. dazu BOURDIEU, S. 453.

<sup>1395</sup> PICHLER, S. 13.

<sup>1396</sup> Vgl. KRISTEVA, S. 146.

<sup>1397</sup> GENETTE, S. 10.

<sup>1398</sup> GENETTE, S. 15; siehe PICHLER, S. 11 ff.; REIBMANN/KLASS/HOFFMANN, S. 168.

zess aktiv partizipiert.<sup>1399</sup> Er arbeitet nicht die Verweise von einem Text auf den anderen heraus, sondern die Erkenntnis, dass der eine Text ohne den anderen nicht möglich wäre. Dieses Verständnis wird bildlich nachvollziehbar, wenn man sich den botanischen Begriff des «Aufpfropfens» vor Augen hält, der im französischen Original verwendet wird.<sup>1400</sup> Wie in der Botanik resultieren daraus Möglichkeiten der Veredelung oder der Kreuzung, woraus etwas Neues entsteht. Gleichzeitig bleiben beide Systeme voneinander getrennt.<sup>1401</sup>

Beide Konzepte haben losgelöst vom Recht Bestand, finden aber in vergleichbarer Form in der Rechtspraxis Anwendung. Insbesondere die auf dem Case Law basierte Gerichtspraxis in den USA ist durch unzählige Verweise geprägt, die erst durch die Referenzierung ein gemeinsames Gefüge bilden und einen umfassenden Sinn ergeben.<sup>1402</sup> So bauen die Urteile aufeinander auf, zitieren sich gegenseitig und schaffen folglich eine Grundlage für die Weiterentwicklung des Rechts. Obschon das US-amerikanische System des Common Law andere Züge als das kontinentaleuropäische Recht aufweist, ist die hiesige Rechtswissenschaft und -praxis von zahlreichen Verknüpfungen geprägt.<sup>1403</sup> Das Bewusstsein über diese inter- und hypertextualen Komponenten des Rechts prägt die weitere Ausrichtung desselben. Zugleich ist mit Bezug auf beide Konzepte umstritten, ob sich diese allein auf die Beziehung zwischen den Texten beziehen oder weitere Formen und Zeichen der Kommunikation miteinbinden.<sup>1404</sup>

Hinzu tritt der Begriff «Hypertext».<sup>1405</sup> Vereinfacht sind dies Texte, die durch Verknüpfungen mit anderen Texten verbunden werden. Wenngleich der «Hypertext» den beiden vorstehenden Begriffen nahesteht, zielt er in erster Linie auf die technologischen Verbindungen. So werden unter anderem Hypertextdokumente beschrieben, die mithilfe der Hypertext Markup Language (HTML) strukturiert werden, um Schnittstellen abzubilden. Dies ermöglicht eine Interaktion zwischen den

---

<sup>1399</sup> Vgl. WIRTH, S. 413 m. w. N.; vgl. zu den historischen Grundlagen dieser Entwicklung ESPOSITO, S. 194.

<sup>1400</sup> *Se greffe* (franz.), vgl. GENETTE, S. 11 ff.; zitiert nach WIRTH, S. 414.

<sup>1401</sup> WIRTH, S. 414.

<sup>1402</sup> Siehe dazu PICHLER, S. 14, mit Verweis auf YOSHINO, S. 471 ff.

<sup>1403</sup> Vgl. die Beschreibung des Rechts aus einer netzwerktheoretischen Perspektive bei VESTING, Sprache, S. 33, als «ein differentielles Netz, ein Gewebe von Spuren, die endlos auf anderes verweisen, sich auf andere differentielle Spuren beziehen».

<sup>1404</sup> Vgl. dazu WIRTH, S. 413.

<sup>1405</sup> Zum Folgenden SANDBOTHE; zum Recht als entsprechendem multimedialem Verfahren siehe LERCH, S. 7; dazu überblicksartig PICHLER, S. 7 ff.

Beteiligten und dem Text, weil sie Verweisen folgen, zurückkehren, Texte in unterschiedlicher Abfolge lesen und Kommentare hinterlassen können. In dieser Hinsicht wird die gemeinsame Produktion durch die Beteiligten technologisch nachvollzogen und umgesetzt.<sup>1406</sup> Dadurch entstehen neue Strukturen, zumal man Gedankengängen mithilfe von Hyperlinks folgen kann.

### 3. Materialität

Um vielschichtigen Strukturen und Verbindungen zu folgen, sie nachzuvollziehen und abzubilden,<sup>1407</sup> ohne in innovatorische Rhetorik zu verfallen, bietet sich eine Hinwendung zur Materialität an. Obschon der Begriff in der Wissenschaft im Zuge des Material Turn viel Beachtung fand,<sup>1408</sup> zeichnet er sich weiterhin durch seine Unbestimmtheit aus.<sup>1409</sup> Im allgemeinen Sprachgebrauch lässt sich darunter die Forderung subsumieren, dingliche Aspekte der Welt nicht zu vernachlässigen. Diese Aspekte werden in der digitalen Kultur durch eine zunehmende Dematerialisierung vorangetrieben, wobei eine lokal rückgebundene Manifestierung der Materialität essenziell bleibt.<sup>1410</sup>

Diese Entwicklung lässt sich am Aufkommen und an der Verbreitung von Selfies in Museen beschreiben: Ist ein Gemälde fotografiert und nimmt dadurch immaterielle Charakteristika an, wird es sogleich über informationstechnische Medien verbreitet. Dies hat eine Delokalisierung und gleichzeitig eine Lokalisierung zur Folge, indem beispielsweise Geo-Tags gesetzt werden.<sup>1411</sup> Das Werk bleibt zwar vor Ort, schwebt aber gleichzeitig im digitalen Raum frei herum und wird durch die Setzung des Standortes zurückgebunden. Eine ähnliche Entwicklung zeigt sich in der Musik, die beinahe überall in digitaler Form verfügbar ist. Gleichzeitig bleibt die Bedeutung von analogen Notenblättern oder anderen physikalischen Einheiten immanent wichtig.<sup>1412</sup> Vergleichbar mit den verschiedenen Ansätzen zur

---

<sup>1406</sup> Vgl. das Entstehen der Inhalte in Kap. 4 I.

<sup>1407</sup> Vgl. einen ähnlichen Ansatz bei BRUNCEVIC, S. 133 ff.

<sup>1408</sup> Vgl. KARAGIANNI/SCHWINDT/TSOUPAROPOULOU, S. 33 ff.

<sup>1409</sup> LATOUR, ANT, S. 201: «Die Lösung besteht – wieder einmal – darin zu lernen, wie man von Unbestimmtheiten zehrt, statt im Vorhinein zu entscheiden, wie das Mobiliar der Welt auszusehen hat.»

<sup>1410</sup> Vgl. dazu BRUNCEVIC, S. 60 ff.

<sup>1411</sup> Vgl. BRUNCEVIC, S. 61.

<sup>1412</sup> KATZ, S. 11.

Nachhaltigkeit<sup>1413</sup> ergänzen sich die jeweiligen Formen, statt sich gegenseitig aufzuheben.<sup>1414</sup>

Doch wie kann diese Gleichzeitigkeit von Materialisierung und Dematerialisierung als Scheindifferenz abgebildet werden? BRUNCEVIC greift hierfür auf das Konzept des «Hyperobjekts» zurück,<sup>1415</sup> wobei sie diesen Überlegungen die Arbeiten von TIMOTHY MORTON<sup>1416</sup> zugrunde legt. Ihr zufolge zeichnen sich diese Objekte dadurch aus, dass sie im Fluss sind und dennoch an Objekte gebunden bleiben. Entsprechend beschreibt sie diese als viscous.<sup>1417</sup> Das Sich-ständig-im-Fluss-Befinden, die stetigen Veränderungen und Anpassungen werden somit deutlich,<sup>1418</sup> ohne dass die Grundeigenschaften verloren gehen. Gleichzeitig sind diese Objekte nicht lokal verankert: Sie werden geteilt, kehren verändert zurück und werden wieder verarbeitet.<sup>1419</sup> Die Objekte und die dazugehörigen Prozesse sind indes nicht sichtbar. Laut BRUNCEVIC liegt dies daran, dass sie überall sind, größer als die menschliche Vorstellung von Zeit und Raum. Den Beteiligten bleibt nur, die Auswirkungen zu betrachten. Und dennoch vereint sich am Ende alles in materialen Lawscapes.<sup>1420</sup> Diese Rechtslandschaften versuchen, die verschiedenen Aspekte in Einklang mit dem Recht zu bringen und damit rechtlich-gesellschaftliche Blickweisen auf die Prozesse zu ermöglichen.

#### 4. Resümee

Im vorliegenden Verständnis der Kulturproduktion und der Beteiligten geht es tiefergehend um ein gesellschaftstheoretisches Verständnis von Materialität.<sup>1421</sup> Zentral ist demnach das Untersuchen bestimmter Kategorien, wie Werk/Nichtwerk und Urheberin/Nutzerin, sowie das Hinterfragen, wie diese Differenzierungen sich wechselseitig bedingen, spiegeln und dabei über traditionelle Unter-

---

<sup>1413</sup> Vgl. Kap. 7 IV.

<sup>1414</sup> ZIMMERMANN, Chapitre 6 – La musique à l’heure de l’internet: du patrimoine aux communs?, in: Coriat, S. 136 f.

<sup>1415</sup> BRUNCEVIC, S. 5, 51 ff.

<sup>1416</sup> MORTON.

<sup>1417</sup> BRUNCEVIC, S. 54 ff.

<sup>1418</sup> BRUNCEVIC, S. 58.

<sup>1419</sup> BRUNCEVIC, S. 62.

<sup>1420</sup> BRUNCEVIC, S. 215.

<sup>1421</sup> Zur Rolle des Rechts hinsichtlich des gesellschaftlichen Verständnisses von Materialität HENKEL, S. 26 ff.

scheidungen und Zuordnungen, etwa zum Materialen, Mentalen, Kulturellen, Natürlichen und Sozialen, hinausgehen.<sup>1422</sup> Die Konstruktion künftiger Rechtssysteme, wie das Urheberrechtssystem im Sinne «gruppenpluralistischer Rechte», sollte auf einem Verständnis aufbauen, welches das unaufhebbare Zusammenspiel zwischen den Beteiligten und der Kultur hervorhebt und institutionalisiert.<sup>1423</sup>

Kritik an der Betonung materialer Prozesse im Umfeld einer zunehmenden Immaterialisierung finden sich ebenso. Angeführt wird eine «Agonie des Realen»<sup>1424</sup>, wonach ein Verständnis des 20. Jahrhunderts als stetiger und unvermeidbarer Prozess der Immaterialisierung sichtbar wird: Digitalisierung, Entkörperlichung, Virtualität.<sup>1425</sup> Dieser These entsprechend wird versucht zu belegen, wie die Welt der physischen Materialien sich zunehmend auflöst und verschwindet. Wenn man einen «technizistischen Standpunkt» einnimmt und den Fokus auf die Datenserver als Speicher mitsamt ihrer Raumeinnahme lenkt, lässt sich diese Sicht teilweise entkräften.<sup>1426</sup> Regulierung sollte deshalb für diese Entwicklungen «empathisch»<sup>1427</sup> sein, sie beobachten und zur Weiterentwicklung beitragen.

---

<sup>1422</sup> KARAGIANNI/SCHWINDT/TSOUPAROPOULOU, S. 34.

<sup>1423</sup> Vgl. VESTING, Computernetzwerke, S. 196 f.

<sup>1424</sup> BAUDRILLARD.

<sup>1425</sup> Vgl. dazu FINKE/HALAWA, Materialität und Bildlichkeit. Einleitung, in: Finke/Halawa, S. 12.

<sup>1426</sup> Zu den Ausgangspunkten der Immaterialität WUNDERLICH, S. 87 ff.; zur Gegenthese HINTERWALDNER, Trajektorien, Bänder, Balken. Spekulationen: über eine Materialität bei computergestützten Architekturentwürfen, in: Finke/Halawa, S. 161.

<sup>1427</sup> HENKEL, S. 50.

## Kapitel 8: Der weitere Weg der metallenen Klänge

Die vorliegende Arbeit hat sich im bisherigen Verlauf aus rechtswissenschaftlicher Perspektive an die «rohe Wirklichkeit»<sup>1428</sup> herangetastet, um idealisierte Vorstellungen zu überwinden. Die einzelnen Teilbereiche eint, dass sie eine vertiefte Auseinandersetzung mit der dem digitalen Raum zugrundeliegenden Materialität ermöglichen. Dies führt unter anderem zu Untersuchungen der sozialen Verhältnisse zwischen den am Entstehen der Kultur Beteiligten sowie dem Hinterfragen einer weiterhin westlich und anthropozentrisch zentrierten Ausrichtung des Rechts- und Kulturverständnisses. Ferner lässt sich die materielle Substanz des digitalen Raums untersuchen, was wiederum zu Fragen nach der Abgrenzbarkeit führt. Die Auseinandersetzung mit diversen Kulturphänomenen ist hierbei zweckdienlich, indem diese einerseits bestehende Grenzziehungen hinterfragen und andererseits im Zusammenhang mit einer Kritik am Urheberrecht verdeutlichen, wo entsprechende Trennungen weiterhin aufrechterhalten werden.

### I. Zusammenführung

Die Umsetzung einer auf traditionellen Institutionen basierenden, digitalen Allmende lässt die Hoffnung aufrechterhalten, dass sich der digitale Raum mit dynamischen Regulierungsformen so prägen lässt, dass sowohl Teilhabe als auch Differenzierungen und Offenheit möglich sein werden. Auf diesem Weg sind freilich noch zahlreiche Hürden zu meistern. Um diesen Herausforderungen von vornherein entgegenzutreten, gilt es – anknüpfend an und ergänzend zu den in dieser Arbeit vertretenen Thesen –,<sup>1429</sup> die folgenden Aspekte zu berücksichtigen.

#### 1. Zeitgemässe Regulierungsansätze

Die Erarbeitung eines an traditionelle Allmenden rückgebundenen Modells bedeutet keineswegs, dass vormoderne Verständnisse ohne Weiteres übernommen werden sollten. Vielmehr geht es darum, ausgewählte Eigenschaften, die ein nachhaltiges Wirtschaften unterstützen, zu berücksichtigen. Diese sollen dynamisch interpretiert und in ein modernes Rechtssystem integriert werden.<sup>1430</sup> Somit sollte

---

<sup>1428</sup> PEUKERT, Kritik, S. 21, 97, 125 ff.

<sup>1429</sup> Vgl. dazu Kap. 2 II.

<sup>1430</sup> Vgl. zu modernen Ansätzen in diesem Bereich MACMILLAN, passim.

nicht starr an der Vergangenheit festgehalten, sondern die weit zurückreichende Historie der Allmenden analysiert und fruchtbar gemacht werden – um ein gesamthaftes Modell für den digitalen Raum zu schaffen.

Das Modell der digitalen Allmende begegnet der Schwierigkeit der Übertragung ausgewählter Eigenschaften der traditionellen Allmende, indem die grundsätzlichen Gemeinsamkeiten erkannt, nachvollzogen und in moderne Kontexte gesetzt werden. Im Gegensatz zu feststehenden design principles<sup>1431</sup> steht mithin ein Ansatz, der einerseits dynamisch zwischen verschiedenen kulturellen Bereichen im Digitalen unterscheidet. Andererseits werden hierbei nicht nur menschliche Subjekte und Individuen mit einbezogen, sondern die Vielfalt der Beteiligten aufgezeigt.<sup>1432</sup>

## 2. Über den Euro- und Anthropozentrismus hinaus

Im Verlauf dieser Arbeit wurde deutlich, dass bestehende Modelle, die von euro- und anthropozentrischen Grundannahmen geprägt werden, hinterfragt werden müssen.<sup>1433</sup> Die Übertragung des insbesondere wirtschaftswissenschaftlich geprägten Modells der Allmende<sup>1434</sup> bietet die Möglichkeit, dieser Ausrichtung einen kritischen, inklusiven Ansatz entgegenzusetzen.<sup>1435</sup> Aus dieser rechtswissenschaftlichen Perspektive bietet es sich mithin an, diese Überlegungen im Anschluss auf neue, bisher nicht mit einbezogene Verfahren, Kulturen und Gesellschaften anzupassen, ohne das Immaterialgüterrecht aus einer rein westlichen Perspektive zu verstehen.<sup>1436</sup>

---

<sup>1431</sup> Vgl. Kap. 1 II.

<sup>1432</sup> Vgl. Kap. 4 I.2.

<sup>1433</sup> Zum Hinterfragen des Anthropozentrismus statt vieler AUGSBERG, *Anthropozentrismus*, S. 338 ff.; KERSTEN, S. 315 ff.; zu einem postkolonialen Recht BÖNNEMANN/PICHL, S. 359 ff.; WOLTER, S. 92 ff.; DEDEK/GÜNTHER/KEMMERER/RANDERIA, S. 726 ff.; aus einer internationalen Perspektive BHANDAR, *passim*.

<sup>1434</sup> Vgl. Kap. 2 V.1.

<sup>1435</sup> Vgl. dennoch zu den damit einhergehenden Gefahren BOWREY/ANDERSON, S. 479 ff.

<sup>1436</sup> Siehe MACMILLAN, S. 55 m. w. N., S. 83 ff., S. 112 ff.

### 3. Neue Kulturverständnisse

Zentral ist sodann eine Ausweitung des bestehenden Kulturverständnisses.<sup>1437</sup> So wird beispielsweise im Rahmen der Ausführungen zu Second Life deutlich,<sup>1438</sup> welche Vielfalt an kulturellen Inhalten sich bereits seit Jahrzehnten entwickelt – und auf die virtuelle Kunstwelt ausstrahlt. Der dieser Arbeit zentral zugrundeliegende Sachverhalt und Rechtsstreit zu «Metall auf Metall»<sup>1439</sup> führte zudem dazu, dass die Praxis des digitalen Musiksamplings verstärkt in den Fokus der Allgemeinheit rückte. Dies führt potenziell zu mehr Anerkennung, sicherlich jedoch zu den notwendigen gesellschaftlichen Diskussionen über Formen, Orte und Grenzen digitaler Kultur.

### 4. Interdisziplinarität

Zu konstatieren ist des Weiteren, dass es an interdisziplinärer Forschung weitestgehend fehlt<sup>1440</sup> und das Recht somit besonders auf Impulse aus anderen Fachgebieten angewiesen ist. Mithilfe einer empirischen und praxeologischen<sup>1441</sup> Erforschung digital-kultureller Praktiken und der zugrunde liegenden Motive kann eine aufgeschlossene Rechtswissenschaft von einem fachübergreifenden Austausch profitieren.<sup>1442</sup> Somit sollten in Zukunft weitere Wege der Inter- und Intradisziplinarität beschritten werden, um Erkenntnisse zu reflektieren und zu verarbeiten.<sup>1443</sup> So erstaunt es, dass bis dato die Musik- und die Rechtswissenschaft relativ strikt getrennt sind. Ein solch wechselseitiges Desinteresse erscheint gefährlich, wenn das Recht der kulturell-gesellschaftlichen Praxis nicht mehr folgt, sondern umgekehrt diese zu bestimmen versucht.<sup>1444</sup> Wenn «Rechtssysteme» als autonome Systeme verstanden werden, zeigen sich schnell die verschiedensten Verknüpfungspunkte mit moral-ethischen, religiösen und sozialen Normen.<sup>1445</sup> Es geht mithin

---

<sup>1437</sup> Vgl. MACMILLAN, S. 9 f.

<sup>1438</sup> Siehe Kap. 4 I.1.

<sup>1439</sup> Dazu Kap. 1 I.

<sup>1440</sup> So DE MOOR, Allmende, S. 186; zum Ideal der Interdisziplinarität in der Rechtswissenschaft RÖTHEL, S. 213 ff.

<sup>1441</sup> REIBMANN/KLASS/HOFFMANN, S. 169 ff.

<sup>1442</sup> Vgl. aus der sozialwissenschaftlichen Perspektive FISCHER, Nur mir, S. 42.

<sup>1443</sup> HOFFMANN-RIEM, Innovation und Recht, S. 67 ff.

<sup>1444</sup> DÖHL, S. 25 ff.; entsprechend wird dem Urheberrecht von der Gesellschaft zunehmend «der Prozess gemacht», so WIELSCH, Umwelten, S. 274–275.

<sup>1445</sup> MATTEL, Three Patterns of Law, S. 25.

um den interdisziplinären Umgang mit dem Recht, etwa wie er sich im Bereich der Law & Humanities äussert.

## 5. Die Rolle des Eigentums

Übergeordnet bleibt die Frage bestehen, was das Gesagte für die Konzeption des Eigentums im «digitalen Raum» bedeutet.<sup>1446</sup> Ausgangspunkt ist hierbei eine historische Beobachtung mitsamt der Feststellung, dass die Dinge von vornherein allen gehörten.<sup>1447</sup> Die Beziehungen zu den Dingen und Inhalten sind dabei in erster Linie von Sinn und Werten geprägt. Durch Zuordnungsversuche und nicht aufgrund natürlicher Eigenschaften<sup>1448</sup> wird sodann versucht, eine Werthaltigkeit und Bedeutung zukommen zu lassen.

Doch wie lässt sich das «Dilemma» zwischen den Rechten an den eigenen Werken und den allen offenstehenden Gütern zufriedenstellend lösen?<sup>1449</sup> Einerseits ist das Eigentum ein absolutes Recht, dem bestimmte Einschränkungen immanent sind. Diese bestehen etwa in Form der «Sozialpflichtigkeit»,<sup>1450</sup> wodurch diese Konstruktion indes nicht grundsätzlich in Frage gestellt wird.<sup>1451</sup> Wird die soziale Funktion des Eigentums indes zu sehr ausgeweitet, besteht die Gefahr, dass die Bedeutung des subjektiven Rechts verloren geht. Indem es die Konturen der Privatautonomie nachzeichnet, trägt es dazu bei, dem Individuum Rechte einzuräumen, jedoch auch Grenzen zu ziehen, mit dem Ziel, eine gleichberechtigte Nutzung durch andere zu ermöglichen. Subjektive, nicht absolute Rechte tragen somit zu einer Relativierung der bestehenden Verhältnisse bei.<sup>1452</sup>

In Anbetracht des von den Richterinnen am Bundesverfassungsgericht im Fall «Metall auf Metall» betonten Übertritts von Werken «in den gesellschaftlichen Raum»<sup>1453</sup> gilt es somit, einheitliche und langfristige Lösungen zu finden, um im digital-kulturellen Raum – und darüber hinaus – das Verhältnis zwischen (neuen)

---

<sup>1446</sup> Siehe dazu MACMILLAN, S. 17 ff., S. 48 ff.

<sup>1447</sup> Zum Ganzen etwa DE CLIPPELE, Rz. 1241 ff.

<sup>1448</sup> DE CLIPPELE, Rz. 1240.

<sup>1449</sup> DE CLIPPELE, Rz. 1249, die auf die Arbeiten von Thomas Rutherford verweist.

<sup>1450</sup> In Deutschland in Art. 14 Abs. 2 GG.

<sup>1451</sup> DE CLIPPELE, Rz. 1272 ff.

<sup>1452</sup> Zum Ganzen DE CLIPPELE, Rz. 1297–1299.

<sup>1453</sup> BVerfGE 142, 74 (103), vgl. Kap. 1 II.1.

Formen der individuellen Zuordnung und Möglichkeiten des gesellschaftlichen Zugangs zu finden.<sup>1454</sup>

## II. Der weitere Verlauf vor den Gerichten

Obschon die genannten Punkte eine Richtung vorgeben, bleibt zweierlei ungeklärt. Erstens, wie sich das Recht in der Praxis, geprägt von Urteilen und Entscheidungen im Gesetzgebungsverfahren, tatsächlich weiterentwickelt. Zweitens, welche Anregung aus bestehenden Ansätzen gezogen werden kann.

Die Klärung der ersten Frage einleitend ist zu fragen, ob das Bundesverfassungsgericht nun «richtig» entschieden hat. Während man geneigt sein könnte, diese Frage mit «ja» zu beantworten, zeigt der weitere Verlauf in diesem schier endlosen Verfahren, dass die Linie, welche die Richterinnen am Bundesverfassungsgericht vorgaben, nur bedingt eingehalten werden konnte. Nachdem das Bundesverfassungsgericht selbst auf die Notwendigkeit der Vorlage hingewiesen hatte,<sup>1455</sup> legte der BGH dem EuGH den Fall vor.<sup>1456</sup> Erstens sollte der Gerichtshof klären, ob die Praxis des Musiksamplings Tonträgerherstellerrechte aus der InfoSoc-RL oder der Charta der Grundrechte der Europäischen Union betrifft. Zweitens war zu klären, ob § 24 Abs. 1 UrhG mit dem Unionsrecht vereinbar ist und ob die Ausnahme für Zitate greifen könnte.<sup>1457</sup>

Zunächst äusserte sich der Generalanwalt des EuGH, MACIEJ SZPUNAR, und vertrat die deutliche Meinung, dass im Urheberrecht der Europäischen Union kein Spielraum für die Praxis des Musiksamplings besteht.<sup>1458</sup> Seines Erachtens verfolgt das Sampling nicht das Ziel, mit den bestehenden Werken in einen Dialog zu treten, sondern es kommt zu einer «Aneignung».<sup>1459</sup> Darüber hinaus sei kein Platz für weiterreichende Abwägungen, da das Urheberrecht diese Entscheidungen

---

<sup>1454</sup> Siehe Ansätze aus einer «eigentumsrechtlichen» Perspektive bei HOWE/GRIFFITHS, passim.

<sup>1455</sup> BVerfGE 142, 74 (115).

<sup>1456</sup> BGH, Vorlagebeschluss v. 01.06.2017, I ZR 115/16 – Metall auf Metall III.

<sup>1457</sup> Siehe PÖTZLBERGER, S. 232 ff.

<sup>1458</sup> Vgl. Generalanwalt beim EuGH, 12.12.2018 – C-476/17 – ZUM 2019, S. 237.

<sup>1459</sup> Generalanwalt beim EuGH, 12.12.2018 – C-476/17 – ZUM 2019, S. 237, 245; wobei DÖHL, S. 21, zu Recht darauf hinweist, dass es vorliegend nicht um einen (vermeintlichen) Aneignungsakt gehe, sondern um das, was daraus entstehe.

schon getroffen habe.<sup>1460</sup> Etwas differenzierter äusserte sich sodann der EuGH.<sup>1461</sup> Zum einen betonten die Richterinnen, dass die Vervielfältigung eines kurzen Samples eine (teilweise) Vervielfältigung des Tonträgers sei.<sup>1462</sup> Zum anderen liege eine unerlaubte Vervielfältigung jedoch nicht vor, wenn das Audiofragment «in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form in einem neuen Werk»<sup>1463</sup> verwendet werde. Hierbei unterstreicht das Gericht, dass dies für den Fall gelte, in dem eine Künstlerin in Ausübung der Kunstfreiheit handle.<sup>1464</sup>

Das Gericht nimmt somit eine strenge Haltung bezüglich der Nutzung kurzer Tonsequenzen ein, bietet mit den letztgenannten Ausführungen aber Perspektiven, wie die «Rekonstruktion von Werken als Kommunikation»<sup>1465</sup> künftig gelingen könnte. Letzteres könnte rechtsdogmatisch vertieft werden, wenn weitere Konkretisierungen zur Frage der «Nichterkenntbarkeit» vorliegen.<sup>1466</sup>

Weiter, so der EuGH, könne sich die Musikerin beim Sampling auf das Zitatrecht berufen, sofern sie auf diese Weise mit dem bestehenden Werk interagieren möchte. Dies setze jedoch voraus, dass das gesampelte Werk im neuen Werk erkennbar bleibe.<sup>1467</sup> Obschon der EuGH demnach zwischen verschiedenen Formen der Interaktion mit dem bestehenden fremden Werk differenziert, bleibt fraglich, ob Hip-Hop-Künstlerinnen auf diese Möglichkeit des Zitats zurückgreifen werden und wie das Erfordernis des Zitatrechts praktisch umgesetzt werden kann.<sup>1468</sup> Das Ende des Rechtsstreits vor den nationalen und europäischen Gerichten ist aus diesem Grund zwar absehbar, dennoch bleiben viele Fragen offen, mit denen sich Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Zukunft kritisch auseinandersetzen müs-

---

<sup>1460</sup> Generalanwalt beim EuGH, 12.12.2018 – C-476/17 – ZUM 2019, S. 237, 245.

<sup>1461</sup> EuGH, 29.07.2019 – C-476/17 – NJW 2019, S. 929 ff.

<sup>1462</sup> EuGH, 29.07.2019 – C-476/17 – NJW 2019, S. 930 f.

<sup>1463</sup> EuGH, 29.07.2019 – C-476/17 – NJW 2019, S. 931.

<sup>1464</sup> EuGH, a. a. O.; vgl. dazu BVerfGE 142, 74 (102); ebenfalls WIELSCH, Über Zugangsregeln, in: Grünberger/Jansen, S. 282.

<sup>1465</sup> WIELSCH, Umwelten, S. 275.

<sup>1466</sup> Kritisch dazu HEIDRICH/MAIER, S. 34 f.

<sup>1467</sup> EuGH, 29.07.2019 – C-476/17 – NJW 2019, S. 933.

<sup>1468</sup> Vgl. GRÜNBERGER, Urheberrecht 2019, S. 200–201.

sen.<sup>1469</sup> So ist beispielsweise zu klären, wer über die Wiedererkennbarkeit entscheiden soll<sup>1470</sup> und was aus § 24 I UrhG wird.<sup>1471</sup>

Erfreulich ist, dass der EuGH das Musiksampling als Kunstform auffasst und somit zu seiner Anerkennung als Kulturpraktik beiträgt. Dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Trotz steht zugleich fest, dass kulturelle Praktiken wie das digitale Musiksampling nicht ohne Weiteres und ohne grosse Hürden in legaler Weise ausgeübt werden können. Sie werden nur dann keine Probleme bereiten, wenn jegliche Bezüge unterbunden und alle Wurzeln gekappt werden.<sup>1472</sup> Welche Auswirkungen diese Forderung nach zusammenhanglos bestehenden Werken auf die digitale Kultur haben wird, bleibt abzuwarten. Geduldig bleibt zu beobachten, wie die Beteiligten darauf reagieren: ob Umgehungsstrategien<sup>1473</sup> zunehmen oder ob andere Wege gefunden werden, um das Urheberrecht an die Bedingungen des digitalen Zeitalters anzupassen. Je früher dies gelingt, desto eher kann dessen Kontinuität und Stabilität gewährleistet werden.<sup>1474</sup> Die Gesetzgeberin,<sup>1475</sup> die Gerichte, deren Urteile weiter an Bedeutung gewinnen werden,<sup>1476</sup> sowie eine kritische Rechtswissenschaft sind hier aufgerufen, aktiv zu werden, um die Fragen «nach der Hoheit zur technischen Reproduzierbarkeit»<sup>1477</sup> für die Zukunft zu klären. Das Ziel sollte sein, möglichst umfangreiche «Anschlussmöglichkeiten für weiterverzweigte Kommunikationen»<sup>1478</sup> zu schaffen, wobei die Rolle der Medien selbst berücksichtigt werden muss.<sup>1479</sup>

<sup>1469</sup> Vgl. dazu SCHMIDT-GABAIN, S. 710 ff.

<sup>1470</sup> HEIDRICH/MAIER, S. 34 f.; SCHMIDT-GABAIN, S. 711.

<sup>1471</sup> Vgl. SCHULZE, S. 128 ff.; a. A. LEISTNER, EuGH, S. 1008 ff.

<sup>1472</sup> FISCHER, Nur mir, S. 55.

<sup>1473</sup> Vgl. zu diesem Aspekt FISCHER, Sampling, S. 284 ff.

<sup>1474</sup> Vgl. PEUKER, S. 2 mit Bezug auf die Anpassungsfähigkeit der Verfassung an die Digitalisierung.

<sup>1475</sup> LADEUR, Metall, S. 460.

<sup>1476</sup> Vgl. GRÜNBERGER, Vergütungsansprüche, S. 200–201; WIELSCH, Über Zugangsregeln, in: Grünberger/Jansen, S. 280 f.; vgl. FISCHMAN AFORI, Implied License, S. 276.

<sup>1477</sup> FISCHER, Sampling, S. 15, 23 ff.; vgl. zum «Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit» Kap. 7 II.1.

<sup>1478</sup> WIELSCH, Über Zugangsregeln, in: Grünberger/Jansen, S. 275.

<sup>1479</sup> Vgl. WIELSCH, Über Zugangsregeln, in: Grünberger/Jansen, S. 277.

Abschliessend ist zu hoffen, dass die Bedeutung digitaler Inhalte als Kulturwerke weiter zunimmt<sup>1480</sup> und der Alltag von Kopierprozessen<sup>1481</sup> und kumulativ-kreativen Praktiken<sup>1482</sup> geprägt bleibt. Dabei werden die Grenzen zwischen Idee und Ausdruck weiter verschwimmen, etwa wenn Inhalte in neue Kontexte gesetzt werden.<sup>1483</sup> Bestärkt durch das Aufkommen des Internets entsteht somit ein kommunikativer Raum, der bei der persönlichen Entfaltung im gesellschaftlichen Kontext eine noch zentralere Rolle einnimmt<sup>1484</sup> und dessen Bedingungen folglich weiter ausgearbeitet werden müssen. Entsprechend versucht diese Arbeit, den «Rechtspessimisten» die Analyse eines anregenden, beispielhaften Urteils vorzuführen, das genug Grundlagen bietet, um sie davon zu überzeugen, dass einige Richterinnen die Bedeutung und Entstehung digitaler Kultur erkennen und sowohl die Praktiken als auch die Beteiligten in ihrer Bedeutung wahrnehmen. Werden die weiteren Urteile diesem Fall hinzugefügt, bricht die Hoffnung zwar zusammen – nicht aber das bereits Erreichte.

### III. Eckpfeiler einer praktischen Umsetzung

Während in einem ersten Schritt vom Recht erwartet wird, die Prozesse, Beteiligten, Inhalte und Verhältnisse nachzuvollziehen und abzubilden, werden in einem zweiten Schritt praktisch umsetzbare Lösungen gefordert.<sup>1485</sup> Obschon fraglich ist, inwiefern eine im Diskurs befindliche, kritische Rechtswissenschaft diesem Anspruch allein gerecht werden kann,<sup>1486</sup> sind somit praktische Konturen der digitalen Allmende zu zeichnen. Hierbei soll eine irreführende Verwendung der Allmendemetapher vermieden<sup>1487</sup> und anhand von ausgewählten Projekten der tatsächliche materielle Gehalt dargestellt werden.

---

<sup>1480</sup> Vgl. LENSKI, *Öffentliches Kulturrecht*, S. 457.

<sup>1481</sup> Vgl. FISCHER, *Sampling*, S. 36.

<sup>1482</sup> HUI, S. 104; ZIMMERMANN, *Chapitre 6 – La musique à l’heure de l’internet: du patrimoine aux communs?*, in: Coriat, S. 136 ff.

<sup>1483</sup> KATZ, S. 156 f.; vgl. HUI, S. 24 f.

<sup>1484</sup> Vgl. GRUBER, *Bioinformatonsrecht*, S. 135.

<sup>1485</sup> WIELSCH, *Über Zugangsregeln*, in: Grünberger/Jansen, S. 269.

<sup>1486</sup> Siehe dazu RÖTHEL, «Zugangsregeln» – Beobachtungen aus der Perspektive der Rechtsdogmatik, in: Grünberger/Jansen, S. 193 f.

<sup>1487</sup> Kritisch zur Verwendung von Metaphern im Recht PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *Flesh*, S. 45 ff.; DERS., *Spatial Justice*, S. 15.

## 1. Implied Licenses

Um die Konstruktion der digitalen Allmende aus einer privatrechtlichen Perspektive zu ermöglichen, ist zunächst die verstärkte Berücksichtigung sog. Implied Licenses zu erwägen – stillschweigende Einwilligungen, die vertragsrechtliche Aspekte aufweisen, aber über deren Limitationen hinausgehen.<sup>1488</sup> Ausgehend von einer Anwendung im Patentrecht wird das Konzept auch im Urheberrecht zunehmend diskutiert<sup>1489</sup> und ermöglicht der Nutzerin einen vielfältigen Umgang mit den jeweiligen Werken. So kann sie diese so nutzen, wie es aus einer verobjektivierten Sicht unentbehrlich ist.<sup>1490</sup> Im Sinne eines Common Sense<sup>1491</sup> werden ihr auf diese Weise umfangreiche Rechte eingeräumt – auch explizit gegen den Willen der Urheberin.<sup>1492</sup> Zu klären bleibt, wie dieses Modell rechtlich umgesetzt werden kann und in welchem Verhältnis es zur digitalen Allmende steht.

Die erste Frage versucht ORIT FISCHMAN AFORI anhand der Praxis des sog. Linking zu verdeutlichen,<sup>1493</sup> also des Verlinkens auf die Startseite (surface link) oder eine Unterseite (deep link) einer fremden Website. Sie argumentiert, dass jene amerikanischen Gerichte, die das Linking zuließen, sich dem Grunde nach für das Modell der Implied License aussprächen, ohne es konkret als solches zu benennen.<sup>1494</sup> In diesem Szenario sei Linking dann erlaubt, wenn keine Interessen der Gegenpartei entgegenstünden.<sup>1495</sup> Mit dem Hochladen von Inhalten sei für alle Beteiligten absehbar, dass diese verlinkt und eingebettet würden.<sup>1496</sup> Entsprechend versteht FISCHMAN AFORI diese Form der Lizenz als offenen Standard, der im Einzelfall bestätigt werden muss.<sup>1497</sup>

---

<sup>1488</sup> FISCHMAN AFORI, Implied License, S. 291 ff.; a. A. Richter Kozinski in United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 30. Oktober 2001, Foad Consulting Group, Inc. v. Azzalino, 270 F. 3d 821, 832; zitiert nach FISCHMAN AFORI, Implied License, S. 294 f.

<sup>1489</sup> Vgl. insb. FISCHMAN AFORI, Implied License, S. 279 ff.

<sup>1490</sup> Vgl. die Beispiele bei FISCHMAN AFORI, Implied License, S. 281 ff.

<sup>1491</sup> Dazu SIEMAN, S. 885 ff.

<sup>1492</sup> FISCHMAN AFORI, Implied License, S. 277 f.

<sup>1493</sup> FISCHMAN AFORI, Implied License, S. 301 ff.

<sup>1494</sup> FISCHMAN AFORI, Implied License, S. 304 m. w. N.

<sup>1495</sup> Vgl. insb. EuGH, Urt. v. 13.02.2014 – C-466/12 – Retriever Sverige, GRUR 2014, S. 360 ff.

<sup>1496</sup> Vgl. FISCHMAN AFORI, a. a. O.

<sup>1497</sup> FISCHMAN AFORI, Implied License, S. 305 und S. 277 ff.

Hier lässt sich ein Vergleich zur Konstruktion einer stillschweigenden rechtfertigenden Einwilligung<sup>1498</sup> durch mediales Agieren ziehen, so wie es der BGH in den «Vorschau-Bilder-Entscheidungen»<sup>1499</sup> angedeutet hat. Im genannten Fall ging es um die urheberrechtliche Zulässigkeit sog. Thumbnails. Dies sind verkleinerte Abbildungen von grundsätzlich urheberrechtlich geschützten Werken, die nach der Eingabe in die Bildersuchfunktion der Suchmaschine in der Trefferliste verkleinert und mit reduzierter Auflösung<sup>1500</sup> angezeigt werden.<sup>1501</sup> Die Richterinnen stellten zwar fest, dass ein Eingriff in das Recht der Urheberin auf Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG anzunehmen sei,<sup>1502</sup> betonten jedoch zugleich, dass aufgrund des Hochladens der Texte oder Bilder eine Einwilligung vorliege. Das Gericht begründete diese «Relativierung des individuellen Zustimmungserfordernisses»<sup>1503</sup> damit, dass «mit den nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen»<sup>1504</sup> gerechnet werden müsse, wenn ein Werk im Internet frei zugänglich sei.<sup>1505</sup>

Lässt sich daraus schlussfolgern, dass Urheberinnen die gegebenen Umstände und üblichen Kommunikationsformen<sup>1506</sup> im Internet akzeptieren müssen?<sup>1507</sup> Es scheint, als erarbeite das Gericht die Grundlagen «medienspezifischer Nutzungsfreiheiten»,<sup>1508</sup> die einer weiteren Konkretisierung bedürfen. So betont der Bundesgerichtshof weiter, dass ein entgegenstehender Wille durch technische Schutzmassnahmen allgemein erkennbar gemacht werden müsse.<sup>1509</sup> Es werden mithin

---

<sup>1498</sup> Kritisch dazu OHLY, Vorschau-Bilder, S. 987.

<sup>1499</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 69/08 – Vorschau-Bilder, BGHZ 185, 291; BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 – Vorschau-Bilder II, ZUM 2012, 477.

<sup>1500</sup> WIELSCH, Intermediäre, S. 671.

<sup>1501</sup> Dazu aus rechtsvergleichender Perspektive BRÄNDLI, S. 254 ff.; HÜRLIMANN, Suchmaschinenhaftung, S. 83 ff.; SCHWEIZER, S. 249 ff.

<sup>1502</sup> BGHZ 185, 291 (292 f.).

<sup>1503</sup> WIELSCH, Intermediäre, S. 671.

<sup>1504</sup> BGHZ 185, 291, 306 ff., Rn. 36.

<sup>1505</sup> Siehe dazu GRUBER, Bioinformatonsrecht, S. 242 ff.; GRÜNBERGER, Vergütungsansprüche, S. 203.

<sup>1506</sup> GRÜNBERGER/JANSEN, Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie, in: Grünberger/Jansen, S. 30 f.

<sup>1507</sup> So GRUBER, Bioinformatonsrecht, S. 243.

<sup>1508</sup> WIELSCH, Intermediäre, S. 671 f.

<sup>1509</sup> BGHZ 185, 291, 307 f., Rn. 37. Dazu GRUBER, Bioinformatonsrecht, S. 243–244.

strenge Anforderungen an diesen Widerspruch als echten, technisch implementierten «actus contrarius» gelegt.<sup>1510</sup>

Weiter unterstreicht der BGH in der «Vorschau-Bilder-II-Entscheidung», dass die beschriebenen Bildersuchmaschinen «nicht danach unterscheiden können, ob ein aufgefundenes Bild von einem Berechtigten oder einem Nichtberechtigten ins Internet eingestellt worden ist».<sup>1511</sup> Eine Differenzierung zwischen dem Hochladen von Bildern mit und ohne Zustimmung der Rechteinhaberin findet demnach nicht statt.

Auf diese Weise lenkt das Gericht den Fokus auf die kommunikative Ebene, die über das Individuum hinausgeht und sich zwischen den Internetnutzerinnen und den informationstechnischen Systemen abspielt.<sup>1512</sup> Der individuelle Wille muss sich kommunikationstechnisch deutlich manifestieren und von den anderen Beteiligten wahrgenommen werden. Entsprechend wird argumentiert, dass in diesem Fall abermals deutlich wird, wie das Internet von einer Zugangskultur geprägt ist, die sich gegen jegliche Konstruktion von Zuweisungen des Eigentums an digitalen Inhalten richtet.<sup>1513</sup>

Doch wie steht dieser Ansatz zu den Überlegungen bezüglich einer digitalen Allmende? Einerseits wird deutlich, dass im Sinne von FISCHMAN AFORI und nach dem Ansatz des BGH in den beschriebenen Entscheidungen die Beteiligten verpflichtet werden können, nicht nur zum Erhalt, sondern auch zur Weiterentwicklung der Inhalte beizutragen. In dieser Hinsicht handelt es sich um privatrechtliche Verpflichtungen zwischen den Beteiligten, die folglich bis zu einem gewissen Grad unabhängig von staatlicher Einflussnahme gestaltet werden können. Dennoch bleibt in diesem Zusammenhang offen, wie der Kreis der Beteiligten eingegrenzt werden kann, ohne Zugangshürden zu errichten.

## 2. L'ouvroir de droit potentiel (OUDROPO,,)

Vorliegend ist darauf abzielen, den Kreis der Beteiligten weiter einzugrenzen, Zugangsmöglichkeiten zu gewährleisten und Pflichten aufrechtzuerhalten. Vonnöten sind somit weitere Modelle, welche die Mechanismen der Selbstorganisa-

---

<sup>1510</sup> WIELSCH, *Intermediäre*, S. 672.

<sup>1511</sup> BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 – *Vorschau-Bilder II*, ZUM 2012, 477, 480.

<sup>1512</sup> Vgl. GRUBER, *Bioinformatiionsrecht*, S. 244.

<sup>1513</sup> Vgl. GRUBER, *Bioinformatiionsrecht*, S. 245; entsprechend eine durch das Gericht formulierte Zugangsregel annehmend GRÜNBERGER, *Vergütungsansprüche*, S. 203, aufbauend auf WIELSCH, *Zugangsregeln*.

tion und Selbstregulierung aus den traditionellen Allmenden noch stärker berücksichtigen.

Auf welche Weise ein solcher Ansatz für das Recht entwickelt werden kann, zeigt das in den Literaturwissenschaften verortete Projekt OULIPO,<sup>1514</sup> das im Jahr 1960 von François Le Lionnais und Raymond Queneau gegründet wurde. Dabei versuchen französische Autorinnen und Mathematikerinnen, neue Werke nach bestimmten, selbst vorgegebenen Regeln (sog. *contraintes*) zu erstellen.<sup>1515</sup> Dahinter steht die Überzeugung, dass aus den auferlegten Beschränkungen der schöpferische Antrieb entsteht, mithin Anreize nicht durch Ausschliesslichkeitsrechte geschaffen werden, sondern durch gruppenintern ausgehandelte systemische Referenzbereiche.

Darauf aufbauend entwickelte sich ab 2013 das rechtswissenschaftliche Projekt OUDROPO,<sup>1516</sup> das von Paul le Cannu an der Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne vorangetrieben wurde.<sup>1517</sup> Dabei handelt es sich um eine Form des «OUXPO» respektive einen digitalen Arbeitsraum einer ausgewählten Disziplin. Zurzeit existieren solche im Bereich der Musik, des Kinos oder der Architektur.<sup>1518</sup> Die meisten dieser Gruppen agieren auf der Grundlage von Statuten oder einem Manifest, in dem der spielerische Umgang mit dem Material, meistens Texte aller Art, nach einer festgelegten Regel beschrieben wird.

Während in einem ersten Schritt die spielerische Transformation im Vordergrund steht, wird im zweiten Schritt der Prozess der Bedeutungszuschreibung eingeleitet. Hierbei wird das Spiel zwischen der formal auferlegten Zurückhaltung und der kreativen Freiheit deutlich.

Im Bereich des Rechts versucht OUDROPO,, mit den zwei Kommas, die dem Akronym nachgelagert sind, eine Reminiszenz an die «Pataphysik»<sup>1519</sup> herzustellen, und betont so die humoristische Grundlage. Gleichzeitig sollen die beiden Zeichen die Zwänge visualisieren, die sich die Mitglieder selbst auferlegen. Dem

---

<sup>1514</sup> Akronym für L'ouvroir de littérature potentielle (franz.): Werkstatt für potentielle Literatur; siehe dazu PICHLER, Oudropo, S. 163 ff.

<sup>1515</sup> PICHLER, Oudropo, S. 164.

<sup>1516</sup> L'ouvroir de droit potentiel (franz.): Werkstatt für potentielles Recht.

<sup>1517</sup> PICHLER, Oudropo, S. 166.

<sup>1518</sup> Siehe hierzu und zum Folgenden die Beschreibungen auf der Website der Organisation, [perma.cc/2NEG-L3UC](http://perma.cc/2NEG-L3UC); umfassend dazu PORODOU, *passim*, wobei PICHLER, Oudropo, S. 169, fragt, ob diese Autorin tatsächlich existiert oder fiktiv ist.

<sup>1519</sup> Hierbei handelt es sich um eine von Alfred Jarry am Ende des 19. Jahrhunderts mitbegründete parodistische Wissenschaftstheorie, dazu PICHLER, Oudropo, S. 165.

gegenüber versteht sich OUDROPO als gemeinnütziges LegalTech,<sup>1520</sup> wobei seine Technologie darauf gerichtet ist, linguistische Verfahren auf Rechtstexte anzuwenden. Das Ziel ist, die statischen Rechtstexte dynamischer zu gestalten. Im Gegensatz zu OULIPO findet folglich eine kreative Gestaltung statischer Texte statt, während dies im Kontext literarischer Texte umgekehrt erfolgt.<sup>1521</sup> Das Projekt versteht sich deshalb als Beitrag zum Feld des Law as Literature,<sup>1522</sup> wobei das 2014 ausgearbeitete Manifest in Art. 2 festhält, dass die frei gewählte Einschränkung<sup>1523</sup> neues Recht schaffen solle. Dies könne Normen, Handlungen oder juristische Personen umfassen.<sup>1524</sup> Mithilfe der Rechtstheorie und Kreativität sollen bestehende Grenzen hinterfragt und das Recht in seinen vielfältigen Erscheinungsformen weiterentwickelt werden. Die Mitglieder der Vereinigung betonen, es handle sich nicht um operatives, sondern um «potenzielles» Recht, das jeder Person zur Verfügung stehen solle.

Das Konzept ist demnach rechtstheoretisch verankert und soll Studierende aus rechtspositivistischen Zwängen befreien.<sup>1525</sup> Doch das Projekt ist weitaus mehr. So werden zahlreiche Eigenschaften traditioneller Allmenden aufgegriffen – etwa geschlossene Nutzergruppen, bestimmte Ressourcen, Pflichten – und in einen modernen Kontext gesetzt. Wenngleich wünschenswert wäre, dass das Projekt einem grösseren Kreis an Interessierten geöffnet würde, bleibt bisher ein gewinnbringender, kritischer Diskurs unter den Partizipierenden möglich. Wie ASTRID POIER-BERNHARD zu Recht betont, liegt der Mehrwert von OULIPO unter anderem in der Bereitstellung «eine[r] lebensphilosophischen Praxis, die dem «Möglichen» oder «dem Spiel der Möglichkeiten» den ersten Platz einräumt».<sup>1526</sup> Auf diese Weise wird eine Flexibilität des Rechts eingefordert. Dies geschieht etwa, indem die Mitglieder eine rein rechtspositivistische, ökonomische Ausrichtung und Lesart des Rechts hinterfragen und versuchen, eine Form des Literature from Law<sup>1527</sup> zu erarbeiten.<sup>1528</sup> So bieten sie eine Reflexion über die Bedeutung und den Status

---

<sup>1520</sup> Perma.cc/MT7B-2RCJ .

<sup>1521</sup> Zum Vorstehenden PICHLER, S. 166.

<sup>1522</sup> PICHLER, Oudropo, S. 164, 165 ff., auch zum Folgenden.

<sup>1523</sup> Zu bisherigen Einschränkungen perma.cc/PX5X-ZSGR.

<sup>1524</sup> Vgl. perma.cc/5J78-DLVR.

<sup>1525</sup> Siehe zu den Hintergründen PICHLER, Oudropo, S. 170 f.

<sup>1526</sup> POIER-BERNHARD, S. 351, zitiert nach PICHLER, Oudropo, S. 171.

<sup>1527</sup> Vgl. OUDROSCIENCEPO, Un atelier Oudropo,, à Science-po, in: Porodou, S. 109.

<sup>1528</sup> Siehe dazu PICHLER, Oudropo, S. 171–172.

von Text im Recht an, offenbaren Willkür und stellen die Produktion sowie die Interpretation des Rechts infrage.<sup>1529</sup>

Wird dieses Projekt in den Kontext der digitalen Allmende gesetzt, sind zahlreiche Perspektiven erkennbar. So gelingt es dem überschaubaren Kreis an Mitgliedern, eigene Regelungen zu erarbeiten, durch die sie dazu angehalten werden, produktiv Inhalte zu erzeugen. Dabei berücksichtigen sie bestimmte Pflichten, deren Einhaltung die Mitglieder selbst überwachen. Diese Arbeit erfolgt deshalb in einem selbst gesetzten Rahmen, der nicht unabhängig vom staatlichen Recht steht. So tritt das «potenzielle» neben das bestehende Recht und ist nur für jene anwendbar, die es tatsächlich nutzen wollen.

Insbesondere überzeugt am Ansatz des OUXPO jedoch die Flexibilität für Entwicklungen. Vergleichbar mit traditionellen Allmenden in der ganzen Welt entstehen verschiedene Institutionen in unterschiedlichen Bereichen, die an die jeweilige Situation angepasst werden können und sich stets in Bewegung befinden. Die Mitglieder sind dazu angehalten, aktiv zu partizipieren, und tragen somit dazu bei, die Verfahren, Verhältnisse und Normativitäten am Leben zu halten.

### 3. Die frei zugängliche Sampledatenbank

In den vorstehend erwähnten Beispielen bleibt neben Aspekten der rechtlichen Rückbindung, der Zugänge und der Selbstbindung die Technologie unberücksichtigt, die für eine digitale Allmende erforderlich ist. Um diese Lücke zu füllen und den Bezug zur kulturellen Praktik des Musiksamplings herzustellen,<sup>1530</sup> ist auf das Projekt einer amerikanischen Schuhmarke einzugehen, die durch eine Sampledatenbank<sup>1531</sup> diese Lücke füllen kann.<sup>1532</sup>

Das Projekt ermöglicht es Musikbands, das unternehmenseigene Tonstudio gegen Bezahlung zu nutzen. Sobald die Songs eingespielt sind, werden sie professionell aufbereitet, in Samples umgewandelt und in die Datenbank hochgeladen. Dort können andere Künstlerinnen die Samples frei und kostenlos nutzen, zumal die Samples ohne Nennung weiterverwendet werden dürfen. Die Samples können ohne Weiteres den «ursprünglichen» Künstlerinnen zugeordnet werden, weil sie von Videos und Texten über diese umrahmt werden. Auf diese Weise wird versucht, einen angemessenen Umgang für das Problem der Anonymität zu finden.

---

<sup>1529</sup> Vgl. PICHLER, Oudropo, S. 172.

<sup>1530</sup> Siehe Kap. 1 I.1.

<sup>1531</sup> Perma.cc/W7VH-S5UK.

<sup>1532</sup> Siehe zum Folgenden SCHRÖR, S. 33.

Gleichzeitig wird auf grossflächige Werbung durch den Schuhhersteller weitgehend verzichtet. Dieses Projekt schafft folglich eine Situation, in der zahlreiche Beteiligte profitieren und gleichzeitig Regelungen berücksichtigen müssen. Während die im Tonstudio auftretenden Künstlerinnen von geringen Kosten für die Aufnahme und Bearbeitung ihrer Lieder profitieren, erhalten die Onlinenutzerinnen offenen Zugang zu den Samples. Dies stellt sicher, dass die Samples eine technisch hohe Qualität haben und ausübende Künstlerinnen nicht mit hohen Kosten für die Lizenzierung der Samples rechnen müssen. Dass das Unternehmen das eigene Ansehen bei Künstlerinnen stärken will, steht ausser Frage.

#### 4. Ergänzende Perspektiven für das Recht

Bei den genannten Beispielen handelt es sich um ausgewählte Projekte, die zentrale Eckpunkte einer praktischen Umsetzung der digitalen Allmende perspektivisch für das Recht aufgreifen. Zudem berücksichtigen sie ausgewählte Eigenschaften traditioneller Allmenden und schaffen somit eine Rückbindung an die jahrhundertealten Institutionen.

So wird in den beschriebenen Modellen die Bedeutung von Pflichten, die den Nutzungsmöglichkeiten gegenüberstehen, stets betont. Dies entspricht den Ausführungen OSTROMS im Kontext ihrer Untersuchungen zur Allmende: «[W]e need to stress from the beginning that all rights have complementary duties. [...] Thus rules specify both rights and duties.»<sup>1533</sup> Die Herausforderung besteht darin, die Sicherstellung von Pflichten mit der Errichtung von «Ermöglichungsräume[n]»<sup>1534</sup> einhergehen zu lassen. Mit Bezug auf eine selbst organisierte digitale Allmende ist dabei positiv zu bewerten, dass im digitalen Umfeld ein Grossteil der Regulierung weder über staatliche Normen noch über den Code ablaufen wird, sondern über soziale Normierungen.<sup>1535</sup>

Durch diese Entwicklung rückt das Verhältnis zu anderen sozialen Ordnungen stärker in den Blickpunkt.<sup>1536</sup> Wenn es gelingt, losgelöst von politischen Bindungen zu agieren, sind selbst organisierte Regulierungsformen alles andere als illu-

---

<sup>1533</sup> SCHLAGER/OSTROM, S. 250; vgl. SCHLÄPPI, Einleitung, in: Schläppi/Gruber, Von der Allmende zur Share Economy, S. 21: «There ain't no such thing as a free commons!»

<sup>1534</sup> REUTLINGER, Sozialraum, in: Günzel, Lexikon, S. 378.

<sup>1535</sup> Vgl. DE FILIPPI/WRIGHT, S. 187 ff.

<sup>1536</sup> Vgl. WIELSCH, epistemische Analyse, S. 67.

sionär.<sup>1537</sup> Die Abstimmung zwischen privat und öffentlich erfolgt dann nicht mehr allein durch den Staat, sondern durch diese Institutionen, welche die Belange der Beteiligten in Einklang bringen.<sup>1538</sup> Erfolgen parallel verschiedene Institutionalisierungsprozesse, kann zudem mit einem Zuwachs des Vertrauens in diese Form der Regulierung und innerhalb der Institutionen selbst<sup>1539</sup> gerechnet werden.<sup>1540</sup> Dies erscheint insbesondere von Bedeutung, wenn weder Individuen noch Staaten für enttäuschte Erwartungen oder Ansprüche verantwortlich gemacht werden können und es deshalb darum geht, Vertrauen in die Funktionsfähigkeit (technischer) Prozesse und Abläufe zu gewährleisten.<sup>1541</sup>

Sofern es zu einem Zuwachs an selbst gesetzten Normen kommt, würde dies die Durchsetzbarkeit erleichtern.<sup>1542</sup> Die praktische Umsetzung ist jedoch eine Frage des Zusammenspiels von «institutioneller Phantasie und vorsichtiger Erprobung».<sup>1543</sup>

Aus rechtlicher Perspektive fallen die Aufgaben wiederum nicht allein den Beteiligten zu. Vielmehr spielen das öffentliche Recht sowie insbesondere das Privatrecht mit seiner «gesellschaftsordnenden Funktion»<sup>1544</sup> bei diesen Institutionalisierungsprozessen eine massgebliche Rolle. Als Recht der sozialen Institutionen und Triebfeder gesellschaftlicher Selbstregulierungsansätze<sup>1545</sup> bietet es viele Potenziale, die nicht unterschätzt werden sollten.<sup>1546</sup> So kommt diesem Rechtsbereich noch stärker als zuvor die Rolle zu, gesellschaftliche Potenziale zu bestärken.

---

<sup>1537</sup> WIELSCH, Die private Konstruktion von Gemeinschaftsgütern, in: Hoffmann-Riem, Innovationen, S. 367.

<sup>1538</sup> LADEUR, Die Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht, in: FS Teubner, S. 557.

<sup>1539</sup> BECKENKAMP, Der Umgang mit sozialen Dilemmata. Institutionen und Vertrauen in den Commons, in: Helfrich – Commons, S. 51 ff.

<sup>1540</sup> Zur Bedeutung des Vertrauens BELSKY/KAHR/BERKELHAMMER/BENKLER, S. 45 ff. m. w. N.; zur Unterscheidung verschiedener Arten von Vertrauen (horizontales, vertikales und digitales) BOTSMAN/ROGERS, S. 91 ff., 127 ff., 140 ff.

<sup>1541</sup> Vgl. dazu insb. aus haftungsrechtlicher Sicht GRUBER, Zumutbarkeit, S. 156.

<sup>1542</sup> BENKLER, The Penguin, S. 161.

<sup>1543</sup> HABERMAS, Faktizität und Geltung, S. 531.

<sup>1544</sup> GRUBER, Bioinformatonsrecht, S. 10; JEGGLE, Ressourcen, Märkte und die Ökonomie sozialer Beziehungen, in: Jancke/Schläppi, S. 66.

<sup>1545</sup> Vgl. GRUBER, Bioinformatonsrecht, S. 182.

<sup>1546</sup> BUCK-HEEB/DIECKMANN, S. 24 ff.; TEUBNER, Vertragswelten, S. 234 ff.; DERS., Verfassungsfragmente, S. 35 ff.; WIELSCH, Rechtfertigungsgebote, S. 36; zur Bedeutung und Rolle des Privatrechts im Zusammenspiel mit dem öffentlichen Recht MÖLLERS, S. 57 ff.

Indem es den Blick über das Individuum hinaus auf gesellschaftliche Herausforderungen lenkt<sup>1547</sup> und die eigene rechtspolitische<sup>1548</sup> Rolle aktiv wahrnimmt, trägt es zum Entstehen der digitalen Allmende bei. Ein solches «soziales Privatrecht»<sup>1549</sup> passt sich mithin an die kommunikative Umwelt an und stärkt damit die eigene Bedeutung.

Weiter sind bei diesen Prozessen das Verständnis und das Menschenbild des Rechts entscheidend. Es bedarf eines Übereinkommens darüber, was Recht und Regulierung umfasst und wie viel davon benötigt wird. Sind soziale Praktiken<sup>1550</sup> und informelle Regelungen Recht? Es könnte vermutet werden, dass nichts in se und per se rechtlich ist, gleichzeitig alles das Potenzial hat, sich zu verrechtlichen.<sup>1551</sup> Doch dafür braucht es Recht – und schon drängt sich die Frage auf, was Recht ist.<sup>1552</sup> Hier wird der Standpunkt vertreten, dass zwischen Recht und anderen Regeln keine ontologischen Unterschiede bestehen.<sup>1553</sup> Viele Regelungen basieren auf ähnlichen Eigenschaften: Sie sind normative Aussagen, die sozial reproduziert werden und einen persönlichen Eindruck der Erwartungen in Bezug auf das eigene Verhalten darstellen.<sup>1554</sup>

Bezüglich der Frage des Menschenbilds stellt sich im Privatrecht die Frage, ob subjektive Rechte dem Schutz des selbstherrlichen Individuums, seiner Unterordnung unter die Gemeinschaft oder einem zwischen beiden Extremen vermittelnden Weg dienen.<sup>1555</sup> Ist die Aufgabe subjektiver Rechte zu weitgehend? Ein Zusammenspiel von individueller Kreativität und gesellschaftlichen Produktionsbedingungen ist möglich, ohne von vornherein subjektive Rechte auszuschließen.<sup>1556</sup> Deshalb sollte das bestehende Urheberrechtssystem nicht aus den Diskussionen ausgeklammert werden, in welchen es zumindest theoretisch nicht um das Zuspre-

<sup>1547</sup> Zu den Perspektiven der Privatrechtstheorie umfassend GRÜNBERGER/JANSEN, S. 1 ff.

<sup>1548</sup> Zur politischen Rolle des Privatrechts siehe LOMFELD, Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht, in: Grünberger/Jansen, S. 151 ff.; WIELSCH, Über Zugangsregeln, in: Grünberger/Jansen, S. 273.

<sup>1549</sup> GRUBER, Bioinformationsrecht, S. 182.

<sup>1550</sup> Zum Verhältnis des Rechts mit sozialen Normen siehe ALTSCHULLER/BENBUNANFICH, S. 49 ff.; 6; DE KAMINSKI et al., S. 309 ff. m. w. N.; MOOHR, S. 732 ff.

<sup>1551</sup> So jedenfalls CROCE, S. 153 ff., insb. 162 ff.

<sup>1552</sup> Vgl. KÄHLER, S. 69.

<sup>1553</sup> Grundlegend dazu EHRLICH, passim.

<sup>1554</sup> SVENSSON, S. 39 ff.; DE KAMINSKI et al., S. 311.

<sup>1555</sup> PEIFER, S. 36.

<sup>1556</sup> GRUBER, Anfechtungen des Plagiats, in: Bung/Gruber/Kühn, S. 98–99.

chen subjektiver Rechte, sondern um fundamentale kulturpolitische Zielsetzungen geht.<sup>1557</sup>

## IV. Abschluss

Diesem Credo folgend zeigt die Arbeit den «Kulturpessimisten», welche bunte Vielfalt täglich digital entsteht. Gleichzeitig versucht sie darzulegen, wie das Untersuchen der unterschiedlichen Antriebsgründe, Handlungen und Werke eine wichtige Grundlage für die weitere Konzeption des Rechts bieten kann. Ein ausschließlich dogmatisches, ökonomisch ausgerichtetes Recht steht dazu als eine Dystopie, die zurückgelassen werden kann. Den Forscherinnen in den angrenzenden Wissenschaften und der Rechtswissenschaft selbst sollte mithilfe der Konzeption der digitalen Allmende nahegelegt werden, dass die Rechtswissenschaft nicht die Wissenschaft der Gesetze allein ist, sondern dass sie die Fülle der Kultur und des Sozialen mit offenen Armen empfangen kann.<sup>1558</sup>

---

<sup>1557</sup> LENSKI, Öffentliches Kulturrecht, S. 13.

<sup>1558</sup> In Anlehnung an LATOUR, Aramis, XII.

---

## Coda

Im Verlauf der vorliegenden Konzeption zur digitalen Allmende wurde der Standpunkt zahlreicher Rechtswissenschaftlerinnen, Praktikerinnen und des positiven Rechts selbst dargelegt. Die Haltung jener, die mit ihren Ideen die digitale Kultur voranbringen und von den rechtlichen Entscheidungen am meisten betroffen sind,<sup>1559</sup> blieb aussen vor – oder um es mit Sabrina Setlur im Song «Nur mir» auszudrücken: «Du raffst meine Welt nicht und trotzdem dringst du in sie ein, du bringst mir nix als Probleme und willst'n Teil von mir sein.»<sup>1560</sup> Um einige Musikerinnen in dieser Arbeit am Diskurs teilhaben zu lassen, sollen die letzten Zeilen dieser Arbeit ihnen gehören:

«Well here's how it started, heard you on the radio / Talking 'bout rap, saying all that crap / About how we sample, giving examples / Think we'll let you get away with that? / You criticize our method of how we make records / You said it wasn't art, so now we're gonna rip you apart / Stop, check it out my man / This is the music of a hip-hop band / Jazz, well you can call it that / But this jazz retains a new format / Point, where you misjudged us / Speculated, created a fuss / You've made the same mistake politicians have / Talkin' all that jazz

Talk, well I heard talk is cheap / But like beauty, talk is just skin deep / And when you lie and you talk a lot / People tell you to step off a lot / You see, you misunderstood, a sample's just a tactic / A portion of my method, a tool, in fact it's / Only of importance when I make it a priority / And what we sample's loved by the majority / But you a minority in terms of thought / Narrow minded and poorly taught / About hip-hop, playing all the silly games / To erase my music so no one can use it / You step on us and we'll step on you / Can't have your cake and eat it too / Talkin' all that jazz

Lies, that's when you hide the truth / It's when you talk more jazz than proof / And when you lie and address something you don't know / It's so wack that it's bound to show / When you lie about me or the band we get angry / Whip out our pen, start writing again / And the things we write are always true / Sucker, get a grip, now we talking 'bout you / Seems to me that you have a problem / So we can see

---

<sup>1559</sup> Zu Rassismus und Vorurteilen gegenüber Rapmusik in (englischen) Gerichtssälen QUINN, *passim*; RYMAJDO, *passim*; ROSE, *Hip Hop Wars*, S. 33 ff.; SCOTT, S. 55 ff.; zur Situation in den USA NIELSON/DENNIS, S. 27 ff.; umfassend zur Rapkultur QUINN, *Culture and Commerce*, *passim*.

<sup>1560</sup> Vgl. dazu OHLY, *Hip-Hop*, S. 969.

what we can do to solve them / Think rap is a fad? You must be mad / Cause we're so bad we get respect you never had / Tell the truth, James Brown was old / 'Til Eric and Ra came out with «I Got Soul» / Rap brings back old R&B / And if we would not, people could've forgot / We wanna make this perfectly clear / We're talented and strong and have no fear / Of those who choose to judge but lack pizzazz / Talkin' all that jazz

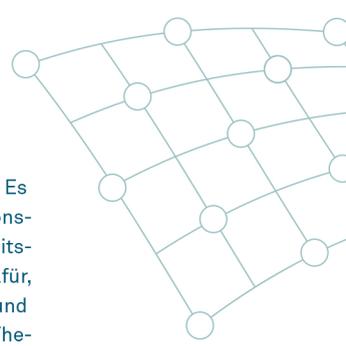
Now we're not trying to be a boss to you / We just wanna get across to you / That if you're talking jazz, the situation is a no-win / You might even get hurt, my friend / Stetsasonic, the hip-hop band / And like Sly and the Family Stone, we will stand / Up for the music we live and play / And for the song we sing today / For now, let us set the record straight / And later on we'll have a forum and a formal debate / But it's important you remember though / What you reap is what you sow / Talkin' all that jazz.»<sup>1561</sup>



---

<sup>1561</sup> Stetsasonic (1988): Talkin' all that Jazz, zitiert nach FISCHER, Sampling, S. 154–155.





Das Recht der neuen Technologien ist das Recht der nächsten Gesellschaft. Es reflektiert die wachsenden Verbindungen von Informations- und Kommunikationstechnologien mit weiteren Anwendungsfeldern der Lebens-, Medizin-, Gesundheits- und Kognitionswissenschaften. Diese Konvergenzen bilden die Grundlage dafür, die Rechtsgebiete des Informations- und Medienrechts, des Gesundheits- und Medizinrechts sowie des Umwelt- und Technikrechts einem eigenständigen Themenbereich zuzuordnen. Das Recht der neuen Technologien soll die rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung einbeziehen und den interdisziplinären Austausch mit technologischer Innovationsorientierung verknüpfen. Mit den «Schriften zum Recht der neuen Technologien» werden zukunftsgestaltende Forschungsergebnisse der Wissenschaft, Praxis und Gesellschaft zugänglich gemacht.

## Die digitale Allmende

Die Adaption des Urheberrechts an das digitale Zeitalter stellt eine zentrale Herausforderung für das Immaterialgüterrecht dar. Diskussionen um eine «Krise des Urheberrechts» machen deutlich, dass es an einer sachgemässen juristischen Erfassung neuer digitaler Kulturpraktiken weiterhin fehlt. Die richtungsweisenden Urteile zu «Metall auf Metall» zugrunde legend, zeigt die Dissertation von Dario Henri Haux am Beispiel des digitalen Musiksamplings zeitgemässe Ansätze auf. Angeregt durch Konzepte wie die sogenannte Kulturwertmark oder Überlegungen zu einem Grundrecht auf Zugang zum Internet wird die Bedeutung der Materialität im Urheberrecht herausgearbeitet und ein historisch rückgebundenes Modell der digitalen Allmende präsentiert. Der Autor hinterfragt das Verhältnis Materialität – Immaterialität, vollzieht die Beziehung zwischen urheberrechtlichen Werken sowie den daran Beteiligten nach und verweist auf die Bedeutung der Nachhaltigkeit digitaler Prozesse. Aufgrund dieser vielseitigen Perspektiven bietet die vorliegende Arbeit sowohl für Rechtspraktikerinnen und Rechtswissenschaftlerinnen wie auch für Studierende und Interessierte kritische Einsichten in die Rechtsgrundlagen eines im Wandel begriffenen Urheberrechts.

Dike Verlag, Zürich/St. Gallen

ISBN 978-3-03891-352-8



9 783038 913528

Nomos Verlag, Baden-Baden

ISBN 978-3-8487-8444-8



9 783848 784448