

# Der Beitrag der Verhaltensforschung und Verhaltensökonomik für ein realitätsgerechtes Urheberrecht

Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge), Bonn\* \*\*

*Recht steht niemals im luftleeren Raum, sondern interagiert vielschichtig und komplex, unmittelbar und mittelbar mit den von ihm erfassten Individuen. Daher kann auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts spezifische menschliche Verhaltensweisen, Angewohnheiten und Eigenheiten nicht ausblenden, sondern sollte sie vielmehr berücksichtigen. Der Beitrag befasst sich mit der Fragestellung, wie Erkenntnisse über menschliche Verhaltensweisen für eine bestmögliche inhaltliche Ausgestaltung des Urheberrechts in seiner Interaktion mit Urhebern, Verwertern und Nutzern fruchtbar gemacht werden können und zeigt darüber hinaus auf, in welchen Bereichen weiterer Forschungsbedarf besteht.*

## I. Einführung

Die Aufgabe, auf die Suche nach Rahmenbedingungen eines für seine Umwelt sensiblen, realitätsgerechten Urheberrechts zu gehen, weist methodisch auf ein Verständnis der Rechtswissenschaft als einer *Realwissenschaft*, die sensibel für ihre Auswirkungen auf das *reale Verhalten* betroffener Individuen ist. Zugleich sind Aspekte eines am Realverhalten orientierten Urheberrechts – schon angesichts der Herausforderungen durch die globalen Datenetze – notwendig anhand eines die einzelnen nationalen Rechtsordnungen übergreifenden, internationalen und rechtsvergleichenden Maßstabs auszuloten.<sup>1</sup> Ein solcherart realitätsgerechtes Urheberrecht muss also auf einem ökonomisch-psychologischen Verhaltensmodell aufbauen, welches die tatsächlichen Auswirkungen von Rechtsregeln

zu ermitteln sucht.<sup>2</sup> Neben der klassischen ökonomischen Analyse des Rechts (mit ihrem Rationalmodell<sup>3</sup> als Ausgangspunkt)<sup>4</sup> legt die Frage nach einem in diesem Sinne umweltensiblen Urheberrecht besonders nahe, im Bereich der neueren Ansätze der Spieltheorie<sup>5</sup> und Verhaltensökonomik<sup>6</sup> (nebst Verhaltenspsychologie) (s. allgemein unten II.) nach für das Urheberrecht relevanter Forschung zu fahnden, die das Verhaltensmodell durch experimentelle psychologische oder – wo möglich – empirische Forschung differenziert und so zugleich zur Differenzierung und Feinsteuerung urheberrechtlicher Grundlagen<sup>7</sup> oder Institutionen unter Einbeziehung ihrer Wechselwirkung mit anderen Regelungssystemen beitragen kann<sup>8</sup> (s. die Beispiele unten III.). So lassen sich neben einzelnen schon aufgrund des heutigen Forschungsstands möglichen konkreten Folgerungen insbesondere bestimmte Grundtendenzen für notwendige Differenzierung und Neujustierung ermitteln und im Übrigen Forschungsfelder für künftige Arbeit in diesem interdisziplinären Schnittbereich identifizieren (s. das Fazit unten IV.).

<sup>2</sup> S. Bechtold, GRUR Int. 2008, 484 (488).

<sup>3</sup> Das Rationalmodell unterstellt, dass die einzelnen Marktteilnehmer auf Anbieter- und Abnehmerseite als *homines oeconomici* ausschließlich rational eigennützig handeln und ihren Gewinn bzw. Nutzen maximieren. S. insoweit auch unten Fn. 9 zur sog. REMM-Hypothese.

<sup>4</sup> S. Kerber, Zur Komplexität der Anwendung des ökonomischen Anreizparadigmas bei geistigen Eigentumsrechten – Ein wirtschaftspolitischer Analyse Rahmen, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014 (im Erscheinen); vgl. auch Bechtold, GRUR Int. 2008, 484 ff.; Leistner, ZGE 2013, 403 ff. (jeweils m. w. N.); grundlegend Landes/Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law, 2003, S. 37 ff.

<sup>5</sup> Die Spieltheorie (*game theory*) bezeichnet eine mathematische Methode zur Analyse des Strategieverhaltens einzelner Wirtschaftssubjekte in sozialen Konfliktsituationen, in denen der individuelle Erfolg auch durch die Interaktion anderer Wirtschaftssubjekte beeinflusst wird.

<sup>6</sup> Die Verhaltensökonomik (*behavioural economics*) ist ein Teilgebiet der Ökonomik, das sich insb. mit Situationen beschäftigt, in denen Wirtschaftssubjekte abweichend vom Rationalmodell, d. h. nicht wie *homines oeconomici*, agieren.

<sup>7</sup> Vgl. dazu etwa Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479 ff.

<sup>8</sup> S. Bechtold, GRUR Int. 2008, 484 (488); Leistner, ZGE 2009, 403 (404, 416 ff., 442 ff.) m. w. N.; vgl. allgemein Engel, JZ 2005, 581 ff. (jeweils m. w. N.). Zu Einzelbereichen relevanter Forschung in der amerikanischen Literatur auch noch sogleich die Belege zu den einzelnen Beispielen unten III.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht am Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, der anlässlich des 10. Bayreuther Forums für Wirtschafts- und Medienrecht in Bayreuth gehalten (s. Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, im Erscheinen) und für das BRJ überarbeitet wurde. Der Autor dankt seinen Mitarbeitern, Herrn Wiss. Ass. Stefan Koroch und Herrn stud. iur. Christian M. König, für wertvolle Mithilfe bei der Endredaktion.

\*\* Der Autor gratuliert dem bundesweit verbreiteten und allein unter studentischer Verantwortung stehenden Bonner Rechtsjournal herzlich zu seinem sechsjährigen Bestehen im Jahr 2014 und wünscht auch weiterhin alles Gute für diese schöne und wertvolle Initiative!

<sup>1</sup> S. für das Urheberrecht allgemein Bechtold, GRUR Int. 2008, 484; Leistner, ZGE 2009, 403 ff.

## II. Methoden: Spieltheorie, Verhaltensforschung und Verhaltensökonomik

Zum Teil sind schon auf Grundlage der klassischen REMM-Hypothese<sup>9</sup> im Rahmen der Anwendung mehr oder weniger komplexer spieltheoretischer Modelle bestimmte Grundannahmen des Urheberrechts wie insbesondere das zentrale Anreizargument<sup>10</sup> analysiert und überprüft worden.<sup>11</sup> Die diesbezüglichen Forschungsergebnisse weisen jedenfalls nach ihrer Grundrichtung auf die Notwendigkeit eines höheren Differenzierungsgrades in einem umweltsensiblen Urheberrecht hin, welches demnach nicht dem *one size fits all*-Ansatz folgen, sondern für einzelne Werkarten<sup>12</sup> zu differenzierten Lösungen gelangen sollte.

Während diese Forschungsansätze sich noch grundsätzlich im REMM-Modell bewegen und dies lediglich spieltheoretisch in Zwei- oder Drei-Personen-Konstellationen um den Aspekt strategischen Verhaltens ergänzen, schließt die *behavioural law and economics*-Bewegung an verhaltensökonomische Erkenntnisse psychologischer<sup>13</sup> Feld- und Laborforschung, soziologischer<sup>14</sup> Forschung sowie der experimentellen Ökonomie (unter Laborbedingungen)<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Der den einfachen Gleichgewichtsmodellen zugrunde liegende methodologische Individualismus (nach dem englischen Akronym „REMM“, das für „Resourceful Evaluating Maximizing Man“ steht) unterstellt, dass die einzelnen Marktteilnehmer auf Anbieter- und Abnehmerseite als *hominis oeconomici* ausschließlich rational eigennützig handeln und ihren Gewinn bzw. Nutzen maximieren.

<sup>10</sup> Die mit der Gewährung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte an den Schöpfer eines geistigen Werkes bezweckte angemessene Belohnung wird gemeinhin mit dem Argument gerechtfertigt, dass hierdurch Anreize zur Schaffung neuer Werke gesetzt würden. S. nur *Beier*, GRUR 1998, 185 (187); kritisch *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Habil. Tübingen 2009, S. 79 m. w. N.

<sup>11</sup> S. mit einem ersten Ansatz *Gordon*, University of Dayton Law Review 17, 853 ff. (1992); letzthin mit einem differenzierten spieltheoretischen Modell, das das Anreizargument allgemein für das Immaterialgüterrecht in durchaus erheblichem Maße relativiert *Engel*, 7 Journal of Competition Law & Economics, 277 ff. (2011); vgl. dazu auch *Leistner*, ZGE 2009, 403 (416 ff.).

<sup>12</sup> Unter Werken i. S. d. Urheberrechts versteht man gemäß § 2 II UrhG persönliche geistige Schöpfungen. Nach § 2 I Nr. 1-7 UrhG zählen dazu insbesondere Sprach-, Musik-, pantomimische, Kunst-, Lichtbild- und Filmwerke sowie Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art.

<sup>13</sup> Hierfür steht insbes. die weitgefächerte Forschung von *Tversky* und *Kahneman*, vgl. etwa *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, Journal of Political Economy 98 (1990), 1325 ff.; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and the Status Quo Bias, Journal of Economic Perspectives 5 (1991), 193 ff.; zuletzt *Kahneman/Thaler*, Anomalies: Utility Maximization and Experienced Utility, Journal of Economic Perspectives 20 (2006), 221 ff., <http://faculty.chicagobooth.edu/richard.thaler/research/pdf/utility%20maximization%20and%20experienced%20utility.pdf>, Abruf v. 11.08.2014.

<sup>14</sup> Vgl. allgemein hierzu *Lindenberg*, Homo Socio-oeconomicus: The Emergence of a General Model of Man in the Social Science, JITE 146 (1990), 727 ff.

<sup>15</sup> S. *Tietz*, On Bounded Rationality: Experimental Work at the University of Frankfurt/Main, JITE 146 (1990), 659 ff., zu den Chancen dieser mit großen Hoffnungen versehenen Forschungsrichtungen.

an. Sie beabsichtigt, systematische *Abweichungen* realen menschlichen Verhaltens vom REMM-Verhaltensmodell zu identifizieren und diese in entsprechend differenzierten Spielen und Marktmodellen verhaltensökonomisch zu modellieren und zu analysieren.<sup>16</sup>

Dabei kann der nachfolgende allgemeine Kurzüberblick aus urheberrechtlicher Sicht natürlich nicht einmal annähernd den gesamten Forschungsstand skizzieren. Vielmehr soll es lediglich um die ganz punktuell beispielsartige Darstellung einiger für das Urheberrecht besonders relevanter *biases* (oder Anomalien)<sup>17</sup> menschlichen Entscheidungsverhaltens im Sinne systematisierbarer Abweichungen vom reinen Rationalmodell gehen, wie sie im Rahmen dieser Forschungsansätze experimentell bzw. empirisch nachgewiesen wurden<sup>18</sup> und wie sie jetzt in Ansätzen auch schon in der Urheberrechtsforschung – zumal amerikanischer Provenienz – reflektiert werden (s. zu diesem letztgenannten Punkt näher unten III.).

Eine besonders wesentliche Rolle in der allgemeinen verhaltensökonomischen Forschung spielen dabei sowohl der falsche Umgang mit der *Wahrscheinlichkeit künftiger Ereignisse* als auch die *sachliche und zeitliche Varianz* jeweils gebildeter Präferenzordnungen in Abhängigkeit von der Gesamtsituation, in der die Entscheidungsalternativen präsentiert werden.<sup>19,20</sup> Experimentelle und empirische Forschung

<sup>16</sup> Vgl. für instruktive Zusammenfassungen des Forschungsstandes zuletzt etwa auch *Camerer/Loewenstein/Rabin* (Hrsg.), Advances in Behavioral Economics, 2004, (und dazu die grundlegende Kritik von *Pesendorfer*, Behavioral Economics comes of Age: A Review Essay on Advances in Behavioral Economics, Journal of Economic Literature 44 (2006), 712 ff.); aus deutscher Sicht *Engel/Englerth/Lüdemann/Spiecker* gen. *Döhmman* (Hrsg.), Recht und Verhalten, 2007.

<sup>17</sup> Der Begriff der „Anomalie“ wird im Verhältnis zum Begriff des *bias* letzthin seltener verwendet, da „irrationales“ menschliches Verhalten sich im Experiment wie auch im Feld durchaus als „normal“ herausgestellt hat, so dass es letztlich in der Verhaltensökonomie nicht darum geht, „anomales“ menschliches Verhalten zu identifizieren, sondern darum, systematisierbare Abweichungen von der modellhaften REMM-Hypothese herauszuarbeiten. Daher wird im folgenden Haupttext der Begriff des *bias* verwendet; wo in den Fußnoten in Einzelfällen der Begriff der Anomalie herangezogen wird, erfolgt die Verwendung synonym.

<sup>18</sup> Die nachfolgende Darstellung muss sich auf eine eng begrenzte Auswahl beschränken; tatsächlich sind die neueren experimentelökonomischen Forschungen zu Entscheidungsanomalien derart fruchtbar, dass ökonomische Journals, wie das *Journal of Economic Perspectives*, zeitweilig eine regelmäßige Kolumne zu Anomalien in jedem gelieferten Heft beinhalteten. Vgl. etwa den Beitrag von *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and the Status Quo Bias, Journal of Economic Perspectives 5 (1991), 193: „*Thaler* would like to quash one rumor before it gets started, namely that ... he has run out of anomalies. *Au contraire*, it is the dilemma of choosing which juicy anomaly to discuss that takes so much time.”

<sup>19</sup> Sog. *framing* in Abhängigkeit von exogenen Faktoren, wie beispielsweise von der bestehenden Eigentumslage an zu erwerbenden/zu veräußernden Gütern.

<sup>20</sup> *Tversky/Kahneman*, Rational Choice and the Framing of Decisions, Journal of Business 59 (1986), 251 ff.; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias, 5 Journal of Economic Perspectives (1991), 193; *Korobkin*, The Endowment Effect and Legal Analysis, 97 Northwestern University Law Review (2003), 1227 (1229, 1230 ff.) spezifisch zum

belegt, dass die Beurteilung der eigenen Leistungen, Erfolgsaussichten und insgesamt des Eintritts unsicherer künftiger Ereignisse (und folglich auch der eigenen zukünftigen Präferenzstruktur) durch Individuen in gegebenen Situationen gegenüber einer rational-mathematischen Bewertung in ganz erheblicher Weise *abweicht*.<sup>21</sup> Dies betrifft insbesondere real existierende Phänomene, wie *endowment*-Effekte, denen zufolge die Zuordnung eines Guts an Individuen schon als solche dazu führt, dass Individuen dafür nachfolgend höhere Verkaufspreise verlangen, als sie selbst als Einkaufspreise zu zahlen bereit wären (Differenz zwischen *willingness to accept*- und *willingness to pay*-Preis)<sup>22</sup>; daneben aber auch Überoptimismus und Selbstüberschätzung (*over-optimism* und *over-confidence*), denen zufolge eine systematische Überschätzung der eigenen Leistungsfähigkeit und bestimmter Erfolgsaussichten erfolgt und schließlich insgesamt den systematisierbar falschen Umgang mit zukünftigen Wahrscheinlichkeiten, wobei beispielsweise insbesondere zukünftige sehr geringe Wahrscheinlichkeiten tendenziell zusätzlich unterschätzt werden.<sup>23</sup> Diese gesamten Effekte wurden bisher vorrangig allgemein, also nicht spezifisch für das Urheberrecht untersucht. Dennoch ist in der Urheberrechtswissenschaft bereits zum Teil eine zusammenfassende Aufarbeitung und Berücksichtigung des verhaltensökonomischen Forschungsstandes als Beitrag zur verhaltensorientierten Ausgestaltung bestimmter urheberrechtlicher Institutionen erfolgt. Zudem sind in jüngster Zeit auch bestimmte verhaltensökonomische Grundannahmen *urheberrechtsspezifisch* im Experiment analysiert und zusätzlich verfeinert worden. Um diese besonders interessanten Forschungsansätze soll es im Folgenden beispielhaft gehen.

### III. Beispiele

Neben ersichtlich potentiell möglichen Folgerungen für einzelne, spezifische urheberrechtliche Institutionen<sup>24</sup> betreffen die Forschungsergebnisse der Verhaltenswissenschaften und Verhaltensökonomik das Urheberrecht insofern fundamental, als das klassische – der Gewährung des Urheberrechts zugrunde liegende – Anreizmodell aufgrund dieser Forschungsansätze mindestens der Differenzierung bedarf. Darauf ist im Folgenden zuerst beispielsweise einzugehen, bevor die anderen vorgenannten Beispiele aufgegriffen werden.

#### I. Beispiel 1: Anreiztheorie, Schutzgegenstand und Urheberpersönlichkeitsrecht

Schon die spieltheoretische Analyse des Anreizarguments in Zwei- oder Drei-Personen-Konstellationen in der neueren

sogenannten *endowment*-Effekt.

<sup>21</sup> Vgl. eingehend *Tversky/Kahneman*, *Journal of Business* 59 (1986), 251 (262 ff.); *Kahneman/Tversky*, *Econometrica* 47 (1979), 263 ff.

<sup>22</sup> Vgl. *Korobkin*, *The Endowment Effect and Legal Analysis*, 97 *Northwestern University Law Review* (2003), 1227 (1230 ff.) m. w. N.

<sup>23</sup> S. beispielsweise *Amor/Taylor*, *When Predictions Fail: The Dilemma of Unrealistic Optimism*, in: *Gilovich/Griffin/Kahneman*, *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, 2002, S. 334.

<sup>24</sup> Vgl. dazu insb. die Beispiele sogleich.

Forschung weist darauf hin, dass dieses Argument, je nach der genauen Kostenstruktur für Kreativität einerseits und für marktfähige Übernahme fremder Geistesgüter andererseits, nicht per se überzeugen kann.<sup>25</sup>

In ähnliche Richtung gehen urheberrechtliche Beiträge, die in zusammenfassender Form Erkenntnisse insbesondere der Kreativitätspsychologie für die Ausgestaltung des Urheberrechts fruchtbar machen wollen. Als Anreizfaktoren für kreatives Schaffen werden dabei die mit der Zuordnung kreativer Werke verbundene soziale Anerkennung sowie die kreativitätsbasierte Interaktion mit anderen betont, um auf dieser Basis einerseits den bestehenden Umfang der ökonomischen Ausschließlichkeitsrechte zu hinterfragen und andererseits die Bedeutung der Zugänglichkeit urheberrechtlich geschützter Werke und der Anerkennung der Urheberschaft herauszustellen.<sup>26</sup>

In jüngster Zeit haben sich darüber hinaus einzelne verhaltensökonomische Beiträge spezifisch mit *endowment*-Effekten und Überoptimismus bei Urhebern sowie dem Zusammenhang mit dem Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte und dem Urhebervertragsrecht beschäftigt.<sup>27</sup> Die zugrunde liegenden Experimente führen – unter größtmöglicher Vereinfachung in aller Kürze zusammengefasst – zu folgenden Ergebnissen: Auch bei Urhebern liegt in Beziehung auf ihre eigenen Werke<sup>28</sup> ein *endowment*-Effekt vor, der gegenüber den bloßen *endowment*-Effekten aufgrund Eigentumserwerbs an einer Sache sogar nachweislich zusätzlich verstärkt ist und den die Autoren als *creativity*-Effekt bezeichnen. Dies zeigt sich daran, dass *willingness to accept*-Preis und *willingness to pay*-Preis bei Teilnehmern im Hinblick auf ihre *eigenen* Werke nicht nur auseinanderfielen, sondern der *willingness to accept*-Preis den *willingness to pay*-Preis bei den Bildern sogar in höherem Maße überstieg als bei zugelosten oder erworbenen Werken anderer Teilnehmer.<sup>29</sup> Zugleich wurde in nachfolgenden Feldversuchen insbesondere sowohl für Amateur

<sup>25</sup> S. schon oben II sowie Vgl. *Pollock*, *Optimal Copyright Over Time: Technological Change and the Stock of Works*, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 4 (2007), 51 ff.; *ders.*, *Forever Minus a Day? Calculating Optimal Copyright Term*, 6 *Review of Economic Research on Copyright Issues* (2009), 35 ff.

<sup>26</sup> S. allgemein *Zimmerman*, 12 *Theoretical Inq. L.* (2011), 29 m. w. N.; vgl. spezifisch zu sozialen Normen, die sich in bestimmten Einzelbereichen ausgeprägt haben und auch ohne einschlägigen immaterialgüterrechtlichen Schutz Nachahmungen sanktionieren und verhindern, die Arbeiten zu französischen Spitzenköchen und anderen hervorgehobenen Künstlern wie *stand-up comedians*, *Fauchart/von Hippel*, 19 *Organization Sci.* (2008), 187; *Raustiala/Sprigman*, *The Knockoff Economy: How Imitation Sparks Innovation*, 2012; *Buccafusco*, 24 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* (2007), 1121.

<sup>27</sup> *Buccafusco/Sprigman*, 96 *Cornell L. Rev.* (2010), 1; *Buccafusco/Sprigman*, 78 *U. Chi. L. Rev.* (2011), 31; *Sprigman/Buccafusco/Burns*, *Valuing Attribution and Publication in Intellectual Property*, 2012, <http://www.serici.org/2012/sprigman.pdf>, Abruf v. 11.08.2014.

<sup>28</sup> Konkret ging es um einfache Haikus in einem fingierten Gedichtwettbewerb bzw. Bilder von Kunststudenten, die für einen fingierten Wettbewerb angesprochen worden waren.

<sup>29</sup> S. *Buccafusco/Sprigman*, 78 *U. Chi. L. Rev.* (2011), 31; vgl. zuvor *Buccafusco/Sprigman*, 96 *Cornell L. Rev.* (2010), 1.

als auch für semi-professionelle Fotografen belegt, dass das Angebot einer öffentlichen Verbreitung der Werke *unter Nennung des Urhebers* dessen *willingness to accept*-Preis (gegenüber einer Verbreitung ohne Urheberrnennung oder gegenüber einer gar nicht erfolgenden Verbreitung) signifikant senkt und damit den *creativity*-Effekt wiederum abschwächt.<sup>30</sup>

Trotz teilweise zu Recht geäußerter methodischer Kritik<sup>31</sup> an den Experimenten ist dennoch zumindest das Ergebnis festzuhalten, dass bei Urhebern im Hinblick auf die von ihnen selbst geschaffenen Werke der *willingness to accept*-Preis höher liegt als der *willingness to pay*-Preis im Hinblick auf vergleichbare Werke, was mit einem entsprechend ausgeprägten Überoptimismus hinsichtlich der *Erfolgschancen* für die eigenen Werke in der Verwertung einhergeht. Dies gilt gleichermaßen auch für den Wert, den Urheber nach diesen Studien einer Veröffentlichung ihrer Werke unter Nennung ihres Namens beimessen.

Fraglich ist, welche Folgerungen aus diesen ersten Erkenntnissen zu „Kreativitätseffekten“ und dem Wert der Namensnennung bei der Veröffentlichung und Verwertung von Werken zu ziehen sind. Soweit die Autoren der genannten Studien durch den festgestellten Kreativitätseffekt die Basis des Anreizarguments insofern erschüttert sehen, als der zum Kreativitätseffekt führende Selbstoptimismus der Urheber unterschätzt werde und Anreize durch *property rights* unter Umständen in sehr viel geringerem Ausmaß notwendig mache, als bisher angenommen,<sup>32</sup> ist diese Folgerung so sicherlich nicht aufrechtzuerhalten. Denn für ein *de-biasing* besteht hier schon deshalb<sup>33</sup> kein Anlass, weil Überoptimismus in diesem Bereich gerade gesellschaftlich erwünscht und unterstützenswert sein kann, damit zukünftige Werkschöpfer die Risiken der Schaffung und Verwertung höherwertiger kultureller Güter überhaupt eingehen.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Sprigman/Buccafusco/Burns, (Fn. 27).

<sup>31</sup> Insoweit nach der hier vertretenen Auffassung aber nur zum Teil berechtigt die Kritik bei *Tur-Sinai*, 18 Mich. Telecom. Tech. L. Rev. (2011), 117 (131 ff.).

<sup>32</sup> Buccafusco/Sprigman, 78 U. Chi. L. Rev. (2011), 31 (45).

<sup>33</sup> Auch käme es für eine derartige Wirkung des *creativity*-Effektes im Sinne zusätzlicher Anreize für kreatives Werkschaffen durch Überoptimismus selbst nach Auffassung von Buccafusco und Sprigman wesentlich auch auf die (einstweilen als nicht hinreichend erforscht anzusehende) Frage an, wann der *creativity*-Effekt eintritt, da ein erst bei Vollendung des Werks eintretender *creativity*-Effekt nebst Überoptimismus hinsichtlich der Marktchancen des Werks die *initialen* Anreize für kreatives Werkschaffen nicht stärken könnte. Einzelne Forschungsansätze deuten insoweit aber in der Tat gerade in die Richtung, dass für die Selbstüberschätzung und den Überoptimismus hinsichtlich selbstgeschaffener Werke gerade deren grundsätzlich erfolgreichere Vollendung maßgeblich sein könnte, vgl. Norton/Mochon/Ariely, *Journal of Consumer Psychology* 22 No. 3 (2012), 453.

<sup>34</sup> Vgl. insofern zurückhaltend selbst Buccafusco/Sprigman, 78 U. Chi. L. Rev. (2011), 31 (45). Ohnedies ist nach der hier vertretenen Auffassung der Rückschluss von dem festgestellten *creativity*-Effekt auf einen bestehenden Überschuss im Bereich urheberrechtlicher Anreize und entsprechenden Reformbedarf aus methodischen Gründen unzulässig, da er eine normative Prämisse dahingehend voraussetzen würde, die bestehenden urheberrechtlichen Institutionen seien gerade *ohne Berücksichtigung* des *creativity*-Effektes als normativ angemessen anzusehen. Für diesen normativen

Auch soweit darüber hinaus von den Autoren weitergehende Vorschläge mit Blick auf ein *de-biasing* in Lizenzmärkten erhoben werden, die neben Einzelheiten der Ausgestaltung von Lizenzverträgen insbesondere die Zuordnung von *work made for hire*<sup>35</sup> an den Arbeit- bzw. Auftraggeber, die Einführung von Formalitäten als Voraussetzung urheberrechtlichen Schutzes oder den Ausbau von *liability rules* betreffen, sind diese Vorschläge von den ermittelten experimentellen Resultaten nicht gedeckt.<sup>36</sup> Sie gehen über ein schlichtes *de-biasing* weit hinaus und vernachlässigen im Übrigen die tatsächlichen Rahmenbedingungen real existierender Lizenzmärkte,<sup>37</sup> für die durch ökonomische Analysen in Mehr-Runden-Spielen unter Berücksichtigung wettbewerblicher Bedingungen in anderen Experimenten nahegelegt ist, dass urheberschützende Vorschriften – wie etwa der sogenannte Bestseller-Paragraf des deutschen Rechts (§ 32a UrhG<sup>38</sup>) – zu effizienten Marktergebnissen beitragen können.<sup>39</sup>

Insgesamt illustriert die urheberrechtsbezogene verhaltensökonomische Forschung zu Kreativitätseffekten, Überoptimismus und der Wertigkeit des Urheberpersönlichkeitsrechts paradigmatisch die Chancen und zugleich die Grenzen verhaltensökonomischer Forschung als Beitrag zu einer umweltsensiblen Ausgestaltung des Urheberrechts. Einerseits verspricht die Verhaltensökonomik einen Erkenntnisgewinn aus Experiment und Feldforschung bezüglich des realen Verhaltens der Urheber in bestimmten Bereichen. Damit leistet die Verhaltensökonomik einen Beitrag zum Verständnis der realen Wirkungsweise des Urheberrechts als Steuerungsinstrument menschlichen Verhaltens. Andererseits können daraus ohne normative Prämissen jedoch nicht ohne Weiteres Forderungen zur Umgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen im Sinne eines sogenannten *de-biasing* abgeleitet werden, weil die Forderung nach einer „Rationalisierung“ etwa der Urheberrechtsmärkte auch vor dem Hintergrund festgestellter *biases* nicht selbstverständlich ist, sondern ihrer-

Schluss gibt es aber keine Basis, da jedweder Nachweis fehlt, dass die existierenden urheberrechtlichen Institutionen eine *baseline* im Sinne effizienter Verhältnisse bei Nichtberücksichtigung des Kreativitätseffektes bilden; vielmehr könnten die bestehenden Verhältnisse als *baseline* auch gerade schon auf den existierenden *creativity*-Effekt abgestimmt und insofern angemessen sein.

<sup>35</sup> Der Begriff „*work made for hire*“ (zu Deutsch: Auftragswerk) umschreibt eine Ausnahme von dem im Urheberrecht grundsätzlich geltenden Schöpferprinzip, wonach Urheberrechte an einem Werk originär von dessen Schöpfer erworben werden.

<sup>36</sup> Insoweit berechtigt die Kritik bei *Tur-Sinai*, 18 Mich. Telecom. Tech. L. Rev. (2011), 117 (136 ff.).

<sup>37</sup> S. *Tur-Sinai*, 18 Mich. Telecom. Tech. L. Rev. (2011), 117 (136 ff.).

<sup>38</sup> Übertrifft der Erfolg eines Werkes die ursprünglichen Erwartungen wesentlich, so hat der Urheber bzw. der Leistungsschutzberechtigte – vereinfacht gesagt – einen Anspruch auf Anpassung seiner Vergütung auf ein angemessenes Niveau, s. etwa Schulze, in: Dreier/Schulze, *UrhG*, 4. Aufl. 2013, § 32a Rn. 1 ff.

<sup>39</sup> S. Engel/Kurschilgen, *Fairness Ex Ante & Ex Post, An Experimental Test of the German „Bestseller Paragraph“*, 2010, [http://www.coll.mpg.de/pdf\\_dat/2010\\_29online.pdf](http://www.coll.mpg.de/pdf_dat/2010_29online.pdf), Abruf v. 11.08.2014. Vgl. im Übrigen allgemein die Beiträge in Riesenhuber/Klöhn (Hrsg.), *Das Urhebervertragsrecht im Lichte der Verhaltensökonomik*, 2010.

seits der normativen Rechtfertigung bedarf.

So lässt sich in diesem Bereich neben der Identifizierung weiteren Forschungsbedarfs<sup>40</sup> einstweilen in erster Linie nur die Forderung nach künftig sicherlich größerer *Differenzierung* des Anreizarguments und insbesondere des zeitlichen Schutzzumfangs für unterschiedliche Bereiche und Werkarten durch spieltheoretische und verhaltensökonomische Forschung absichern. Daneben wird durch die neuesten Forschungsbeiträge die Bedeutung des *Urhebernennungsrechts* als Faktor für die Motivation zu kreativem Schaffen belastbar belegt. Dies spricht nach der hier vertretenen Auffassung dafür,<sup>41</sup> dass das Urhebernennungsrecht im Hinblick auf künftige alternative Verwertungs- und Verbreitungsmodelle (wie *Open Access*)<sup>42</sup> in jedem Falle weiter eine bedeutende Rolle spielen sollte.

## 2. Beispiel 2: Schranken und konkludente Einwilligung

Im Bereich der urheberrechtlichen Schranken steht in der akademischen Diskussion in Europa seit geraumer Zeit die Frage nach einer behutsamen Erweiterung des starren Schrankenkatalogs der Infosoc-Richtlinie<sup>43</sup> im Mittelpunkt<sup>44</sup>. Die akademischen Forschungsansätze zu einer solchen Flexibilisierung des Schrankensystems in Europa sind bemerkenswert fortgeschritten. Ausführliche Forschungsarbeiten liegen zu den Grundlagen im internationalen und europäischen Recht,<sup>45</sup> zum Vergleich mit dem US-amerikanischen *fair use*<sup>46</sup> sowie zu konkreten Formu-

lierungs- und Durchführungsvorschlägen am Beispiel einzelner Geschäftsmodelle vor.<sup>47</sup>

Die verhaltensökonomische Forschung vermag an dieser Stelle wiederum einen rationalisierenden Beitrag für eine möglichst realitätsorientierte, den Bedürfnissen der Urheber, der Nutzer und der Allgemeinheit gerecht werdende Ausgestaltung des urheberrechtlichen Rahmens zu leisten. Dies betrifft beispielsweise jüngere amerikanische Forschungsbeiträge, die auf Grundlage allgemeiner verhaltensökonomischer Erkenntnisse zum Umgang mit Unsicherheit (hinsichtlich des *Inhalts* und der *Durchsetzung* rechtlicher Regelungen) zu dem Ergebnis kommen, dass das Urheberrecht optimale Anreize für die Schaffung kreativer Werke *und* deren Verbreitung und Verarbeitung im Rahmen urheberrechtlicher Schranken setzen kann, wenn es bezüglich der Schutzvoraussetzungen und insbesondere der Zuweisung ausschließlicher Verwertungsrechte vergleichsweise klar ausgestaltet ist, während es hinsichtlich der Schranken erhebliche Spielräume für die Rechtsanwendung belässt.<sup>48</sup>

Insgesamt illustrieren die aktuell vorliegenden Studien erhebliches verhaltensökonomisches (und im Übrigen auch rechtsvergleichendes) Forschungspotential und weiteren Forschungsbedarf hinsichtlich der Frage, wie sich die jeweilige rechtliche Lage hinsichtlich der Ausgestaltung von Schrankenvorschriften bezüglich Nutzungs- und Investitionsentscheidungen im Hinblick auf neue Geschäftsmodelle real auswirkt. So mag die unterschiedliche Regelungstechnik im Bereich der Schranken – völlig unabhängig von ihrer letztlich verbindlichen Auslegung durch die Gerichte – auch in durchaus unterschiedlichem Maße einen Referenzrahmen für die Entscheidungen der von einer Schrankenregelung betroffenen potentiellen Nutzer über die *Aufnahme* ihrer Aktivität setzen, der die Kosten-Risiko-Analyse bezüglich der Aufnahme der Nutzung gegenüber einer rein rationalen Einschätzung der rechtlichen Lage verzerrt. Schließlich entfaltet Recht stets auch jenseits seiner formalen zwangsweisen Durchsetzung erhebliche Wirkung, aufgrund sozialer und informeller Wirkungspfade, die sich etwa über die Etablierung bestimmter Gewohnheiten, die Einschätzung bestimmter Regelungen als „fair“, Herden- und Imitationseffekte und ähnliche informelle Faktoren realisieren.<sup>49</sup> Weitere ökonomische Forschung wäre an dieser Stelle möglich und geboten und könnte einen wertvollen Beitrag zur umweltsensiblen Ausgestaltung des urheberrechtlichen Schrankensystems leisten.<sup>50</sup>

<sup>40</sup> Beispielsweise im Hinblick auf eine Verallgemeinerung der Ergebnisse für andere Werkarten und insbesondere eine Einbettung in Marktmodelle sowie die nähere Untersuchung bestimmter Bereiche, in denen sich aufgrund sozialer Normen kreatives Schaffen ohne monetäre Anreize in Netzwerken entwickelt.

<sup>41</sup> A. A. Sprigman/Buccafusco/Burns, (Fn. 27), S. 42 ff.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Peukert, Ein wissenschaftliches Kommunikationssystem ohne Verlage – Zur rechtlichen Implementierung von *Open Access* als Goldstandard wissenschaftlichen Publizierens, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014 (im Erscheinen).

<sup>43</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L Nr. 167 vom 22.06.2001, S. 10 ff.

<sup>44</sup> Zuletzt wiederum Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 63 ff. und zustimmend Leistner JZ 2014, 846 (852).

<sup>45</sup> S. frühzeitig Senfleben, Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, 2004.

<sup>46</sup> Unter dem Begriff „*fair use*“ (zu Deutsch: angemessene Verwendung) oder „*fair use doctrine*“ versteht man die nach § 107 des US Copyright Act (17 U.S.C.) in bestimmten Fällen gestattete freie Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke. Förster, Fair Use: Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schranken-katalog, 2008; Kleinmenke, Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht? Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Flexibilisierung des urheberrechtlichen Schranken-kataloges nach dem Vorbild der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin – dargestellt am Beispiel der Google Buchsuche und der Verwendung von Thumbnails im Rahmen von Bildersuchmaschinen, Diss. Bonn 2013; vgl. auch Griffiths, JIPITEC 2010, 87 ff., jeweils m. umf. w. N.

<sup>47</sup> Vgl. ausführlich zuletzt z.B. Kleinmenke, (Fn. 45), m. umf. w. N.; vgl. auch Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 63 ff. und zustimmend Leistner JZ 2014, 846 (852).

<sup>48</sup> S. Wang, 13 U. Pa. J. Const. L. (2011), 1471; hinsichtlich der optimalen Anreizwirkung im Ergebnis zustimmend (dann aber aus normativen Gründen für eine spezifischere Ausgestaltung der Schranken im US-amerikanischen Recht) Horowitz, 79 U. Chi. L. Rev. (2012), 331.

<sup>49</sup> Vgl. allgemein Engel, JZ 2005, 581 (587 ff.).

<sup>50</sup> S. näher Leistner, ZGE 2009, 403 (433 f.); dies gilt insb. auch jenseits von Gerichten ohnehin schon entwickelten pragmatischen Lösungen wie z.B. in BGHZ 185, 291 – Vorschau-bilder; BGH GRUR 2012, 602 – Vorschau-bilder II zu Grundlage und Reichweite der

### 3. Beispiel 3: Geschäftsmodelle, Rechtsdurchsetzung, Haftung

Ein Bereich, in dem Überlegungen zu indirekten Wirkungspfaden des Rechts als Steuerungsinstrument jenseits zwangsweiser Durchsetzung im Urheberrecht am augenfälligsten eine potentielle Rolle spielen können und sollten, ist darüber hinaus die Verwertung und Durchsetzung des Urheberrechts einschließlich der Ausgestaltung der Haftungsregeln. An dieser Stelle spielt die Wechselwirkung zwischen Recht und sozialen Normen, um zu umweltsensiblen und *dadurch möglichst effektiven* Verwertungsmodellen und Maßnahmen zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung zu gelangen, eine besonders große Rolle. Insbesondere haben sich die sozialen Normen im Internet – wohl auch angesichts der hier faktisch geschwächten Durchsetzungskraft des Urheberrechts – mit Blick auf die grundsätzliche Akzeptanz urheberrechtlichen Schutzes unübersehbar liberaler entwickelt, als dies dem formalen Recht entspricht.

Hinsichtlich der Entwicklung neuer Geschäfts- und Refinanzierungsmodelle für das Internet erschiene es einerseits lohnend, unter der Perspektive der Verhaltensforschung und im Übrigen aufgrund empirischer Studien zum Endnutzerverhalten näher zu ermitteln, welche entgeltbasierten Vertragsmodelle<sup>51</sup> sich am Markt überhaupt erfolgversprechend durchsetzen lassen könnten.<sup>52</sup> Andererseits ist natürlich besonderes Augenmerk auf die Forschung zu alternativen Entwicklungs- und Finanzierungsmodellen zu legen, wobei neben Open Source insbesondere auch an die neuartigen *crowdfunding*- und *crowdinvesting*-Modelle zu denken ist. Diese werden zwar die klassische, rechtsbasierte ökonomische Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke nie vollkommen ersetzen können, bilden aber für einzelne Bereiche oder Entwicklungsphasen – etwa insbesondere für sich neu etablierende Künstler – eine Alternative zu ausschließlichsrechtsbasierter Verwertung. Hierzu liegen auch bereits einzelne Forschungsarbeiten vor, die die Rahmenbedingungen effektiven *crowdfundings* spezifisch bezüglich urheberrechtlich schutzfähigen Materials verhaltensökonomisch untersuchen.<sup>53</sup>

Was die Rechtsdurchsetzung und Haftung für Urheberrechtsverletzungen angeht, ist die Interaktion jeglicher Durchset-

zungs- und Verfolgungsmaßnahmen mit den etablierten und sich fortentwickelnden sozialen Normen auf Nutzerseite im Blick zu behalten, um zur langfristigen Etablierung einer realitätsgerechten und dadurch nachhaltig effektiven Urheberrechtsdurchsetzungskultur zu gelangen. Einzelne Studien zur Interaktion sozialer Normen mit rechtlichen Regeln und deren Durchsetzung liegen nicht nur allgemein, sondern auch spezifisch bezüglich *filesharing*-Aktivitäten im Netz vor.<sup>54</sup> Tendenziell scheinen diese Studien zu belegen, dass drastische Durchsetzungsaktivitäten unter Rückgriff auf strafrechtliche Haftung oder Strafschadensersatz ungewollte „backlash“-Effekte auslösen können, die den Umfang der illegalen Aktivität kurzfristig im Ergebnis sogar erhöhen könnten.<sup>55</sup> Allerdings ist zuzugestehen, dass diese Studien keine abschließenden Schlüsse auf die Wirksamkeit bestimmter Durchsetzungsmaßnahmen unter mittel- und längerfristiger Perspektive zulassen. Immerhin lassen sich bestimmte allgemeine Rahmenbedingungen effektiver Beeinflussung kontradiktorischer sozialer Normen durch Rechtsetzung und -durchsetzung formulieren: so sollte die rechtliche Durchsetzung möglichst nicht fundamental abweichend von den sozial etablierten Regeln sozusagen „auf einen Schlag“ durchgeführt werden, sondern unter Umständen das erwünschte Ziel in kleineren, sich graduell steigernden Durchsetzungsschritten mittel- und längerfristig anstreben. Außerdem sollten neu geschaffene Durchsetzungsmechanismen möglichst effektiv, dann aber auch sofort eingesetzt werden, um zu verhindern, dass in der zeitlichen Lücke zwischen Ankündigung entsprechender Maßnahmen und für den einzelnen Betroffenen spürbarer Durchführung eine soziale Protestbewegung entsteht, die einerseits die Durchsetzungskultur sogar verschlechtert, andererseits insoweit faktisch noch gar nicht durch die Umsetzung der neu erwogenen Regel kontrolliert wird.

Ersichtlich besteht hier großes Potential für weitere Forschung. Tendenziell lässt sich immerhin ausmachen, dass Maßnahmen wie die kürzlich erfolgte Beschränkung des Abmahnwesens durch klarere Limitierung des Kostenerstattungsanspruchs nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes gerechtfertigt werden können, sondern vielmehr möglicherweise sogar längerfristig zur Etablierung einer letztlich *effektiveren Durchsetzungskultur* im Internet beitragen könnten. Unter *diesem* Blickwinkel erscheinen, unter Vorbehalt der datenschutzrechtlichen Umsetzbarkeit, auch reine Warnhin-

„Einwilligungslösung“ des BGH betreffend die Google-Bildersuche. Vgl. eingehend *Kleinemenke*, (Fn. 45), m. umf. w. N.

<sup>51</sup> Etwa mit Blick auf verhaltensökonomisch ermittelte Fairnessvorstellungen bezüglich bestimmter Mindestnutzerrechte, gewisser Gleichbehandlung der Nutzer etc.

<sup>52</sup> Vgl. auch *Leistner*, ZGE 2009, 403 (447 ff.) m. w. N.

<sup>53</sup> S. für die in diesem Bereich – trotz im Übrigen vergleichsweise schon breiterer Literatur – noch seltene experimentelle Forschung das Experiment spezifisch bezüglich journalistischer Beiträge für ein Online-Journal von *Burtch/Ghose/Wattal*, An Empirical Examination of the Antecedents and Consequences of Contribution Patterns in Crowd-Funded Markets, 2012, <http://www.krannert.purdue.edu/academics/MIS/workshop/2012/crowdfunding%20journalism.pdf>, Abruf v. 11.08.2014; mit einer empirischen Auswertung des vorhandenen Datenmaterials bezüglich existierender Projekte *Mollick*, The Dynamics of Crowdfunding: Determinants of Success and Failure, 2013, <http://ssrn.com/abstract=2088298>, Abruf v. 11.08.2014; vgl. mit einer theoretischen und rein rezeptiven Arbeit zur Berücksichtigung von Fankultur und Anhängerschaft für Refinanzierungsmodelle im Zusammenhang mit Kulturprodukten *Suzor*, Access, Progress, and

Fairness: Rethinking Exclusivity in Copyright, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 15(2) (2013), 297 ff.

<sup>54</sup> *Depoorter/Parisi/Vanneste*, Problems with the Enforcement of Copyright Law: Is there a Social Norm Backlash?, *International Journal of the Economics of Business* 12 (2005), 361 ff.; *Depoorter/Vanneste*, Norms and Enforcement: The Case Against Copyright Litigation, *Oregon Law Review* 84 (2005), 1127 ff.; *Oksanen/Välimäki*, Theory of Deterrence and Individual Behaviour – Can Lawsuits Control File Sharing on the Internet, *Review of Law and Economics* 3(3) (2007), 694 ff.; vgl. allgemein *Carbonara/Parisi/von Wangenheim*, Inexpressive Law, Joint Discussion Paper, No. 10-2010 Series in Economics by the Universities of Aachen, Gießen, Göttingen, Kassel, Marburg, Siegen, [http://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/magkspapers/10-2010\\_carbonara.pdf](http://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/magkspapers/10-2010_carbonara.pdf), Abruf v. 11.08.2014; *Engel*, *JZ* 2005, 581 (587, 588 f.).

<sup>55</sup> S. die erstgenannten Nachweise in vorstehender Fn 53.

weismodelle nicht von vornherein ungeeignet, etwa in Kombination mit dem Hinweis auf existierende legale Angebote, zu einer nachhaltig effektiveren Durchsetzung des Urheberrechts im Internet beizutragen. Zweifellos bedarf dies aber näherer Forschung. Das mittlerweile erneut reformierte Warnhinweis-system in Frankreich wird hier schon in näherer Zukunft interessantes Material für weitere empirische Studien bieten.

#### IV. Fazit

Zwei allgemeine Folgerungen lassen sich als Ergebnis der Suche nach Anforderungen und Aspekten eines realitätsge-rechten Urheberrechts bestätigen bzw. ableiten:

Die erste Folgerung ist methodischer Natur und gestattet zugleich die Identifizierung lohnender Bereiche für künftige Forschung. Eine umweltsensible Urheberrechtswissenschaft muss sich der Realwirkung rechtlicher Regeln und ihrer Durchsetzung bewusst sein. Hierfür sind die Folgen von Rechtsregeln zu erforschen, wobei neben dem neo-klassischen Instrumentarium der ökonomischen Analyse des Rechts mit den Mitteln des Rationalmodells zunehmend psychologische und insbesondere experimentelle und empirische verhaltensökonomische Forschung in den Blickwinkel gelangen werden. Spezifisch für das Urheberrecht tritt im Rahmen des Anreizmodells die Rezeption der vorliegenden Kreativitätsforschung hinzu. Auf der Nutzungs- und Durchsetzungsseite erscheint einerseits die nähere Erforschung verhaltensökonomischer Ausgangsbedingungen der Ausgestaltung neuer Geschäftsmodelle für das Netz wesentlich; andererseits sind bezüglich der Rechtsdurchsetzung gegen Verletzer stets auch „informale“ Wirkungspfade des Rechts jenseits seiner staatlichen Durchsetzung im Blick zu behalten, die auf der Wechsel-

wirkung des Rechts mit anderen Regelungsmechanismen beruhen.<sup>56</sup>

Die zweite Folgerung ist inhaltlicher Natur. Vorstehend konnten im hier gesetzten Rahmen nur anhand einzelner Beispiele und gleichsam auf den ersten Blick einige Erkenntnisse der *behavioural law and economics* und der Verhaltensforschung spezifisch für das Urheberrecht aufbereitet werden. Sämtliche dieser Beispiele weisen allerdings tendenziell in eine Richtung: eine realverhaltensorientierte Fortentwicklung des Urheberrechts erfordert eine behutsame *Flexibilisierung* und *Differenzierung* der bestehenden Regelungen in kleinen Schritten, wobei – schon angesichts bestehender Informationsprobleme bezüglich der komplexen potentiellen neuen Märkte im Netz – auch hinreichende Spielräume für die Fortentwicklung der Rechtsprechung einzuräumen sind, die hier im idealen Falle ein schrittweise fortschreitendes „Entdeckungssystem“ bilden kann.<sup>57</sup> Gleichmaßen, ob hinsichtlich der notwendigen und geeigneten Ausgestaltung des Anreizsystems für die Kreativen, der Ausgestaltung der Schranken zugunsten bestimmter neuer Nutzungsformen oder der schrittweisen Fortentwicklung der Rechtsdurchsetzung im Internet: die „große“ Patentlösung gibt es nicht und wird sie vorgeschlagen, so sind derartige Vorschläge methodisch häufig nicht hinreichend fundiert. *Nolens volens* wird die weitere Entwicklung eines umweltsensiblen Urheberrechts nach der hier vertretenen Auffassung in vergleichsweise kleinen und gerade dadurch aber auch wiederum realistischen Schritten erfolgen.

<sup>56</sup> S. Bechtold, GRUR Int. 2008, 484 (488); Leistner, ZGE 2009, 403 (404, 416 ff., 442 ff.).

<sup>57</sup> Vgl. zu dieser gewissen Grundüberzeugung des Autors schon Leistner, ZGE 2009, 403 (422 ff.) (und öfter für das Urheberrecht); ders., ZGE 2009, 3 ff. (für das Lauterkeitsrecht).