

MALTE STIEPER

Rechtfertigung,
Rechtsnatur und Disponibilität
der Schranken des
Urheberrechts

Jus Privatum

144

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 144



Malte Stieper

Rechtfertigung, Rechtsnatur
und Disponibilität der Schranken
des Urheberrechts

Mohr Siebeck

Malte Stieper, geboren 1974; Studium der Rechtswissenschaft in Kiel und Surrey/GB; 2001 Promotion; 2009 Habilitation; z. Zt. Privatdozent an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel mit der Lehrbefugnis für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Urheberrecht, Wirtschaftsrecht; Lehrstuhlvertretung an der LMU München.

e-ISBN PDF 978-3-16-151221-6

ISBN 978-3-16-150177-7

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel im Sommersemester 2009 als Habilitationsschrift vor. Sie ist während meiner Tätigkeit als Akademischer Rat an den Lehrstühlen von Professor Dr. Haimo Schack und Professor Dr. Joachim Jickeli entstanden. Dafür, dass sie meine wissenschaftliche Laufbahn von Anfang an großzügig gefördert haben, bin ich Ihnen zu besonderem Dank verpflichtet. Ihre wertvollen Ratschläge und Anregungen haben maßgeblich zur Entstehung der Arbeit beigetragen. Dank gebührt auch der Studienstiftung *ius vivum* für die Übernahme eines Teils der Druckkosten sowie allen anderen, die mich bei meinem Habilitationsvorhaben begleitet und unterstützt haben.

Kiel, im August 2009

Malte Stieper

.

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
A. Problemaufriss.	1
B. Stand der Forschung	3
C. Gang der Untersuchung.	4
<i>Teil 1: Das System urheberrechtlicher Schranken</i>	<i>5</i>
A. Begriff und Inhalt der urheberrechtlichen Schranken	5
B. Einfluss der philosophischen Grundlagen des Urheberrechts	13
C. Grundrechtsrelevanz der Schranken	42
D. Ökonomische Funktion der Schranken	74
E. Zusammenfassung und kritische Würdigung	96
<i>Teil 2: Schranken und subjektive Rechte der Nutzer</i>	<i>99</i>
A. Vom Urheberrecht abgeleitetes Nutzungsrecht	100
B. Originäres Recht des Nutzers	153
C. Zusammenfassung	168
<i>Teil 3: Vertragliche Abdingbarkeit der urheberrechtlichen Schranken</i>	<i>171</i>
A. Der Begriff der „Abdingbarkeit“ urheberrechtlicher Schranken	171
B. Urheberrechtliche Wirksamkeit vertraglicher Beschränkungen.	178
C. Schuldrechtliche Wirksamkeit vertraglicher Beschränkungen.	213
D. Beschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.	329
E. Zusammenfassung	429
F. Zwingender Charakter der Schranken de lege ferenda?	430
<i>Teil 4: Beeinträchtigung des Schrankengebrauchs durch technische Schutzmaßnahmen.</i>	<i>433</i>
A. Begriff und Funktionsweise technischer Schutzmaßnahmen	433
B. Das Umgehungsverbot nach § 95a Abs.1 UrhG.	450
C. Zur Zulässigkeit des Einsatzes technischer Maßnahmen außerhalb von § 95a UrhG	531
D. Zusammenfassung	537
<i>Teil 5: Gesamtergebnis</i>	<i>539</i>

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

Einleitung

A. Problemaufriss.	1
B. Stand der Forschung	3
C. Gang der Untersuchung.	4

Teil 1

Das System urheberrechtlicher Schranken

A. Begriff und Inhalt der urheberrechtlichen Schranken	5
I. Das Urheberrecht als ausschließliches Herrschaftsrecht.	5
II. Die Schranken des Urheberrechts im UrhG	6
1. Freistellung, gesetzliche Lizenz und Zwangslizenz	6
2. Außerhalb des sechsten Abschnitts geregelte Schranken.	7
3. Die von den Schranken verfolgten Zwecke	7
III. Ausländische Rechtsordnungen	9
1. Europa	9
2. USA.	10
B. Einfluss der philosophischen Grundlagen des Urheberrechts	13
I. Personalistische Begründungen	14
1. Rechtfertigung des Urheberrechts	14
a. Die naturrechtliche Lehre vom geistigen Eigentum	14
b. Verfassungsrechtliche Begründung.	19
2. Rechtfertigung der Schranken	21
a. Die Sozialbindung subjektiver Rechte im Allgemeinen	22
b. Die besondere Sozialbindung des Urheberrechts.	23
(1) Begründungsansätze.	23
(2) Kritik an der Lehre von der besonderen Sozialbindung.	25
(3) Die heutige Lehre von der Sozialbindung des geistigen Eigentums.	26

3. Ergebnis	28
II. Utilitaristische Begründungen	28
1. Rechtfertigung des Urheberrechts	28
2. Rechtfertigung der Schranken am Beispiel des Fair use im US-amerikanischen Recht	31
a. Zweck und Art der Nutzung	32
b. Auswirkung auf die Vermarktung des Werkes	38
c. Natur des Werkes und Umfang der Nutzung	39
3. Ergebnis	40
III. Fazit	40
C. Grundrechtsrelevanz der Schranken	42
I. Die Sozialpflichtigkeit des Urheberrechts	42
II. Der Grundrechtsschutz der Schrankenbegünstigten	45
1. Grundrechtskollision und praktische Konkordanz	45
2. Einzelne Grundrechte	47
a. Meinungsfreiheit	47
b. Wissenschaftsfreiheit	50
c. Presse- und Rundfunkfreiheit	50
d. Kunstfreiheit	52
e. Informationsfreiheit	55
(1) Die Begründung des Gesetzgebers zu § 53 Abs.1 UrhG	55
(2) Der Schutzbereich der Informationsfreiheit	56
(3) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	59
(4) Grenzen der Informationsfreiheit	62
3. Ergebnis	63
III. Einfluss des Verfassungsrechts auf die Auslegung der Schrankenbestimmungen	63
1. Vorrang des gesetzgeberischen Ausgestaltungsauftrags	64
2. Grundsatz der engen Auslegung von Schranken- bestimmungen	65
a. Schranken als Ausnahmebestimmungen	66
b. Verfassungskonforme Auslegung	69
c. Die neuere Rechtsprechung des BGH	71
3. Ausdehnung der Schranken auf andere Verwertungsrechte	72
4. Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest	73
D. Ökonomische Funktion der Schranken	74
I. Ökonomische Funktion des Urheberrechts	75
1. Die Nichtexklusivität geistiger Schöpfungen	75
2. Beseitigung des in der Nichtexklusivität liegenden Marktversagens	78
3. Unternutzung der Nichttrivalität als notwendige Folge der Ausschließlichkeit	81

II. Schranken als Reaktion auf ein Marktversagen	82
1. Verringerung der Kosten der Werkschöpfung	82
2. Behebung eines Marktversagens	84
a. Transaktionskosten	85
b. Externe Effekte	88
c. Eigennütziges Interesse an einer Verhinderung der Verbreitung	90
3. Berechtigung urheberrechtlicher Schranken im digitalen Umfeld	90
a. Digital Rights Management als Ersatz für das Urheberrecht	91
b. Fortbestehen der ökonomischen Funktion urheberrechtlicher Schranken	92
III. Ergebnis	95
E. Zusammenfassung und kritische Würdigung	96

Teil 2

Schranken und subjektive Rechte der Nutzer

A. Vom Urheberrecht abgeleitetes Nutzungsrecht	100
I. Vertragliche Einräumung eines Nutzungsrechts.	101
1. Erschöpfung des Verbreitungsrechts	101
2. Schranken der §§ 44a ff. UrhG	103
a. Fehlender Anknüpfungspunkt für vertragliche Nutzungsrechte	104
b. § 60 UrhG als Auslegungsregel	104
c. § 44 Abs. 2 UrhG als Schranke des Ausstellungsrechts.	107
3. Schranken der §§ 69d und 69e UrhG	109
a. Die Berechtigung des Nutzers	109
(1) Die rechtmäßige Nutzung gemäß § 44a Nr. 2 UrhG	111
(2) Der zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks Berechtigte in §§ 69d Abs. 1 und 3 UrhG	113
(a) Wortlaut	113
(b) Entstehungsgeschichte	113
(c) Telos	115
(3) Der zum Gebrauch eines Vervielfältigungsstücks Berechtigte in § 55a UrhG	118
(4) Berechtigung zur Programmnutzung gemäß § 69d Abs. 2 UrhG	119
(5) Die zur Verwendung eines Vervielfältigungsstücks berechtigte Person in § 69e Abs. 1 Nr. 1 UrhG	120
(6) Ergebnis.	120
b. Auslegungsregel oder Inhaltsnorm.	120
c. Unwirksamkeit abweichender vertraglicher Bestimmungen	123
(1) Zwingender Kern des § 69d Abs. 1 UrhG	123
(2) Über den zwingenden Kern hinausgehende Nutzungen	125
4. Ergebnis	128
II. Gesetzlich eingeräumtes Nutzungsrecht	128

1. Freigestellte Nutzungen	129
a. Begrenzung des Schutzrechtsinhalts	129
b. Abgrenzung zur gesetzlichen Definition der Verwertungshandlung	131
2. Erschöpfung des Verbreitungsrechts	133
a. Erschöpfung als zweistufiger Vorgang?	134
b. Inhaltliche Begrenzung des Verbreitungsrechts.	135
3. Gesetzliche Lizenzen	137
a. Gesetzliche Lizenzen im Entwurf von 1932.	137
b. Gesetzliche Nutzungsrechte im Regierungsentwurf zum UrhG 1965.	138
c. Gesetzliche Lizenzen der §§ 44a ff. UrhG	139
d. Vergleich mit Folgerecht und Bibliothekstantieme	142
4. Schranken der §§ 69d und 69e UrhG	145
a. Wortlaut	146
b. Systematik.	146
c. Zwingende Vorgabe der Computerprogramm-Richtlinie	148
5. Ergebnis	149
III. Bedeutung der Schranken im Deliktsaufbau	149
1. Schranken im Rahmen des § 97 UrhG	149
2. Schranken im Rahmen des § 106 UrhG.	150
IV. Zusammenfassung.	152
B. Originäres Recht des Nutzers	153
I. Meinungsstand.	154
II. Begriff des Nutzerrechts.	156
1. Objektives Recht.	157
2. Subjektives Recht des Nutzers	157
a. Die einzelnen Rechtspositionen	159
b. Recht auf Nutzung.	161
c. Nutzungsfreiheit	162
3. Fazit.	164
III. Bewehrungen der Nutzungsfreiheit.	165
1. Bewehrung gegenüber vertraglichen Verboten	165
2. Bewehrung gegenüber technischen Schutzmaßnahmen	166
3. Objektive Bewehrung durch Grundrechte	167
C. Zusammenfassung	168

Teil 3

Vertragliche Abdingbarkeit
der urheberrechtlichen Schranken

A.	Der Begriff der „Abdingbarkeit“ urheberrechtlicher Schranken	171
I.	Urheberrechtliche und schuldrechtliche Wirkung vertraglicher Nutzungsbeschränkungen.	172
II.	Zwingendes und dispositives Recht	174
	1. Zwingendes Recht und Verbotsgesetze.	174
	2. Sonstige Unwirksamkeitsgründe.	177
III.	Folgerungen für den Gang der Untersuchung	178
B.	Urheberrechtliche Wirksamkeit vertraglicher Beschränkungen.	178
I.	Beschränkung der Erschöpfungswirkung.	178
	1. Urheberrechtliche Unwirksamkeit gemäß § 137 S. 1 BGB? . . .	179
	2. Dingliche Beschränkung gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG	181
	a. Beschränkung der Erstverbreitung.	182
	b. Beschränkung der Weiterverbreitung	182
	(1) Räumliche Beschränkungen	183
	(2) Zeitliche Beschränkungen	184
	(3) Inhaltliche Beschränkungen	185
	(a) Beschränkte Erschöpfung	185
	(b) Die Entscheidung des KG im Fall „OEM-Version“	186
	(c) Die herrschende Auffassung	187
	(d) Stellungnahme.	188
	c. Fazit	193
	3. Ausschluss der Weiterverbreitung gemäß § 34 Abs. 1 S. 1 UrhG	194
	4. Zwingender Charakter der Erschöpfung.	195
	a. Urheberrechtlicher Typenzwang	195
	b. Unwirksamkeit entgegenstehender Vereinbarungen	198
	5. Ergebnis	199
II.	Beschränkung der Schranken in §§ 44a ff. UrhG.	200
	1. Dingliche Beschränkung gemäß § 31 Abs. 1 S. 2 UrhG?	200
	2. Dinglich wirksamer Vorbehalt der Nutzungsrechte.	202
	3. Zwingender Charakter der Schranken	204
	a. Urheberrechtlicher Typenzwang	204
	b. Abdingbarkeit des § 60 UrhG als Ausnahme?	205
	4. Abdingbarkeit des § 52b UrhG als Fremdkörper.	206
III.	Beschränkung der Befugnisse nach §§ 69d, 69e, 55a UrhG	208
	1. Zwingender Charakter der §§ 69d Abs. 2 und 3, 69e, 55a UrhG	208
	2. Zwingender Charakter des § 69d Abs. 1 UrhG	210
IV.	Zusammenfassung.	213

C. Schuldrechtliche Wirksamkeit vertraglicher Beschränkungen	213
I. Schranken als schuldrechtlich zwingendes Recht	214
1. Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts	214
a. Computerprogramm- und Datenbank-Richtlinie	215
b. Info-Richtlinie	216
(1) Interaktive Abrufdienste nach Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 4	216
(a) Verhältnis von vertraglichen Abreden und technischen Maßnahmen	217
(b) Reichweite des Vorrangs technischer Maßnahmen	218
(2) Erwägungsgrund 45	222
c. Ergebnis	223
2. Nationale Regelungen in Europa	224
a. Belgien	224
b. Irland	227
c. Vereinigtes Königreich	228
d. Andere nationale Regelungen	228
3. USA	229
a. ProCD Inc. v. Zeidenberg	229
b. Die Diskussion um den UCITA	231
c. Bedeutung für das deutsche Recht	235
4. Auslegung des deutschen Urheberrechts	235
a. Wortlaut	237
b. Systematik	239
c. Entstehungsgeschichte	240
d. Telos	240
(1) Verpflichtungen gegenüber dem Inhaber absoluter Rechte	241
(a) Verhältnis zu anderen Verbotsrechten	242
(b) Folgen für die Wirksamkeit vertraglicher Verbote	245
(2) Verpflichtungen gegenüber Dritten	247
(a) Fehlende Dispositionsbefugnis über Allgemein- interessen	248
(b) Urheberrechtlicher Interessenausgleich als Grenze der Dispositionsbefugnis	252
(c) Gesetzesvorbehalt als Grenze der Dispositionsbefugnis	252
(d) Abwägung mit höherrangigen Allgemeininteressen	253
(e) Allgemeine Beschränkungen der Privatautonomie	259
e. Ergebnis	263
II. Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen Kartellrecht	265
1. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	265
a. Marktbeherrschende Stellung	266
(1) Marktabgrenzung	266
(a) Unterscheidung von Lizenz- und Produktmarkt	266
(b) Sachlich relevanter Markt	270
(c) Räumlich relevanter Markt	274
(2) Beherrschende Stellung	275
(a) Lizenzmarkt	276
(b) Produktmarkt	280
b. Einschränkung des Schrankengebrauchs als Missbrauch	283

(1) Verhältnis von Ausschließlichkeitsrecht und Missbrauch	283
(2) Unangemessene Geschäftsbedingungen.	287
(a) Maßstab der Unangemessenheit	288
(b) Beschränkungen des Weiterverkaufs von Werk- exemplaren	289
(c) Beschränkungen sonstiger urheberrechtlich zulässiger Wettbewerbshandlungen	292
(d) Beschränkungen des freien Verkehrs von Wissen und Informationen	294
(e) Ergebnis	296
(3) Einschränkung des Absatzes und der technischen Entwicklung	296
(4) Sachwidrige Kopplung	299
(5) Kontrollmaßstab des § 19 Abs. 1 und 4 GWB.	300
c. Rechtsfolgen eines Verstoßes	301
d. Eignung des Missbrauchsverbots zur Regelung der Schranken- problematik	304
2. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.	306
a. Verhältnis zur urheberrechtlichen Ausschließlichkeit	306
b. Vereinbarungen mit dem Schrankenbegünstigten	310
c. Konditionenbindungen für Vertrieb an Endverbraucher	315
d. Ergebnis	318
3. Fazit.	319
III. Nichtigkeit gemäß § 138 BGB	321
1. Übermäßige Einschränkung der Handlungsfreiheit	322
2. Gestörte Vertragsparität	325
3. Weitergehende Inhaltskontrolle	328
D. Beschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen.	329
I. Einbeziehungsvereinbarung	329
1. Shrink-Wrap-Lizenzen	330
a. Einbeziehung in den Kaufvertrag mit dem Händler	330
b. Selbständiger Vertrag mit dem Hersteller	332
(1) Händler als Stellvertreter	332
(2) Vertragsschluss unmittelbar mit dem Hersteller	333
(a) Angebot des Herstellers	334
(b) Annahmeerklärung des Kunden.	335
c. Verpackungshinweise bei anderen Werkarten.	338
d. Ergebnis	339
2. Click-On-Lizenzen	339
a. Einbeziehung in den Überlassungsvertrag	341
b. Selbständiger Vertrag mit dem Hersteller	341
(1) Angebot des Herstellers.	342
(2) Annahmeerklärung des Kunden	346
c. Ergebnis	348
3. Click-On-Lizenzen beim Online-Erwerb.	348
a. Zustandekommen eines Überlassungsvertrages	349
(1) Vertragsschluss vor Starten des Downloads	349

(2) Vertragsschluss nach Starten des Downloads.	351
b. Sprachliche Transparenz der Vertragsbedingungen	352
4. Rahmenvereinbarung.	352
5. Ergebnis	353
II. Überraschende Klauseln.	354
III. Inhaltskontrolle	355
1. Transparenzkontrolle gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.	356
a. Unbestimmtheit des zulässigen Nutzungsumfangs	357
b. Verschleierung der Rechtslage	358
2. Schranken der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 BGB	359
a. Einschränkung für Leistungsbeschreibungen.	359
b. Kontrolle von Entgeltklauseln	361
c. Folgerungen für die Kontrolle von Nutzungsbeschränkungen	363
3. Prüfungsmaßstab der Inhaltskontrolle	364
a. Schrankenbestimmungen als gesetzliches Leitbild	364
(1) Einzelne Schranken	365
(2) Ungeschriebene Rechtsgrundsätze.	367
(3) Verhältnis zu §§ 55a S. 3, 69g Abs. 2 UrhG	371
(4) Auswirkungen des § 95b UrhG	372
b. Leitbild des jeweiligen Vertragstyps	374
(1) Entwicklung des maßgeblichen Leitbildes	374
(2) Rechtfertigung einer Benachteiligung des Kunden	375
(a) Dogmatische Einordnung der kompensatorischen Effekte	375
(b) Berücksichtigung der Verwertungsinteressen des Urhebers	377
(c) Berücksichtigung des „Preisarguments“	379
c. Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB	382
d. Fazit	383
4. Die einzelnen Vertragstypen	383
a. Veräußerungsverträge	383
(1) Beschränkungen der Weitergabe	384
(a) Verbot der Weiterveräußerung.	384
(b) Sonstige Veräußerungsbeschränkungen	388
(c) Ausschluss der vorübergehenden Gebrauchsüberlassung	389
(2) Beschränkungen der Vervielfältigungsfreiheit	390
(a) Verbot von Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch.	390
(b) CPU-Klauseln.	393
(c) Ausgleichsregelungen.	394
b. Vorübergehende Gebrauchsüberlassung.	395
(1) Beschränkungen der Weitergabe	395
(2) Beschränkungen der Vervielfältigungsfreiheit	396
(a) Vermietung von DVDs	396
(b) Bücherverleih durch Bibliotheken.	397
(c) Befristete Softwareüberlassung	398
c. Online-Vertrieb.	399
(1) Entgeltliche Überlassung zur dauerhaften Nutzung.	400
(a) Maßgebliches Leitbild.	400

(b) Unangemessene Benachteiligung	403
(2) Kostenfreier Download	405
(3) Entgeltliche Überlassung zur befristeten Nutzung	407
(4) Pay per use	410
d. Besichtigungsverträge	411
(1) Umfang der urheberrechtlichen Nutzungsfreiheit	412
(2) Eigentum am Werkexemplar	413
(3) Hausrecht	414
(a) Inhalt des Hausrechts	414
(b) Die Informationsfreiheit der Besucher	415
(c) Abwägung mit den berechtigten Interessen des Hausrechtsinhabers	418
(4) Besonderheiten bei staatlichen Museen	420
(a) Anspruch auf Zulassung zum Museum	421
(b) Fotografierbeschränkung als Eingriff in die Informationsfreiheit	423
(c) Beschränkung durch den Widmungszweck	425
(5) Ergebnis	428
IV. Fazit	429
E. Zusammenfassung	429
F. Zwingender Charakter der Schranken de lege ferenda?	430

Teil 4

Beeinträchtigung des Schrankengebrauchs durch technische Schutzmaßnahmen

A. Begriff und Funktionsweise technischer Schutzmaßnahmen	433
I. Begriff	433
II. Funktionsweise	434
1. Zugangskontrollen	435
2. Nutzungskontrollen	436
3. Schutzmaßnahmen und Schrankengebrauch	437
III. Entwicklung eines rechtlichen Umgehungsschutzes	441
1. Umgehungsschutz bei Computerprogrammen	442
2. Umgehungsschutz bei anderen Werkarten	445
a. Die Vorgaben der WIPO-Verträge von 1996	446
b. Der Umgehungsschutz im U.S. Copyright Act	447
c. Der Umgehungsschutz nach Art. 6 Info-RL	448
B. Das Umgehungsverbot nach § 95a Abs. 1 UrhG.	450
I. Anwendungsbereich der §§ 95a Abs. 1, 95b UrhG.	450
1. Anwendung durch den Rechtsinhaber	450
a. Begriff des Rechtsinhabers	451

(1) Originäre und derivative Inhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten	451
(2) Inhaber einfacher und ausschließlicher Nutzungsrechte	451
b. Mehrheit von Rechtsinhabern.	454
(1) Vertragliche Bündelung der Verwertungsrechte	454
(2) Beschränkung auf den Anwender der technischen Maßnahme	455
c. Von Dritten eingesetzte Maßnahmen	458
2. Genehmigungsbefähigung der Nutzungshandlung.	460
3. Wirksamkeit der Maßnahme	463
II. Rechtsfolgen einer Umgehung zum Schrankengebrauch	466
1. Zivilrechtliche Ansprüche	466
a. Anspruch aus § 97 UrhG	466
(1) Wortlaut.	468
(2) Systematik	470
(3) Entstehungsgeschichte	471
(4) Telos.	472
(5) Ergebnis.	472
b. Ansprüche aus §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB.	473
(1) § 95a Abs. 1 UrhG als Schutzgesetz	473
(2) Umgehungshandlung als Verstoß gegen § 95a Abs. 1 UrhG.	474
(3) Rechtfertigung eines Verstoßes gegen § 95a Abs. 1 UrhG.	475
(4) Aktivlegitimation	480
(5) Anspruchsinhalt	481
c. Vernichtung von Vervielfältigungsstücken	484
d. Ergebnis	486
2. Strafbarkeit des Nutzers	486
3. Verhältnis zum Umgehungsschutz nach dem ZKDSG	487
III. Durchsetzung des Schrankengebrauchs	489
1. Verpflichtung der Rechtsinhaber gemäß § 95b Abs. 1 UrhG	489
a. Voraussetzungen der Verpflichtung	489
b. Inhalt der Verpflichtung.	493
c. Unabdingbarkeit der Verpflichtung gemäß § 95b Abs. 1 S. 2 UrhG	495
d. Praktische Durchsetzung der Verpflichtung	498
2. Ansprüche der von anderen Schranken Begünstigten	502
a. Ansprüche unmittelbar aus den Schrankenbestimmungen	502
b. Ansprüche aus Delikt	504
c. Vertragliche Ansprüche	505
IV. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	506
1. Vereinbarkeit mit Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT	506
2. Verfassungsmäßigkeit der §§ 95a Abs. 1, 95b, 108b UrhG	508
a. Vervielfältigungsfreiheit zum privaten Gebrauch.	508
(1) Informationsfreiheit.	509
(2) Eigentumsgarantie.	515
(3) Verfassungskonforme Auslegung des § 95a UrhG	516
b. Zitierfreiheit und freie Nutzung	517

c.	Verhältnis zu den Vorgaben der Info-RL	519
(1)	Durchsetzung der digitalen Privatkopie	520
(2)	Durchsetzung der Zitierfreiheit und freier Nutzungen	523
d.	Fazit	524
3.	Vereinbarkeit mit sonstigem europäischen Primärrecht	525
a.	Verhältnis der Grundfreiheiten zu Art. 6 Info-RL	525
b.	Aufnahme des Erschöpfungsgrundsatzes in Art. 6 Abs. 4 Info-RL	526
c.	Einschränkung des Umgehungsverbots für Zugangskontrollen . . .	527
4.	Ergebnis	530
C.	Zur Zulässigkeit des Einsatzes technischer Maßnahmen außerhalb von § 95a UrhG	531
I.	Nicht oder nicht mehr geschützte Inhalte	533
II.	Von Dritten eingesetzte Schutzmaßnahmen	535
D.	Zusammenfassung	537

Teil 5

Gesamtergebnis

Literaturverzeichnis	549
Im Text abgekürzt zitierte internationale Rechtsakte	573
Sachregister	575

Einleitung

Die Technik der Digitalisierung von Werken aller Art ermöglicht erstmals ein massenhaftes Kopieren urheberrechtlich geschützter Werke ohne Qualitätsverlust und erleichtert damit auch den unerlaubten Zugriff Dritter auf diese Werke. Zugleich bietet die Digitaltechnik den Rechtsinhabern die Möglichkeit, den unautorisierten Zugriff auf geschützte Werke sowie deren Nutzung durch elektronische Lizenzverträge und technische Schutzmaßnahmen zu regeln bzw. zu unterbinden.¹ Derartige Systeme beschränken sich jedoch nicht darauf, urheberrechtswidrige Nutzungen zu verhindern. Sie greifen ohne Rücksicht auf die Grenzen des Schutzbereichs von Immaterialgüterrechten, insbesondere der gesetzlichen Schranken des Urheberrechts (in Deutschland vor allem in §§ 44aff. UrhG) ein.² Im analogen Umfeld konnten die Befugnisse der von einer Schranke begünstigten Nutzer durch vertragliche Nutzungsvereinbarungen mangels effektiver technischer Maßnahmen praktisch kaum wirksam eingeschränkt werden. Im digitalen Kontext hingegen werden die gesetzlichen Schrankenbestimmungen zunehmend durch wirksame Schutzmechanismen und Lizenzvereinbarungen überlagert. Auf diese Weise kann der Rechtsinhaber selbst über die Grenzen der zulässigen Nutzungen bestimmen. Die Technik droht damit die vom Recht gesetzten Grenzen zu unterlaufen und gefährdet den vom Gesetzgeber getroffenen Ausgleich widerstreitender Schutz- und Zugangsinteressen.³

A. Problemaufriss

Vor diesem Hintergrund kommt der Frage nach der Rechtsposition des Werknutzers und damit nach der Rechtsnatur der Schranken des Urheberrechts erstmals auch eine erhebliche praktische Bedeutung zu.⁴ Insbesondere ist zu klären, ob sich die in den Schrankenbestimmungen geregelten Befugnisse als subjektive

¹ *Pichlmaier*, CR 2003, 910.

² *Vinje*, EIPR 1999, 195, 197; *Peukert*, UFITA 2002, 704.

³ Vgl. *Schack*, UrhR, Rn. 481d; *Dreier*, CR 2000, 46.

⁴ Vgl. *Hohagen*, *Vervielfältigungsfreiheit*, S. 496f. Allerdings sind auch im analogen Bereich Konstellationen denkbar, in denen die Rechtsnatur der Schrankenbestimmungen Bedeutung erlangt. Das Problem stellt sich beispielsweise, wenn ein Kunsthistoriker sich auf die Schranke des § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG zu Gunsten des eigenen wissenschaftlichen Gebrauchs beruft, um zu Forschungszwecken eine Fotografie eines Gemäldes in einem Museum

Rechte des Nutzers deuten lassen, die dem Versuch des Rechtsinhabers einer einseitigen Erweiterung des Ausschließlichkeitsrechts entgegengehalten werden können.

Daran schließt sich die Frage nach der Disponibilität der Schrankenbestimmungen an, inwieweit also vertragliche Nutzungsbedingungen wirksam sind, in denen der Rechtsinhaber gegenüber einem Werknutzer die Nutzung des Werkes über die gesetzlichen Schrankenbestimmungen hinaus einschränkt. Während beispielsweise das belgische Recht fast alle Schranken des Urheberrechts für zwingend erklärt, sind im deutschen UrhG nur die Schranken für bestimmte Nutzungen von Computerprogrammen und Datenbanken ausdrücklich zwingend ausgestaltet (§§ 55a, 69g Abs. 2, 87e UrhG). Inwieweit darüber hinaus die Schrankenbestimmungen zur Disposition der Parteien stehen, regelt das UrhG nicht ausdrücklich.

Mindestens ebenso problematisch wie die Wirksamkeit vertraglicher Beschränkungen ist die Zulässigkeit einer faktischen Beschränkung der Nutzungsbefugnisse durch technische Schutzmaßnahmen. Während der Rechtsinhaber bei vertraglichen Nutzungsbeschränkungen Verstöße des Nutzers selbst verfolgen muss, wird das Risiko der rechtlichen Durchsetzbarkeit bei der Beschränkung durch technische Schutzmaßnahmen auf den Nutzer abgewälzt, der seinerseits versuchen muss, seine Nutzungsinteressen gegenüber dem Rechtsinhaber durchzusetzen. Verschärft wird dieser Konflikt dadurch, dass der Gesetzgeber in Umsetzung der EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft und angetrieben von dem Ziel, „das deutsche Urheberrecht der Entwicklung im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie, insbesondere der digitalen Technologie, anzupassen“, in §§ 95a ff. UrhG die Umgehung von Kopierschutzmechanismen sowie entsprechende Vorbereitungshandlungen verboten und unter bestimmten Voraussetzungen sogar strafrechtlich sanktioniert hat. Den Interessen der Nutzer soll dadurch Rechnung getragen werden, dass § 95b Abs. 1 UrhG die Rechtsinhaber dazu verpflichtet, den dort aufgeführten, durch bestimmte Schranken begünstigten Nutzergruppen die zur Verwirklichung der jeweiligen Schrankenbefugnisse benötigten Mittel zur Verfügung zu stellen. Die Tatsache, dass zu den danach privilegierten Nutzungen weder die gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG grundsätzlich zulässige Anfertigung einer digitalen Kopie zu privaten Zwecken noch die Zitierfreiheit des § 51 UrhG gehört, wirft die Frage auf, ob sich auch ohne gesetzliche Regelung ein Anspruch des Einzelnen auf Durchsetzung von Schrankenbestimmungen bei Verwendung von technischen Schutzmaßnahmen herleiten lässt.

anzufertigen, dessen Nutzungsbedingungen das Fotografieren innerhalb der Museumsräume kategorisch ausschließt oder nur gegen ein prohibitiv hohes Entgelt erlaubt.

B. Stand der Forschung

Das Problem ausufernder Ausschließlichkeitsrechte der Urheber und ihres Verhältnisses zum Nutzungsinteresse der Allgemeinheit ist nicht neu. Bereits 1931 bemerkte *Alexander Elster*:

„Die Entwicklung kann natürlich den Weg gehen, das Recht des Urhebers immer mehr zu stärken und ihn sogar mit zeitlich unbegrenzten und sachlich weit hinausgetriebenen materiellen Rechten auszustatten, die dann schließlich ein Ende nur an ihrer Unbegehrtheit finden. Die Allgemeinheit aber muss und wird sich dann doch darüber klar werden, ob es dann nicht zu grotesken Tributzahlungen an geistig und familiär ganz oder ziemlich Unbeteiligte kommt und ob nicht das zu starke Ausschließungsrecht des Urhebers nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern auch seinen eigenen – infolge des Gesetzes der Überspannung und des Zurückschlagens – abträglich sein wird.“⁵

Die Frage nach der Rechtsposition der durch eine Schrankenbestimmung Begünstigten gegenüber vertraglichen oder faktischen Beschränkungen hat sich im analogen Umfeld jedoch praktisch nur selten gestellt. Lizenzverträge direkt mit dem Endnutzer kamen vor Entwicklung der Digitaltechnologie kaum vor.⁶ Dementsprechend findet das Problem erst in neuerer Zeit überhaupt Beachtung in der urheberrechtlichen Literatur. In Europa steht die wissenschaftliche Diskussion noch am Anfang. Zwar wird die Frage nach der Abdingbarkeit der Schranken inzwischen in zahlreichen Publikationen aufgeworfen und häufig mit Forderungen nach der zwingenden Ausgestaltung zumindest bestimmter Schranken *de lege ferenda* verbunden.⁷ Die Disponibilität des Schrankengebrauchs *de lege lata* ist bislang aber kaum zum Gegenstand eingehender Untersuchungen gemacht worden. Monografisch sind die Rechtsnatur der Schranken sowie die Wirksamkeit bzw. Zulässigkeit von vertraglichen und technischen Beschränkungen des Schrankengebrauchs nach deutschem Recht zumeist nur im Hinblick auf einzelne Schrankenbestimmungen⁸ oder als Teil umfassender Darstellungen des Rechtsschutzes technischer Schutzmaßnahmen⁹ bearbeitet worden. Die Monografie von *Guibault*¹⁰ zum Verhältnis der urheberrechtlichen Schranken zum Vertragsrecht stellt zwar im Rahmen der durchgängig rechtsvergleichenden Untersuchung auch das deutsche Recht dar, klammert aber die Problematik der technischen Schutzmaßnahmen aus.

Insbesondere das Verhältnis von § 53 Abs. 1 und § 95b Abs. 2 UrhG ist Gegenstand einer Fülle von Beiträgen, die sich – soweit sie sich nicht auf die Feststellung beschränken, dass es ein Recht auf Privatkopie nicht gebe – vorwiegend

⁵ *Elster*, UFITA 4 (1931), 226.

⁶ *Vinje*, EIPR 1999, 195.

⁷ Siehe die Nachweise auf S. 236, 264.

⁸ Vor allem für die Schranke zugunsten privater Vervielfältigungen in § 53 Abs. 1 UrhG, vgl. *Hohagen*, Vervielfältigungsfreiheit, S. 496 ff.

⁹ *Trayer*, S. 144 ff., 174 ff.; *Arlt*, DRM, S. 40 ff.

¹⁰ *Guibault*, Copyright Limitations and Contracts, 2002.

mit der Verfassungsmäßigkeit der §§ 95a ff. UrhG im Hinblick auf die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Informationsfreiheit befassen.¹¹ Ein über diesen speziellen Aspekt der Problematik hinausgehender Ansatz ist bisher nicht entwickelt worden. Nur wenige Autoren gehen auf den Zusammenhang des Problems mit dem der vertraglichen Nutzungsbeschränkungen ein. Die Rechtsnatur der gesetzlichen Schranken und deren Einfluss auf vertragliche Nutzungsvereinbarungen sowie technische Schutzmaßnahmen unter Berücksichtigung sämtlicher auch außerhalb der §§ 44a ff. im UrhG enthaltenen Schranken umfassend zu untersuchen, hat sich die folgende Arbeit zum Ziel gesetzt.

C. Gang der Untersuchung

Bevor die eigentliche Frage nach der Rechtsnatur der Schrankenbestimmungen untersucht werden kann, ist zunächst auf die Funktionen des Urheberrechts und die Rechtfertigung seiner Beschränkung einzugehen (Teil 1), da der Schutzgrund des Urheberrechts sich naturgemäß auf die Reichweite und Auslegung der einzelnen Schrankenbestimmungen auswirkt. In diesem Zusammenhang sind auch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der zugrunde liegenden Interessen sowie die ökonomische Funktion gesetzlicher Schranken zu untersuchen.

Danach gilt es in einem zweiten Schritt, das Verhältnis der Schranken zum Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers auf einfachgesetzlicher Ebene zu bestimmen (Teil 2). Dabei geht es insbesondere um die Rechtsnatur der Schranken und die Möglichkeit ihrer Qualifizierung als subjektive Rechte der Nutzer.

Schwerpunkt der Arbeit sind die Zulässigkeit und Grenzen einer vertraglichen (Teil 3) und faktischen Beschränkung von gesetzlich privilegierten Nutzungen im Wege technischer Schutzmaßnahmen (Teil 4). Unter Berücksichtigung der in ausländischen Rechtsordnungen gefundenen Lösungsansätze werden zunächst die Kriterien herausgearbeitet, die für die Frage relevant sind, inwieweit Schrankenbestimmungen individual- oder formularvertraglich abgedungen werden können. Grenzen für die Wirksamkeit vertraglicher Nutzungsbeschränkungen ergeben sich vor allem aus dem Kartellrecht und der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Dabei wird sich zeigen, dass der gefundene Ansatz auch für die Bestimmung der Reichweite einer zulässigen Beschränkung von Nutzerbefugnissen mittels technischer Schutzmaßnahmen fruchtbar zu machen ist, dass die gesetzliche Regelung des Umgehungsschutzes in §§ 95a ff. UrhG damit aber nur eingeschränkt vereinbar ist.

¹¹ Siehe die Nachweise auf S. 509 ff.

Teil 1

Das System urheberrechtlicher Schranken

Zunächst ist zu klären, welche Bedeutung den urheberrechtlichen Schranken im System des Urheberrechts zukommt.

A. Begriff und Inhalt der urheberrechtlichen Schranken

Der Begriff der Schranken des Urheberrechts wird weit verstanden und umfasst prinzipiell sämtliche Beschränkungen des Schutzzumfangs des Urheberrechts, seine inhaltlichen, zeitlichen und fremdenrechtlichen Beschränkungen genauso wie den gänzlichen Ausschluss eines Urheberrechtsschutzes für amtliche Werke durch § 5 UrhG.¹ Im Rahmen dieser Untersuchung geht es primär um die inhaltlichen Schranken, die im deutschen Recht vor allem im sechsten Abschnitt des 1. Teils des UrhG (§§ 44a bis 63a UrhG) geregelt sind. Andere Formen der Beschränkung, insbesondere die zeitliche Begrenzung des Urheberrechtsschutzes, werden nur behandelt, soweit sie strukturelle Parallelen zu den inhaltlichen Schranken aufweisen.

1. Das Urheberrecht als ausschließliches Herrschaftsrecht

Das Urheberrecht ist ein Immaterialgüterrecht, also ein absolutes, gegenüber jedermann geltendes Herrschaftsrecht an einem geistigen Gut, das die Rechtsordnung einer konkreten Person zugeordnet und damit als Rechtsobjekt verfügbar gemacht hat.² Im deutschen Recht kommt das in § 11 S.1 UrhG zum Ausdruck, wonach das Urheberrecht den Urheber als Werkschöpfer in seinen ideellen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung seines Werkes schützt. Diesen Schutzzweck gewährleistet das Urheberrecht, indem es dem Urheber neben dem Urheberpersönlichkeitsrecht mit seinen in §§ 12 ff. UrhG aufgeführten Einzelbefugnissen in §§ 15 ff. UrhG ausschließliche Verwertungsrechte gewährt, die es dem Urheber vorbehalten, das geschützte Werk unter Ausschluss Dritter auf die gesetzlich umschriebene Art und Weise zu nutzen.³ Dabei weist

¹ Siehe nur *Schack*, UrhR, Rn. 463.

² *Schack*, UrhR, Rn. 21 ff.; *Stephanblome*, S. 15.

³ *Dreier/Schulze-Dreier*, Einl. Rn. 3.

§ 15 UrhG dem Urheber die Verwertung seines Werkes in körperlicher (Abs. 1) wie unkörperlicher Form (Abs. 2) grundsätzlich umfassend zu⁴ und zählt nur beispielhaft („insbesondere“) die bereits bekannten Verwertungsarten auf, deren Tatbestand in §§ 16 ff. UrhG näher umschrieben wird. Die ausschließliche Verwertungsbefugnis beinhaltet sowohl die positive Nutzungsbefugnis, mit dem Werk nach Gutdünken zu verfahren, es insbesondere zu verwerten, als auch ein negatives Verbotungsrecht, Dritte von der Nutzung auszuschließen.⁵ Das Urheberrecht ist insoweit strukturell mit dem Sacheigentum vergleichbar, das dem Eigentümer gemäß § 903 S. 1 BGB ebenfalls die positive Nutzungsbefugnis zuweist, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, und ihm das Recht gibt, andere von jeder Einwirkung auszuschließen.⁶

II. Die Schranken des Urheberrechts im UrhG

Dieses umfassende Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers wird in einem zweiten Schritt durch §§ 44a ff. UrhG in Bezug auf bestimmte, einzeln aufgezählte Nutzungen wieder eingeschränkt. Dabei bezieht sich die Beschränkung zum Teil nur auf ein einziges Verwertungsrecht, etwa das Vervielfältigungsrecht, während andere Schranken wie § 51 S. 1 UrhG sämtliche Nutzungen in körperlicher wie in unkörperlicher Form erlauben.

1. Freistellung, gesetzliche Lizenz und Zwangslizenz

Hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen kann man die in §§ 44a ff. UrhG enthaltenen Schranken danach unterscheiden, ob sie die Werknutzung wie § 51 UrhG vom jeweiligen Verwertungsrecht des Urhebers ganz freistellen oder (wie etwa §§ 45a Abs. 2, 46 Abs. 4, 49 Abs. 1 S. 2, 52 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 und 52a Abs. 4 S. 1 UrhG) als Ausgleich für die erlaubte Nutzung einen Vergütungsanspruch des Urhebers vorsehen, der regelmäßig nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann. Für derartige Schranken, die eine Pflicht des privilegierten Nutzers zur angemessenen Vergütung vorsehen, hat sich die Bezeichnung „gesetzliche Lizenzen“ durchgesetzt.⁷

Davon zu unterscheiden sind die Zwangslizenzen zugunsten von Tonträgerherstellern in § 42a UrhG oder von Verlegern privater Normwerke in § 5 Abs. 3

⁴ *Rebbinder*, UrhR, Rn. 295; *Schack*, UrhR, Rn. 304.

⁵ *Schricker-Schricker*, Einleitung Rn. 19.

⁶ Vgl. *Stephanblome*, S. 48f.; *Schack*, UrhR, Rn. 304. Zur Kritik an der inhaltlichen Gleichsetzung von Urheberrecht und Sacheigentum durch den Begriff des „geistigen Eigentums“ siehe unten S. 25 ff.

⁷ Vgl. nur *Schricker-Melichar*, vor §§ 44a ff. Rn. 6; *Schack*, UrhR, Rn. 436 ff.; *Stöbr*, S. 37 f.; *Ulmer*, UrhR, § 62 I 1 (S. 293). Der Begriff „statutory licensing“ ist insbesondere im internationalen Urheberrecht gebräuchlich, vgl. die Begründung zu § 64 I 1 des RegE zum UrhG, BT-Drucks. IV/270, S. 77, wonach die darin enthaltene gesetzliche Lizenz dem englischen Recht nachgebildet sei. Zur Rechtsnatur der gesetzlichen Lizenz siehe unten S. 137 ff.

UrhG. Anders als bei gesetzlichen Lizenzen ist die Nutzung bei einer Zwangslizenz nicht erlaubnisfrei. Vielmehr lässt die Zwangslizenz das Verbotswort des Urhebers formal bestehen und unterwirft den Urheber lediglich einem Kontrahierungszwang, nimmt ihm also die Abschlussfreiheit.⁸ Ein Verwerter darf Nutzungshandlungen daher erst vornehmen, nachdem er mit dem Urheber einen Lizenzvertrag abgeschlossen hat. Die Zwangslizenz stellt daher keine gesetzliche Schranke des Urheberrechts in dem hier gebrauchten Sinne dar. Der Gesetzgeber hat die Zwangslizenz zugunsten von Tonträgerherstellern, die ursprünglich systemwidrig in § 61 UrhG a.F. unter den Schranken im sechsten Abschnitt des UrhG geregelt war, daher 2003 mit Recht als § 42a UrhG den urhebervertragsrechtlichen Vorschriften zugeordnet.⁹ Auf die im UrhG enthaltenen Zwangslizenzen ist daher im Rahmen dieser Untersuchung nicht einzugehen.

2. Außerhalb des sechsten Abschnitts geregelte Schranken

Nicht alle inhaltlichen Schranken des Urheberrechts sind im sechsten Abschnitt des 1. Teils des UrhG geregelt. Auch an anderen Stellen enthält das UrhG Schrankenbestimmungen, die konstruktiv mit den Beschränkungen der §§ 44a ff. vergleichbar sind. Dazu gehören vor allem der in §§ 17 Abs. 2 und 69c Nr. 3 S. 2 UrhG normierte Erschöpfungsgrundsatz als wichtigste Schranke des Verbreitungsrechts¹⁰ sowie die Zulässigkeit freier Benutzungen nach § 24 Abs. 1 UrhG.¹¹ Auch § 44 Abs. 2 UrhG stellt trotz seiner systematischen Stellung eine gesetzliche Schranke des Ausstellungsrechts dar.¹² Schließlich enthalten die in Umsetzung der Computerprogramm-RL geschaffenen Sondervorschriften in §§ 69d, 69e UrhG spezifische Schrankenbestimmungen für Computerprogramme,¹³ entsprechend § 87c UrhG besondere Schranken für das Sui-generis-Recht des Datenbankherstellers.¹⁴

3. Die von den Schranken verfolgten Zwecke

Eine trennscharfe Einteilung der Schranken nach dem jeweils verfolgten Zweck ist kaum möglich, da viele der in §§ 44a ff. UrhG aufgezählten Schranken mehr

⁸ Schack, UrhR, Rn. 435.

⁹ Vgl. die Amtl. Begr., BT-Drucks. 15/38, S. 17.

¹⁰ Siehe dazu unten S. 101 ff., 133 ff.

¹¹ BGH NJW 2009, 770, 772 Tz. 21 – Metall auf Metall; a. A. Schrickler, JZ 2004, 312. Siehe dazu unten S. 53 f.

¹² Siehe unten S. 107 f.

¹³ Siehe dazu unten S. 109 ff., 145 ff.

¹⁴ Diese entsprechen inhaltlich den Schranken der § 53 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 S. 1 Nr. 1 sowie § 45 UrhG.

als einem Zweck dienen.¹⁵ Man kann die Schranken hinsichtlich ihrer Schutzrichtung aber grob danach unterscheiden, ob sie in erster Linie der Förderung der geistigen Auseinandersetzung, dem Schutz privater Interessen der Verbraucher, Interessen der Wirtschaft oder staatlichen Interessen dienen.¹⁶ Die häufig zu findende Unterteilung der Schranken danach, ob ihnen Grundrechte („fundamental rights“), öffentliche Interessen („public interest“) oder ein bloßes Marktversagen („market failure“) zugrunde liegen,¹⁷ ist hingegen wenig aussagekräftig, da – wie noch zu zeigen sein wird – mit diesen Kategorien ganz unterschiedliche Legitimationsebenen angesprochen werden und eine eindeutige Einordnung der Schranken in eine dieser Kategorien nicht möglich ist.¹⁸

Eine Sonderstellung nehmen die Schranken der §§ 44a, 55a und 69d UrhG ein. Diese in Umsetzung zwingender gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben¹⁹ geschaffenen Schranken dienen den „Erfordernissen der Informationsgesellschaft“²⁰ und sollen im digitalen Umfeld die „normale Benutzung“ urheberrechtlich geschützter Werke sichern. Während nämlich bei herkömmlichen Werkarten der bloße Werkgenuss, wie das Lesen eines Buches oder das Anhören von Musik, nach der Konzeption des UrhG keine zustimmungsbedürftige Nutzungshandlung darstellt, erfordert bei elektronischen Datenbanken und Computerprogrammen bereits der Werkgenuss, also das Laufenlassen des Programms, zumindest eine Vervielfältigung im Arbeitsspeicher und damit eine von §§ 16, 69c UrhG grundsätzlich erfasste Verwertungshandlung.²¹ Diese Besonderheit soll jedoch nicht dazu führen, dass der Urheber über sein Vervielfältigungsrecht die Verwendung rechtmäßig verbreiteter Werkexemplare verhindern kann.²² Die Schranke des § 44a Nr. 2 hat eine ähnliche Funktion wie §§ 55a und 69d Abs. 1 UrhG²³ und soll in erster Linie das effiziente Funktionieren der elektronischen Übermittlung von Werken ermöglichen, welches regelmäßig eine zumindest vorübergehende Vervielfältigung und damit eine grundsätzlich

¹⁵ *Schack*, UrhR, Rn. 480; *Hobagen*, Vervielfältigungsfreiheit, S. 23 f.; eine Einteilung gänzlich ablehnend *Pabud*, Sozialbindung, S. 124.

¹⁶ So *Schack*, UrhR, Rn. 480 ff.; vgl. auch *Schricker-Melichar*, vor §§ 44a ff. Rn. 4, der eine Unterteilung in insgesamt 11 Untergruppen geschützter Interessen der Allgemeinheit vornimmt.

¹⁷ Grundlegend *Hugenholz*, *Fierce Creatures*, S. 11 ff.; ihm folgend *Dreier*, in: *Expanding the Boundaries*, S. 307 f.; *ders.*, in: *Torremans*, S. 235; *Fernández-Molina*, 30 JIS 338 f. (2004, ergänzt um eine weitere Kategorie der wettbewerbsrechtlich motivierten Schranken des Urheberrechts an Computerprogrammen und Datenbanken).

¹⁸ Siehe unten S. 45 ff., 82 ff.

¹⁹ Siehe Art. 5 Abs. 1 Info-RL; Art. 6 Abs. 1 Datenbank-RL; Art. 5 Abs. 1 Computerprogramm-RL.

²⁰ So zu § 44a UrhG die Amtl. Begr., BT-Drucks. 15/38, S. 18.

²¹ Vgl. für die Nutzung von elektronisch zugänglichen Datenbanken *Möhring/Nicolini-Decker*, § 55a Rn. 9.

²² *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69d Rn. 5; *Baus*, MMR 2002, 16; vgl. *Schack*, UrhR, Rn. 481.

²³ Vgl. *Dreier/Schulze-Dreier*, § 44a Rn. 1.

zustimmungspflichtige Nutzungshandlung voraussetzt, z. B. beim „Browsing“ von Internet-Seiten.²⁴

Ebenfalls auf dem weit reichenden Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers eines Computerprogramms beruht die Schranke des § 69e UrhG, die Dritten in begrenztem Umfang den Zugang zu den gemäß § 69a Abs. 2 S. 2 UrhG freien Informationen über die Schnittstellen eines fremden Computerprogramms ermöglichen soll. Zu diesem Zweck erlaubt die Vorschrift die Vervielfältigung und Dekompilierung des Programmcodes, soweit diese zur Herstellung der Interoperabilität mit einem unabhängig geschaffenen Programm unerlässlich sind. Denn aufgrund des weitgehenden Vervielfältigungsrechts nach § 69c Nr. 1 sowie des Umarbeitungsrechts nach § 69c Nr. 2 UrhG könnte der Urheber sonst den Zugriff auf den Quellcode und damit den Zugang zu den Schnittstellen des ursprünglichen Programms versperren, weil die zugrunde liegenden Ideen und Grundsätze ohne Maßnahmen der Vervielfältigung und Übersetzung regelmäßig nicht erschlossen werden können.²⁵

III. Ausländische Rechtsordnungen

Auch ausländische Urheberrechtsordnungen gewähren dem Urheber kein unbeschränktes Ausschließlichkeitsrecht zur Nutzung seines Werkes, sondern sehen in unterschiedlichem Umfang inhaltliche Schranken des Urheberrechts vor.

1. Europa

Dabei verfolgen die EU-Mitgliedstaaten ein ähnliches Konzept wie das deutsche UrhG und stellen einem grundsätzlich umfassenden Recht des Urhebers zur ausschließlichen Nutzung seines Werkes²⁶ abschließend formulierte Schrankentatbestände gegenüber.²⁷ Eine inhaltliche Harmonisierung der Schranken ist mit Ausnahme der spezifischen durch die Computerprogramm- und Datenbank-RL vorgegebenen Schrankenbestimmungen bisher indes nicht erfolgt. Auch die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft hat insoweit keinen Fortschritt gebracht. Art. 5 Info-RL enthält in Abs. 2 und 3 zwar einen abschließenden Katalog zulässiger Schranken. Nach dem Motto „Schranken aller Länder vereinigt euch“²⁸ hat der Richtliniengeber darin je-

²⁴ Schack, UrhR, Rn. 380; vgl. den 33. Erwägungsgrund der Info-RL.

²⁵ Schricker-Loewenheim, § 69e Rn. 1; Dreier/Schulze-Dreier, § 69e Rn. 1.

²⁶ Siehe z. B. in Belgien Art. 1 § 1 LDA; in Frankreich Art. L. 111–1 i. V. m. Art. L. 122–1 CPI; in Irland § 37(1) CRRA; im Vereinigten Königreich § 2(1) i. V. m. § 16(1) CDPA.

²⁷ In Belgien Artt. 21 bis 23 LDA; in Frankreich Art. L. 122–5 CPI; in Irland §§ 49 bis 106 CRRA; im Vereinigten Königreich §§ 28 bis 76 CDPA.

²⁸ Schack, AfP 2003, 4; Poepfel, S. 125.

doch lediglich den aktuellen Stand der gesetzlichen Schranken in den einzelnen Mitgliedstaaten festgeschrieben.²⁹ Den Mitgliedstaaten ist aber freigestellt, welche dieser Schranken sie im nationalen Recht vorsehen, so dass das selbst gesteckte Ziel einer Harmonisierung des Urheberrechts in Bezug auf dessen Schranken verfehlt wird.³⁰ Zwingend vorgeschrieben ist nach Art. 5 Abs. 1 Info-RL lediglich die in Deutschland durch § 44a UrhG umgesetzte Schranke zugunsten flüchtiger Vervielfältigungen.

Dementsprechend unterscheiden sich Anzahl und Umfang der gesetzlichen Schranken in den einzelnen Urheberrechtsordnungen erheblich. So ist die Reichweite der Nutzungsfreiheit selbst bei der Zitierfreiheit – obwohl als einzige Schranke durch Art. 10 Abs. 2 RBÜ zwingend vorgeschrieben – im Einzelnen sehr unterschiedlich ausgestaltet.³¹ Eine gewisse Vereinheitlichung schafft insoweit der in Art. 9 Abs. 2 RBÜ und Art. 5 Abs. 5 Info-RL vorgeschriebene Dreistufentest, der der Ausgestaltung der Schranken auf nationaler Ebene Grenzen setzt, indem er Beschränkungen ausschließlicher Rechte auf bestimmte Sonderfälle begrenzt (Stufe 1), die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen (Stufe 2) noch die berechtigten Interessen des Urhebers oder Rechtsinhabers ungebührlich verletzen dürfen (Stufe 3).³²

2. USA

Der US-amerikanische Copyright Act von 1976 zählt, anders als das deutsche Recht, die dem Urheber zustehenden Verwertungsrechte in § 106 CA einzeln und erschöpfend auf, während umgekehrt die Schranken des Urheberrechts in § 107 CA in Form einer Generalklausel des fair use weit und offen ausgestaltet sind. Danach stellt eine Nutzung des geschützten Werkes, insbesondere eine solche zu Zwecken der Kritik, der Stellungnahme, der Berichterstattung, des Unterrichts sowie der Forschung und Lehre, keine Urheberrechtsverletzung dar, wenn die Nutzung „fair“ ist. Für die Bestimmung, welche Nutzung „fair“ i. S. d. § 107 CA ist, nennt die Vorschrift beispielhaft vier zu berücksichtigende Faktoren: den Zweck und die Art der Nutzung, die Natur des genutzten Werkes,

²⁹ *Hugenboltz*, EIPR 2000, 500.

³⁰ *Poeppel*, S. 125; *Hoeren*, MMR 2000, 517, 519; *Hugenboltz*, EIPR 2000, 501; *Cohen Jeboram*, GRURInt 2001, 810; *Fachausschuss*, GRUR 2009, 136: Die geltende Regelung in Art. 5 Info-RL sei „höchst unbefriedigend“.

³¹ Vergleiche nur § 51 S. 1 UrhG mit § 30(1) CDPA („Fair dealing with a work for the purpose of criticism or review, of that or another work or of a performance of a work, does not infringe any copyright in the work provided that it is accompanied by a sufficient acknowledgement and provided that the work has been made available to the public.“) einerseits und Art. L. 122-5 Nr. 3a CPI („Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d’information de l’oeuvre à laquelle elles sont incorporées“) andererseits.

³² Ausführlich zum Verständnis des Dreistufentests als Schranken-Schranke *Senftleben*, GRURInt 2004, 200ff.; *Bornkamm*, FS Erdmann, 43 f.

Umfang und Ausmaß der Nutzung sowie deren Auswirkungen auf die Vermarktung und den kommerziellen Wert des genutzten Werkes. Diese Doktrin des „fair use“ geht auf ein Urteil von 1841 zurück, welches unter Berufung auf die englische Rechtsprechung zum „fair and bona fide abridgment of an original work“ im Kern bereits dieselben Kriterien formuliert hatte, die 1976 in § 107 CA kodifiziert wurden.³³ Der Gesetzgeber wollte 1976 lediglich die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze festschreiben.³⁴

Ein System gesetzlicher Vergütungsansprüche zum Ausgleich der mit einer Aufhebung des Ausschließlichkeitsrechts verbundenen finanziellen Einbuße des Urhebers hat sich in den USA bislang nicht durchsetzen können.³⁵ Eine Ausnahme stellen insoweit die §§ 1003 ff. CA in der Fassung des Audio Home Recording Act von 1992 dar, die Herstellung, Einfuhr und Vertrieb von digitalen Audiorekordern und digitalen Speichermedien an die Entrichtung einer Abgabe koppeln, im Gegenzug aber die nicht gewerbliche Vervielfältigung von digitalen und analogen Tonträgern durch einen Verbraucher gemäß § 1008 CA erlauben. Die Rechtsfolge der Anerkennung eines fair use i.S.d. § 107 CA ist jedoch stets die vergütungsfreie Zulässigkeit der betreffenden Nutzungshandlung.³⁶

Angesichts der in § 106 CA abschließend aufgezählten Verwertungsrechte des Urhebers sind die Gerichte in den USA bei der Ausdehnung des gesetzlich vorgesehenen Schutzzumfangs des Urheberrechts sehr zurückhaltend. In erster Linie ist daher der Gesetzgeber berufen, wenn die technische Entwicklung eine Anpassung des Urheberrechtsschutzes erfordert.³⁷ Demgegenüber ermöglicht die Generalklausel des § 107 CA im Rahmen der Grenzen des „fair use“ eine angemessene Berücksichtigung von Allgemeininteressen durch die Gerichte auch bei gesellschaftlichen und technischen Veränderungen, auf die der Gesetzgeber nur mit erheblicher Verzögerung reagieren könnte.³⁸ Die mit der offenen Formulierung erreichte Flexibilität in der Anwendung geht jedoch naturgemäß

³³ *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342, 348 (CCD Mass. 1841): „In short, we must often, in deciding questions of this sort, look to the nature and objects of the selections made, the quantity and value of the materials used, and the degree in which the use may prejudice the sale, or diminish the profits, or supersede the objects, of the original work“. Zur geschichtlichen Entwicklung der Fair-use-Doktrin siehe *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 576 ff. (1994); Förster, S. 17 ff.

³⁴ House Report zum Copyright Act von 1976, H. R. Rep. No. 94-1476, S. 66 (1976): „Section 107 is intended to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way.“

³⁵ Vgl. *Schack*, UrhR, Rn. 443.

³⁶ *Bell*, 76 N. Carolina L. Rev. 595 (1998); Förster, S. 34.

³⁷ Vgl. *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 431 f. (1984) m. w. N. Seit 1976 ist der Copyright Act 59 Mal geändert worden (Stand 13.2. 2009); siehe die Übersichten bei *Nimmer*, Copyright Illuminated, S. 67 ff. und S. 78 ff.

³⁸ *Depoorter/Parisi*, S. 2 f. mit Fn. 3; *Burk/Cohen*, 15 Harv. J. L. Tech. 46 (2001). Zurückhaltend allerdings *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1391 (6th Cir. 1996), wonach die Entscheidung darüber, ob die technische Entwicklung

auf Kosten der Rechtssicherheit.³⁹ Die Konkretisierung durch die in § 107 CA nur beispielhaft aufgezählten Kriterien vermag insoweit ebenso wenig Abhilfe zu schaffen wie die vor allem von bestimmten Verwertergruppen durchgesetzten vielfältigen Ergänzungen der Generalklausel in §§ 108 bis 122 CA.⁴⁰ Die Rechtsprechung hat unter Berufung auf die Gesetzesbegründung⁴¹ stets betont, dass für das Vorliegen eines fair use die Umstände des jeweiligen Einzelfalls entscheidend seien und sich daher eine allgemeingültige Definition verbiete.⁴² Als „equitable rule of reason“ sei die Fair-use-Doktrin starren Auslegungsregeln nicht zugänglich, sondern müsse von den Gerichten von Fall zu Fall an die jeweiligen tatsächlichen Gegebenheiten angepasst werden können.⁴³ Bei jeder Beurteilung einer Nutzung als „fair“ oder „unfair“ sei daher ein sorgfältig abwägender Interessenausgleich („sensitive balancing of interests“) vorzunehmen.⁴⁴ Auch wenn die Aufzählung der für die Annahme eines fair use maßgeblichen Faktoren in § 107 CA nicht abschließend ist, gehen die Gerichte bei der Anwendung der Vorschrift selten über eine Abwägung der ausdrücklich genannten Faktoren hinaus.⁴⁵ Regelmäßig werden dabei die vier Faktoren nacheinander im Hinblick darauf untersucht, ob sie im konkreten Fall für oder gegen die Annahme eines fair use sprechen, um sie dann in einer Gesamtabwägung – mitunter geradezu mathematisch – gegeneinander aufzurechnen.⁴⁶ Vor

eine Ausweitung der Fair-use-Doktrin rechtfertigt, dem Gesetzgeber überlassen bleiben soll.

³⁹ Kritisch gegenüber einer Schrankengeneralklausel daher *Schack*, FS Schrickler, 511 f.

⁴⁰ Vgl. *Förster*, S. 20, mit dem Hinweis, dass §§ 108ff. CA in ihrer Bedeutung deutlich hinter der Fair-use-Doktrin zurücktreten.

⁴¹ House Report, H.R. Rep. No. 94–1476 (1976), S. 65: „Indeed, since the doctrine is an equitable rule of reason, no generally applicable definition is possible, and each case raising the question must be decided on its own facts.“

⁴² *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 448 mit Fn. 31 (1984); *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 549 (1985); *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 577f. (1994); *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 916 (2nd Cir. 1994).

⁴³ Vgl. *Iowa State University Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 621 F.2d 57, 60 (2nd Cir. 1980). Die Einordnung als „equitable rule of reason“ ist in der Rechtsprechung anerkannt, siehe nur *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 448 mit Fn. 31 (1984); *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913, 939 (2nd Cir. 1994, dissenting opinion *Jacobs*); gegen die Annahme, die Fair-use-Doktrin habe ihre Wurzeln im Recht der Equity, hingegen *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1127 (1990).

⁴⁴ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 455 Fn. 40 (1984); *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 584 (1994).

⁴⁵ *Förster*, S. 26.

⁴⁶ Siehe die Übersicht über 60 seit 1994 ergangene Entscheidungen bei *Nimmer*, Copyright Illuminated, S. 363ff.; sowie exemplarisch *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 822 (9th Cir. 2003): „Having considered the four fair use factors and found that two weigh in favor of Arriba, one is neutral, and one weighs slightly in favor of Kelly, we conclude that Arriba’s use of Kelly’s images ... is a fair use“; *Los Angeles News Serv. v. Reuters Television Intern.*, 149 F.3d 987, 994 (9th Cir. 1998): „In sum, the district court, having found that only one of the statutory factors weighed in favor of the defendants, correctly concluded that the fair use

diesem Hintergrund ist es nur verständlich, dass die den Gerichten obliegende Entscheidung, ob eine Nutzung als fair anzusehen ist, häufig als „the most troublesome in the whole law of copyright“ bezeichnet wird.⁴⁷

Eine solche Schrankengeneralklausel wie § 107 CA, die den Gerichten einen weiten Spielraum bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Nutzungshandlung zuweist, führt in der Praxis zu kaum vorhersehbaren Ergebnissen. Entsprechend häufig werden gerichtliche Entscheidungen über das Vorliegen von fair use in den USA in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben. Außerdem wird die überwiegende Zahl der Entscheidungen nur mit knapper Mehrheit der Richter getroffen.⁴⁸ Die offen formulierten gesetzlichen Tatbestände können einem Nutzer daher allenfalls eine grobe Orientierung bei der Feststellung bieten, ob ein Gericht die von ihm beabsichtigte Nutzung des Werkes als fair ansehen würde oder nicht.⁴⁹ Dies führt dazu, dass Nutzer zur Vermeidung kostspieliger Verletzungsprozesse übermäßige Vorsicht im Umgang mit geschütztem Material walten lassen und auch für rechtlich zulässige Nutzungen Lizenzen einholen. Der Schutzzumfang des Urheberrechts wird dadurch faktisch eher erweitert als begrenzt.⁵⁰

B. Einfluss der philosophischen Grundlagen des Urheberrechts

Zu klären ist zunächst, inwieweit die Rechtfertigung von Beschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts des Urhebers davon abhängt, welchen theoretischen Ansatz man zur moralischen Rechtfertigung des Urheberrechts zugrunde legt. Hier stehen der im kontinentaleuropäischen Urheberrecht (*droit d'auteur*) herrschende personalistische (unten I) und der insbesondere dem US-amerika-

defense did not apply.“ Feste Regeln, wie viele der Faktoren für bzw. gegen die Annahme von fair use sprechen müssen, um im Ergebnis die Entscheidung für einen Fair use zu tragen, bestehen jedoch nicht, vgl. *Beldiman*, in: Hilty/Peukert, S. 193 f.

⁴⁷ *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, 662 (2nd Cir.1939); *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U. S. 417, 475 (1984, dissenting opinion *Blackmun*) m. w. N.; ähnlich bereits *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342 (CCD Mass. 1841): „one of the most difficult points ... which can well arise for judicial discussion“; vgl. auch *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1391 (6th Cir. 1996): „The statutory factors are not models of clarity, and the fair use issue has long been a particularly troublesome one.“

⁴⁸ Vgl. *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1106 f. (1990) mit zahlreichen Nachweisen.

⁴⁹ *Depoorter/Parisi*, S. 6. Dies entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, siehe House Report, H. R. Rep. No. 94–1476 (1976), S. 66: „The statement of the fair use doctrine in section 107 offers some guidance to users in determining when the principles of the doctrine apply. However, the endless variety of situations and combinations of circumstances that can rise in particular cases precludes the formulation of exact rules in the statute.“ Vgl. auch die Kritik von *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1107 (1990): „Writers, historians, publishers, and their legal advisers can only guess and pray as to how courts will resolve copyright disputes.“

⁵⁰ Vgl. *Beldiman*, in: Hilty/Peukert, S. 194.

nischen Copyright zugrunde liegende utilitaristische Ansatz (unten II) einander gegenüber.

I. Personalistische Begründungen

In den meisten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen wird das Urheberrecht aus dem naturrechtlichen Postulat eines geistigen Eigentums des Urhebers an seinem Werk abgeleitet.

1. Rechtfertigung des Urheberrechts

a. Die naturrechtliche Lehre vom geistigen Eigentum

Das naturrechtliche Postulat des geistigen Eigentums wird meist auf die von *John Locke* (1632–1704) begründete Arbeitstheorie⁵¹ zurückgeführt.⁵² Hier nach besitzt der Mensch nicht nur das Eigentum an seiner eigenen Person, sondern auch an seinen Handlungen und Tätigkeiten („self-ownership“), so dass auch die von ihm geleistete Arbeit ihm „gehört“ und die „seine“ ist. Durch die Verbindung seiner Kraft und Arbeit mit außerhalb seines Körpers befindlichen Gegenständen erweitere er seine persönliche Rechtsgütersphäre auf die bearbeiteten äußeren Güter und bewirke damit, dass diese zu einem Teil seines Eigentums werden, der wie der menschliche Körper dem Schutz des naturrechtlichen Gebots der „*alieni abstinentia*“ unterstehe. *Locke* selbst hat jedoch seine Theorie ausschließlich auf das Sacheigentum ausgerichtet und nicht für die Anwendung auf immaterielle Güter konzipiert.⁵³ Vielmehr entwickelte sich erst in der Folgezeit unter Berufung auf *Lockes* Arbeitstheorie die Lehre vom „geistigen Eigentum“, wonach auch die Geisteskräfte in das Eigentum an der eigenen Person einbezogen werden und der Schaffende damit das Eigentum an den Früchten der geistigen Arbeit erwirbt.⁵⁴ Diese auf das Naturrecht gestützte Lehre schuf die theoretische Grundlage für die Überwindung des Privilegienwesens. Sie führte in Frankreich zur Anerkennung einer naturrechtlich begründeten

⁵¹ Ausführlich zu *John Lockes* Arbeitstheorie *Oberndörfer*, S. 23 ff.

⁵² *Ulmer*, § 9 III 1 (S. 55); *Schack*, UrhR, Rn. 99; *ders.*, FS *Wadle*, 1011; *Kirchhof*, FS *Zeidler*, 1640.

⁵³ *Oberndörfer*, S. 38 ff.; *Rehbinder*, UrhR, Rn. 21, der die in der Anerkennung eines „geistigen Eigentums“ liegende Analogie zur Arbeitstheorie daher als „irreführend“ bezeichnet. Im Hinblick auf den Schutz der Autoren hat *Locke* sogar eine eher „utilitaristische“ Argumentation vertreten, siehe *Oberndörfer*, S. 49 f.

⁵⁴ Anschaulich *Pütter*, § 20: Werke eines Gelehrten seien „gleich ursprünglich unstreitig ein wahres Eigentum ihres Verfassers, so wie ein jeder das, was seiner Geschicklichkeit und seinem Fleiße sein Daseyn zu danken hat, als sein Eigentum ansehen kann“. Zur geschichtlichen Entwicklung der Lehre vom geistigen Eigentum siehe *Kohler*, AcP 82 (1894), 166 ff.; *Hubmann*, ZUM 1988, 4 ff.; *ders.*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, S. 7 ff.; *Schack*, UrhR, Rn. 99 ff.; *Ulmer*, § 9 III (S. 54 ff.); *Götting*, GRUR 2006, 354 f. Ausführlich zur Rezeptionsgeschichte der Arbeitstheorie *Oberndörfer*, S. 63 ff.

propriété littéraire et artistique in zwei Revolutionsgesetzen von 1791 und 1793⁵⁵ und wirkt noch im heute geltenden Code de la Propriété Intellectuelle fort.⁵⁶

In Deutschland ist insbesondere *Josef Kohler* Ende des 19. Jahrhunderts von einer naturrechtlichen Begründung des Urheberrechts ausgegangen und hat sich dafür ausdrücklich auf die Arbeitstheorie *Lockes* berufen.⁵⁷ Dabei hat er sich jedoch gegen den Begriff des geistigen Eigentums ausgesprochen, weil das Eigentum seinem Wesen nach ein Recht an körperlichen Sachen sei.⁵⁸ Stattdessen hat *Kohler* die Lehre vom Immaterialgüterrecht entwickelt, welches als eigentumsähnliches Recht in dem Recht der ökonomischen Ausbeute des immateriellen Gutes bestehe.⁵⁹ Nach seiner Erzeugungstheorie⁶⁰ liegt die „philosophische Begründung des Eigenthums und des Immaterialrechts ... in der Arbeit, richtiger, in der Güterschöpfung; wer ein neues Gut schafft, hat das natürliche Anrecht daran ... Wer eine Sache erarbeitet, hat sie mit der von ihm ausgelösten Kraft, mit einem Theile seines Wesens erfüllt, in ihr eine Stätte geschaffen, in welcher die von ihm erzeugte Kraftfülle ihre dauernde Unterkunft findet. Wo meine Kraft, wo mein Wesen, da mein Recht.“⁶¹ Das Immaterialrecht sei daher wie das Eigentum ein auf dem Prinzip der Schöpfung, der wirtschaftlichen Erzeugung beruhendes, „naturwüchsiges, durch die vernünftige Volksüberzeugung an sich schon gebotenes Recht“.⁶² Diese arbeitstheoretische Begründung des Autorrechts sei „völlig vernunftgemäß und philosophisch nicht zu widerlegen“.⁶³

Nach Erlass des LUG von 1901 und des KUG von 1907 galt die Konstruktionsidee vom geistigen Eigentum allgemein als überholt.⁶⁴ Soweit die Bezeichnung des Urheberrechts als Eigentum wegen der damit verbundenen Implikationen nicht gänzlich abgelehnt wurde, diente der Ausdruck „geistiges Eigen-

⁵⁵ Der naturrechtliche Gehalt tritt deutlich hervor in der Begründung durch den Berichterstatter *Le Chapelier* in der französischen Nationalversammlung: „La plus sacrée, la plus inattaquable, et ... la plus personnelle des propriétés est l'ouvrage, fruit de la pensée d'un écrivain; cependant c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés“, zitiert nach *Schack*, FS Wadler, 1010.

⁵⁶ Vgl. *Schack*, UrhR, Rn. 100.

⁵⁷ *Kohler*, Autorrecht, S. 112, wo er *Locke* als den „größten englischen Philosophen“ bezeichnet.

⁵⁸ *Kohler*, Autorrecht, S. 2; *ders.*, AcP 82 (1894), 150ff.; ebenso *Riezler*, § 6 I (S. 29).

⁵⁹ *Kohler*, Autorrecht, S. 2; *ders.*, AcP 82 (1894), 156f.

⁶⁰ Diesen Begriff benutzt *Kohler* selbst: *Kohler*, Autorrecht, S. 114.

⁶¹ *Kohler*, Autorrecht, S. 98.

⁶² *Kohler*, Autorrecht, S. 82f.

⁶³ *Kohler*, Autorrecht, S. 98f.

⁶⁴ Siehe nur *Riezler*, § 6 (S. 28ff.) m. w. N.; *de Boor*, UFITA 16 (1944), 352: „[I]n demselben Augenblick, in welchem sich der Schutz des Urhebers durchsetzte, war die Konstruktionsidee des geistigen Eigentums, die nur als Mittel zum Zweck ihre Berechtigung hatte, überholt“; *ders.*, UFITA 21 (1956), 131. Bereits *Kohler*, AcP 82 (1894), 157, hatte die Konstruktion des geistigen Eigentums als „historisch veraltet“ bezeichnet.

tum“ lediglich als Synonym für die Ausschließlichkeit des Urheberrechts.⁶⁵ Als Ausdruck der naturrechtlichen Fundierung des Urheberrechts wurde der Begriff des „geistigen Eigentums“ erst nach dem Zweiten Weltkrieg im Rahmen der Vorarbeiten zur Urheberrechtsreform „wiederentdeckt“ und diente als Argumentationsgrundlage⁶⁶ für die geforderte Stärkung der Position der Urheber.⁶⁷ Unterstützt wurde diese Position vom BGH, der 1955 ein aus dem geistigen Eigentum des Urhebers fließendes natürliches Recht ausdrücklich anerkannt hat, um damit die Annahme eines umfassenden Herrschaftsrechts des Urhebers über sein Werk zu rechtfertigen, auf das sich dessen Anspruch auf einen gerechten Lohn für eine Verwertung seiner Leistung durch Dritte gründe.⁶⁸ Diese neue „stark personenrechtlich gefärbte Eigentumstheorie auf naturrechtlicher Grundlage“⁶⁹ hatte maßgeblichen Einfluss auf die Fassung des UrhG von 1965.⁷⁰

Nach diesem naturrechtlichen Ansatz verwirklicht das Urheberrecht das naturrechtliche Gebot des „*sum cuique*“, dass jedem geistig Schaffenden das „Seine“, also der seiner Leistung innewohnende Wert, zuerkannt werden müsse.⁷¹ Die rechtliche Zuordnung des Geschaffenen an den Urheber wird dabei als eine natürliche und unmittelbare Folge des Schöpfungsakts angesehen, als ein natürliches Recht, welches durch das positive Recht nur anerkannt und ausgestaltet wird.⁷² Die Herrschaft des Urhebers über sein Werk und der daraus flie-

⁶⁵ So deutlich *Kublenbeck*, S. 44: „Eigentum im weiteren (sprachlichen) Sinne ist eben nichts anderes als die ausschließliche Beziehung einer Person zu einem Rechte“. Ebenso ist die heute vor allem in Staatsverträgen gebräuchliche Bezeichnung der Immaterialgüterrechte als geistiges Eigentum nicht als Ausdruck einer besonderen Konstruktionsidee oder rechtstheoretischen Fundierung zu sehen. Bereits Art. 4 Nr. 6 der Verfassung des deutschen Reichs vom 16. 4. 1871 (RGBl. 1871, S. 63) nannte den „Schutz des geistigen Eigentums“ eine der Reichsgesetzgebung unterliegende Angelegenheit.

⁶⁶ Vgl. *Söllner*, FS Traub, 370. Auf diese Funktion will *Samson*, S. 8 die neue Lehre vom geistigen Eigentum beschränken: „Das Verdienst dieser Lehre liegt auf propagandistischem und nicht auf dogmatischem Gebiete, sie hat zweifellos ihre werbende Kraft in der Vergangenheit mit Erfolg entfaltet und im Volksbewusstsein die Überzeugung wachgerufen, dass die geistigen Leistungen ebenso zu bewerten sind wie die wirtschaftlichen“. Vgl. auch *Rehbinder*, UrhR, Rn. 97: „Geistiges Eigentum“ sei ein „ideologischer Kampfbegriff“ aus der „Mottenkiste der Rechtsgeschichte“.

⁶⁷ Siehe die Beiträge von *Lehmann*, *Ermecke* und *Richartz*, in: Urheberrechtsreform (1954); vgl. dazu *Hubmann*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, S. 10; *ders.*, ZUM 1988, 7, wonach die „seit Erlass der damals noch geltenden Urheberrechtsgesetze von 1901 und 1907 bereits totgesagte Idee nun wie der Phönix aus der Asche wiederentstand“. Noch drastischer *Oberndörfer*, S. 132, der den „Missbrauch der Arbeitstheorie *John Lockes* zur Verfolgung rechtspolitischer Ziele auf dem Gebiet des Urheberrechts“ kritisiert.

⁶⁸ BGHZ 17, 266, 278 = GRUR 1955, 492, 496 – Grundig-Reporter.

⁶⁹ *So de Boor*, UFITA 21 (1956), 129.

⁷⁰ Vgl. *Badura*, Eigentumsschutz, S. 12f. Zur Entstehungsgeschichte des UrhG von 1965 siehe *Leinemann*, S. 45 ff.; *Maracke*, S. 47 ff.

⁷¹ *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, S. 6f.; *ders.*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, S. 21; *Schack*, UrhR, Rn. 5; *Richartz*, in: *Urheberrechtsreform*, S. 48, 50.

⁷² BGHZ 17, 266, 278 = GRUR 1955, 492, 496 – Grundig-Reporter; *Hubmann*, in: *Better-*

fende Anspruch auf einen gerechten wirtschaftlichen Lohn für seine Leistung beruhten dementsprechend nicht auf einer Verleihung durch den Gesetzgeber, sondern folgten aus der „Natur der Sache, nämlich aus seinem geistigen Eigentum“. ⁷³ Die Nutzungsrechte des Urhebers seien „die Ausstrahlungen seines durch den Schöpfungsakt begründeten geistigen Eigentums“. ⁷⁴ Was dem Wesen des Menschen entstamme und ihm von Natur aus gehöre, müsse geschützt werden. ⁷⁵ Der Gesetzgeber sei „an jene vorgegebene, naturrechtliche Ordnung gebunden, die nicht Menschenwerk ist, sondern als Grundgesetz des menschlichen Zusammenlebens uns bereits vom Schöpfer mitgegeben wurde“. ⁷⁶ Das geistige Eigentum als das natürliche Recht an der geistigen Schöpfung ist danach von dem durch die Rechtsordnung auf dieser Grundlage anerkannten Ausschließlichkeitsrecht zu trennen. ⁷⁷

In der heute verwendeten Terminologie des „geistigen Eigentums“ wird aber keine Aufgabe der Kohlerschen Lehre vom Immaterialgüterrecht gesehen, sondern deren Fortführung unter Anknüpfung an die naturrechtliche Grundlage. ⁷⁸ *Kohler* hatte seine Lehre vom Autorrecht allerdings noch dualistisch aufgebaut und neben das vermögensrechtliche Immaterialrecht das Individualrecht als Recht an der Gesamtheit der persönlichen Güter gestellt. ⁷⁹ Ebenso wichtig wie *Kohlers* Lehre vom Immaterialgüterrecht dürfte für die Entwicklung der „modernen“ Lehre vom geistigen Eigentum als einem umfassenden natürlichen Herrschaftsrecht des Urhebers daher die persönlichkeitsrechtliche Deutung des Urheberrechts gewesen sein, die in Deutschland vor allem von *Gierke* und *Gareis* vertreten wurde. ⁸⁰ Danach ist das Urheberrecht „in seinem ganzen Umfange als ein aus geistiger Schöpfung fließendes Persönlichkeitsrecht“ aufzufassen. ⁸¹ Diese Persönlichkeitsrechtstheorie konnte sich zwar letztlich nicht durch-

mann/Nipperdey/Scheuner, S. 28; *Schack*, FS Wadle, 1010f., 1014; Fromm/Nordemann-A. Nordemann, § 1 UrhG Rn. 3f.; *Ulmer*, UrhR, § 16 I (S. 105); *Krüger-Nieland*, UFITA 85 (1979), 106; *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, S. 74: „Der Rechtsschutz geistiger Leistungen bringt seine innere Begründung bereits aus einer vorgegebenen Ordnung mit, nämlich aus der Natur der Wirkungsweise des Geistes. Das positive Recht hat daher die Berechtigung des Schutzes, die bereits aus der natürlichen Ordnung folgt, nicht erst zu verfügen, sondern nur anzuerkennen und durchzusetzen.“

⁷³ BGHZ 17, 266, 278 = GRUR 1955, 492, 496 – Grundig-Reporter; *Hubmann*, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, S. 15; *Krüger-Nieland*, UFITA 85 (1979), 106.

⁷⁴ BGHZ 17, 266, 278 = GRUR 1955, 492, 496 – Grundig-Reporter.

⁷⁵ *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, S. 31; *Bainbridge*, S. 17: „[A] man should own what he produces ... If what he produces can be taken from him, he is no better off than a slave.“

⁷⁶ *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, S. 57.

⁷⁷ *von Gamm*, Einf. Rn. 24.

⁷⁸ *von Gamm*, Einf. Rn. 24; vgl. auch *Schack*, UrhR, Rn. 106.

⁷⁹ *Kohler*, Autorrecht, S. 75, 137ff., 143ff.; *ders.*, UFITA 123 (1993), 92ff.

⁸⁰ *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 764ff.; *Gareis*, Buschs Archiv 35 (1877), 187ff. m. w. N.

⁸¹ *Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 764.

setzen, da sie den Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Urhebers nur indirekt als eine Folge des Persönlichkeitsrechts zu erfassen vermochte, hat aber maßgeblich zur Anerkennung des Urheberpersönlichkeitsrechts (*droit moral*) beigetragen.⁸²

In Anerkennung dieser persönlichkeitsrechtlichen Wurzeln wird der Geltungsgrund des Urheberrechts nicht in der bloßen Erbringung einer geistigen Leistung gesehen,⁸³ sondern in der eigenpersönlichen Schöpfung des Urhebers.⁸⁴ Auf diese Weise werden die Ansätze der Lehre vom Immaterialgüterrecht und der Persönlichkeitstheorie miteinander verschmolzen. Der geistige Gehalt eines Werkes wird gerade deswegen als Eigentum des Schaffenden betrachtet, weil er allein der schöpferischen Fantasie entstamme.⁸⁵ Dementsprechend ist Gegenstand des Urheberrechts nach § 11 S. 1 UrhG weder wie nach *Kohlers* Lehre das Geistesgut als solches noch wie nach der Persönlichkeitstheorie die Urheberpersönlichkeit selbst, sondern die geistige und persönliche Beziehung des Urhebers zu dem von ihm geschaffenen Werk.⁸⁶ So verstanden, spricht der Begriff des geistigen „Eigentums“ trotz der konstruktiven Unterschiede des Urheberrechts zum Sacheigentum nicht dagegen, damit auch heute noch die personalistische Rechtfertigung des Urheberrechts zum Ausdruck zu bringen.⁸⁷

⁸² Vgl. *Rehbinder*, UrhR, Rn. 29. Bemerkenswert ist dabei, dass die Vertreter der Lehre vom Persönlichkeitsrecht gerade auf ein naturrechtliches Fundament verzichteten, siehe insbesondere *Gareis*, Buschs Archiv 35 (1877), 199: „[D]iese Rechte sind vom positiven Recht (Gesetz und Gewohnheit) der einzelnen Rechtsgebiete und Zeitalter entsprechend dem jeweiligen Kultur- und Bedürfnisleben, insbesondere unter dem Eindrucke bestimmter volkswirtschaftlicher Anschauungen creirt worden“.

⁸³ So aber *Fechner*, S. 130f., der das Leistungsprinzip unabhängig von naturrechtlichen Erwägungen zur Begründung des Urheberrechts heranziehen will. Zur Unterscheidung von geistiger Schöpfung und geistiger Leistung siehe *Rehbinder*, UrhR, Rn. 69.

⁸⁴ *Hubmann*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, S. 14ff.; *Schack*, FS Wadler, 1013; vgl. *dens.*, UrhR, Rn. 7: Geisteswerke seien „verselbständigte Ausstrahlungen der Persönlichkeit ihres Schöpfers“; ferner *Samson*, S. 9, der den Begriff des geistigen Eigentums allerdings gerade deswegen ablehnt: Die geschützten Werke seien „Niederschlag, Ausstrahlung des Geistes, der seelischen Vorgänge und Gefühle und mit einer des Eigentums fähigen Sache nicht vergleichbar.“

⁸⁵ *Hubmann*, *Recht des schöpferischen Geistes*, S. 49; *Bainbridge*, S. 17: „The basic reason for intellectual property law ist hat a man should own what he produces, that is, what he brings into being. ... Intellectual property is, therefore, the most basic form of property because a man uses nothing to produce it other than his mind“; ebenso, aber ohne ausdrückliche Berufung auf das Naturrecht, *Elster*, UFITA 4 (1931), 220, 222f.

⁸⁶ So vor Erlass des UrhG bereits *Roeber*, UFITA 21 (1956), 164; *de Boor*, UFITA 16 (1944), 359, die allerdings beide eine naturrechtliche Fundierung des Urheberschutzes ablehnten.

⁸⁷ *Götting*, GRUR 2006, 358; vgl. auch *Obly*, JZ 2003, 549f.; *Wandtke/Bullinger-Wandtke*, Einleitung Rn. 26; a. A. *Rehbinder*, UrhR, Rn. 97: Die Gleichsetzung mit dem Sacheigentum verdunkele „unnötig die Rechtssituation, indem sie die persönlichkeitsrechtliche Seite dieses Rechtsguts ausblendet“; *Samson*, S. 10: Der Begriff des geistigen Eigentums sei „missverständlich, widerspruchsvoll und daher gefährlich“.

b. Verfassungsrechtliche Begründung

Dabei darf die Anerkennung eines dem Urheberrecht zugrunde liegenden „geistigen Eigentums“ des Urhebers nicht mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der aus dieser Lehre abgeleiteten urheberrechtlichen Grundsätze gleichgesetzt werden.⁸⁸ Manche halten jedoch angesichts des verfassungsrechtlichen Schutzes des geistigen Eigentums eine auf naturrechtliche Erwägungen gestützte Legitimation des Urheberrechts für entbehrlich.⁸⁹ Eine solche Urheberrechtsbegründung in den verfassungsrechtlich gesicherten Grundrechten, die sich auf eine rein positivrechtliche Begründung zurückzieht, bewegt sich jedoch auf einer anderen Legitimationsebene und kann eine naturrechtliche Begründung des Urheberrechts als *moralische* Rechtfertigung nicht ersetzen.⁹⁰ Denn das Naturrecht lebt, wie *Coing* treffend ausführt, „gerade im positiven Recht. Dieses leitet gerade daraus, dass es Sätze der Gerechtigkeit aufgenommen hat, seine innere Autorität ab, die für seine Geltung ebenso notwendig ist wie der Befehl des Gesetzgebers.“⁹¹ Eine rein positivistische Betrachtung verkennt daher die Bedeutung des Gerechtigkeitsgehalts des Urheberrechtsschutzes.⁹²

Auch das BVerfG greift für die Begründung des verfassungsrechtlichen Schutzes der vermögenswerten Rechte des Urhebers als Eigentum i. S. v. Art. 14 GG auf die überpositive Anerkennung eines „geistigen Eigentums“ und damit letztlich auf eine naturrechtliche Argumentation zurück.⁹³ Zwar betont das Gericht, dass es keinen vorgegebenen und absoluten Begriff des Eigentums gebe und die vermögenswerten Rechte des Urhebers der Ausgestaltung durch die Rechtsordnung bedürften.⁹⁴ Wenn das BVerfG aber „das vom Urheber geschaffene Werk und die darin verkörperte geistige Leistung“ und nicht das daran bestehende, vom Gesetzgeber geschaffene Recht als verfassungsrechtlich ge-

⁸⁸ *Badura*, FS Maunz, 6. Zum verfassungsrechtlichen Schutz des Urheberrechts siehe unten S. 42ff.

⁸⁹ So vor allem *Geiger*, Droit d'auteur, Rn. 41; *ders.*, IIC 2006, 386; *Ohly*, JZ 2003, 549; *Pahud*, UFITA 2000, 114; *Rehse*, S. 92; ähnlich bereits *Samson*, S. 8, 10.

⁹⁰ Kritisch auch *Metzger*, GRURInt 2006, 172; *Schack*, FS Wadle, 1005f.

⁹¹ *Coing*, Rechtsphilosophie, S. 205.

⁹² *Ulmer*, § 16 I (S. 105); vgl. auch *Schack*, UrhR, Rn. 27: Die Überzeugungskraft des Urheberrechts lebe „von seinem persönlichkeits- und naturrechtlichen Fundament“.

⁹³ So auch *Hubmann*, ZUM 1988, 8; *Oberndörfer*, S. 118f.; *Schricker-Schricker*, Einleitung Rn. 11 f.; a. A. *Wielsch*, S. 72 mit Fn. 242; *Fechner*, S. 123, der sich angesichts der „nicht einmal andeutungsweise zu findenden Hinweise in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf naturrechtliche Vorgaben hinsichtlich des geistigen Eigentums“ gegen „weitergehende Spekulationen in dieser Richtung“ ausspricht. Nach wohl h.M. ist der verfassungsrechtliche Begriff des Eigentums insgesamt naturrechtlich geprägt, siehe *Hubmann*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, S. 14 m. w. N. Besonders deutlich tritt der naturrechtliche Gehalt des Eigentums zutage in Art. 60 Abs. 1 S. 1 der Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. 5. 1947, VOBl. 1947, 209: „Das Eigentum ist ein Naturrecht und wird vom Staat gewährleistet“.

⁹⁴ BVerfGE 29, 229, 240 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 31, 270, 272 – Schulfunksendungen.

währleitetes Eigentum i. S. d. Art. 14 GG bezeichnet,⁹⁵ spricht dies dafür, dass das Gericht von einem vorgesetzlich geprägten Begriff des geistigen Eigentums ausgeht. Denn aus dem von Art. 14 GG verwendeten Begriff des Eigentums allein lassen sich keine verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Urheberrechts durch den Gesetzgeber ableiten.⁹⁶

Um die dem Gesetzgeber vom Grundgesetz gezogenen Grenzen zu bestimmen, ist daher auch das BVerfG gezwungen, auf vorrechtliche Kriterien zurückzugreifen, die es vor allem im „Wesen der zu schützenden Leistung“⁹⁷ und der „Natur der Urheberleistung“⁹⁸ sieht. Der Gesetzgeber dürfe bei der Ausformung der Privatrechtsnormen daher nicht „in sachfremder Weise“ vorgehen, sondern müsse eine „der Natur des Rechts entsprechende Regelung“ treffen,⁹⁹ insbesondere „eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung sicherstellen“.¹⁰⁰ Im Rahmen dieses Regelungsauftrags habe er dem Urheber die vermögenswerten Ergebnisse seiner schöpferischen Leistung im Wege privatrechtlicher Normierung grundsätzlich zuzuordnen und dessen Freiheit zu gewährleisten, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können.¹⁰¹ Das, was dem Urheber „unter dem Strich“ verbleibe, müsse als „angemessenes Entgelt für seine Leistung“ anzusehen sein.¹⁰² Denn es gehe um das Ergebnis der geistigen und persönlichen Leistung des Urhebers und nicht „um einen unverdienten Vermögenszuwachs“.¹⁰³

Offenbar geht also auch das BVerfG davon aus, dass dem Urheber unabhängig davon, ob und in welchem Umfang der Gesetzgeber das Urheberrecht durch privatrechtliche Normen bereits ausgestaltet hat, ein Anspruch auf Zuordnung der Früchte seiner geistigen Leistung zusteht. Mit der Anerkennung eines solchen „Verdienstes“ des Urhebers legt das BVerfG dem verfassungsrechtlichen

⁹⁵ So BVerfGE 49, 382, 392 – Kirchenmusik; BVerfG (K) GRUR 2001, 43 – Klinische Versuche; anders BVerfGE 79, 1, 25 – Vollzugsanstalten: Die vermögenswerten *Befugnisse* des Urhebers an seinem Werk seien Eigentum im Sinne des Art. 14 GG. Zu ungenau gefasst ist der 1. Leitsatz zu BVerfGE 31, 229 – Kirchen- und Schulgebrauch: „Das Urheberrecht ist als Nutzungsrecht ‚Eigentum‘ im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.“

⁹⁶ *Hubmann*, ZUM 1988, 8.

⁹⁷ BVerfGE 31, 275, 287f. – Schallplatten. So seien die im Urheberrechtsgesetz geregelten Befugnisse „ihrem Wesen nach“ Rechte auf Zeit, da sowohl die geistig-schöpferische Tätigkeit als auch die widerschaffende Leistung darauf angelegt seien, nach einiger Zeit frei zugänglich zu werden.

⁹⁸ BVerfGE 79, 29, 40 – Vollzugsanstalten.

⁹⁹ BVerfGE 31, 275, 286f. – Schallplatten.

¹⁰⁰ BVerfGE 31, 229, 241 – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 49, 382, 392 – Kirchenmusik; BVerfG (K) GRUR 2001, 43 – Klinische Versuche.

¹⁰¹ BVerfGE 31, 229, 240f. – Kirchen- und Schulgebrauch; BVerfGE 49, 382, 392 – Kirchenmusik; BVerfGE 77, 263, 270f. – Zeitschriftenauslage; BVerfGE 79, 29, 40 – Vollzugsanstalten; ebenso zum Patentrecht BVerfG (K) GRUR 2001, 43, 44 – Klinische Versuche.

¹⁰² BVerfGE 79, 29, 42 – Vollzugsanstalten.

¹⁰³ BVerfGE 31, 229, 243 – Kirchen- und Schulgebrauch.

Schutz des Urheberrechts ein überpositives, aus der Natur des geistigen Schaffens fließendes Recht des Urhebers zugrunde, welches als Eigentum i.S.d. Art. 14 GG zu schützen ist. Das geistige Eigentum wird folglich nicht erst durch den Staat gewährt, sondern nur von ihm gewährleistet.

2. Rechtfertigung der Schranken

Aus einer solchen naturrechtlichen Begründung des Urheberrechts folgt jedoch nicht, dass dem Urheber die Herrschaft über sein Werk unbeschränkt zustehen müsste. Der konkrete Inhalt des Urheberrechts ist nicht naturrechtlich vorgegeben.¹⁰⁴ Nach modernem Verständnis stellt das Naturrecht lediglich die Summe der für die Gestaltung der sozialen Ordnung bestehenden Grundsätze dar, die unabhängig von menschlicher Zustimmung und damit unabhängig vom positiven Recht gültig sind.¹⁰⁵ Das Naturrecht in diesem Sinne enthält somit keine der unmittelbaren Anwendung fähigen Rechtsnormen, unter die man nur zu subsumieren brauchte. Vielmehr handelt es sich um Grundsätze der Gerechtigkeit,¹⁰⁶ um rechtsethische Prinzipien, also Leitgedanken richtigen Rechts, die vom Gesetzgeber und den Gerichten in anwendbare Normen und in Entscheidungen umzusetzen sind.¹⁰⁷ Diese Grundsätze werden aus dem sittlichen Gehalt der Idee des Rechts im Hinblick auf bestimmte, wiederkehrende Grundsituationen und Grundsachverhalte des sozialen Lebens abgeleitet.¹⁰⁸ So verstanden, folgt aus der Natur des Menschen und der „Natur der Sache“ (im Sinne gewisser konstanter Faktoren in der menschlichen Umwelt) selbst keine rechtliche Ordnung. Sie bieten lediglich Ordnungselemente, gewisse Grundstrukturen, an die die rechtliche Ordnung anknüpfen kann und muss.¹⁰⁹ Aus dem Naturrecht folgt nur die sittliche Verpflichtung, die positive Rechtsordnung seinen Grundsätzen entsprechend zu gestalten.¹¹⁰ Als eine solche „Gerechtigkeitsidee“

¹⁰⁴ Schack, UrhR, Rn. 83; ders., FS Wadle, 1014.

¹⁰⁵ Steinvoth, DZPhil 52 (2004), 723; Coing, Rechtsphilosophie, S. 206 f.; Larenz, Methodenlehre, S. 487 in Fn. 113; Zippelius, Rechtsphilosophie, § 12 I (S. 67), der den Begriff des Naturrechts in diesem Zusammenhang jedoch ablehnt und den Begriff der Gerechtigkeit verwendet; vgl. bereits Kohler, Autorrecht, S. 38, 81, der von Vernunftgeboten als vom Rechtsgefühl aufgestellten Postulaten an die Rechtsordnung spricht. Auch Coing, Rechtsphilosophie, S. 198 f., äußert Vorbehalte gegenüber dem „außerordentlich missverständlichen“ und „durch die lange Geschichte der Naturrechtsphilosophie in vielfacher Hinsicht vorbelasteten“ Begriff des Naturrechts, hält jedoch an dem Begriff fest, weil er „nun einmal das hier in Frage stehende Problem“ der Bedeutung der ethischen Werte für die Gestaltung des positiven Rechts kennzeichne.

¹⁰⁶ Coing, Rechtsphilosophie, S. 198 f., 207.

¹⁰⁷ Larenz, Methodenlehre, S. 184, 487 in Fn. 113.

¹⁰⁸ Coing, Rechtsphilosophie, S. 201 f., 207; ähnlich Ermecke, in: Urheberrechtsreform, S. 17, 20.

¹⁰⁹ Coing, Rechtsphilosophie, S. 189 f.; Ermecke, in: Urheberrechtsreform, S. 19; Schack, FS Wadle, 1014.

¹¹⁰ Coing, Rechtsphilosophie, S. 206.

ist auch die Lehre vom „geistigen Eigentum“ aufzufassen.¹¹¹ Aus der Anerkennung eines aus der Natur der Sache folgenden geistigen Eigentums des Urhebers an seiner Schöpfung lässt sich daher nur ein rechtsethisches Gebot der Schaffung von rechtlichen Regeln ableiten, die dem Urheber die grundsätzliche Zuordnung der Ergebnisse seines geistigen Schaffens an ihn sichern. Zu seiner Wirksamkeit bedarf das Urheberrecht aber der positivrechtlichen Anerkennung und Ausgestaltung durch den Gesetzgeber.¹¹²

a. Die Sozialbindung subjektiver Rechte im Allgemeinen

Die Annahme eines natürlichen Rechts auf geistiges Eigentum impliziert daher nicht, dass das Recht unter allen Umständen durchgesetzt werden darf.¹¹³ Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Rechtsordnung die Funktion zukommt, das Zusammenleben der Gesellschaftsmitglieder zu regeln.¹¹⁴ Daher sind bei der positivrechtlichen Ausgestaltung des Urheberrechts nicht nur die Interessen des Urhebers zu berücksichtigen, diese müssen auch mit denen der übrigen Gesellschaftsmitglieder in Ausgleich gebracht werden.¹¹⁵ Denn der geistig Schaffende ist „mit seiner Arbeit eingebettet in das Leben der Gemeinschaft, in das Geistesleben der Nation“, und muss sich deshalb gewisse Beschränkungen seines geistigen Eigentums gefallen lassen.¹¹⁶ Das geistige Eigentum soll dem Urheber die Freiheit sichern, über sein Werk verfügen und dessen Nutzung kontrollieren zu können. Bei jeder rechtlichen Freiheitsregelung stellt sich aber die Aufgabe, die Freiheit des einen gegen die Freiheit der anderen abzugrenzen.¹¹⁷ Wie andere subjektive Rechte¹¹⁸ unterliegt daher auch das subjektive Recht des Urhebers einer sozialen Bindung und ist durch die Rechte anderer beschränkt.¹¹⁹ Diese Beschränkungen des Urheberrechts sind keine Besonderheit des Urheber-

¹¹¹ Vgl. *Krüger-Nieland*, UFITA 85 (1979), 106; *dies.*, FS Oppenhoff, 174, 190; ferner *Hubmann*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, S. 12f., wonach der Begriff des geistigen Eigentums „nur mehr als zusammenfassender Rechtsbegriff mit vorwiegend rechtspolitischem Charakter im Verfassungsrecht und auch im Privatrecht“ fortbestehe.

¹¹² *von Gamm*, § 45 Rn. 2; *Kohler*, Autorrecht, S. 19, 38, 81; *Schack*, UrhR, Rn 83; *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, S. 74; ebenso wohl BGHZ 17, 266, 278 = GRUR 1955, 492, 496 – Grundig-Reporter; *Fromm/Nordemann-A. Nordemann*, § 1 UrhG Rn. 4, wo das Verhältnis des natürlichen Rechts am geistigen Eigentum und dessen Anerkennung und Ausgestaltung durch den Gesetzgeber jedoch nicht ganz deutlich wird.

¹¹³ *Steinvorth*, DZPhil 52 (2004), 723; *Ermecke*, in: *Urheberrechtsreform*, S. 21.

¹¹⁴ Vgl. *de Boor*, UFITA 16 (1944), 361.

¹¹⁵ *Pahud*, UFITA 2000, 117; *von Gierke*, Privatrecht I, S. 767.

¹¹⁶ *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, S. 56; *Elster*, UFITA 4 (1931), 254, stellt auf die „soziale Tendenz des menschlichen Schaffens“ ab; vgl. auch *Schricker-Melichar*, vor §§ 44ff. Rn. 1.

¹¹⁷ *Zippelius*, Rechtsphilosophie, § 35 II 1 (S. 179).

¹¹⁸ Allgemein zur Sozialbindung subjektiver Rechte *Larenz/Wolf*, § 16 Rn. 1; *Schack*, AT, Rn. 45.

¹¹⁹ Allg.M., siehe nur *von Gamm*, Einf. Rn. 25; *Fromm/Nordemann-A. Nordemann*, § 1 UrhG Rn. 4; *Schack*, UrhR, Rn. 83; *Ulmer*, § 1 IV (S. 6); *Stephanblome*, S. 55f.

berrechts, sondern entsprechen der sozialen Aufgabe der Rechtsordnung und stellen einen immanenten Bestandteil des subjektiven Rechts dar.¹²⁰ Für Eigentumsrechte ist diese Sozialbindung durch Art. 14 Abs. 2 GG sogar verfassungsrechtlich verbürgt.¹²¹

b. Die besondere Sozialbindung des Urheberrechts

Der Begriff des „sozial gebundenen“ Urheberrechts geht auf einen Aufsatz von *Kopsch* aus dem Jahr 1928 zurück.¹²² Später wurde das Urheberrecht auch vom Reichsgericht als „sozial gebundene Befugnis“ bezeichnet, ohne dass daraus allerdings konkrete Folgerungen gezogen wurden.¹²³ Bereits *Kobler* hatte jedoch erkannt, dass alle Privatrechte eine Seite haben, „wo sie die Allgemeinheit berühren; und so insbesondere die Immaterialrechte“.¹²⁴ Die Rechtsordnung dürfe angesichts dieser „eminent sozialen Natur“ der Immaterialgüter nicht jede Benutzung des jeweils geschützten Immaterialguts dem Berechtigten vorbehalten, sondern müsse das Ausschließlichkeitsrecht auf bestimmte Benutzungen beschränken.¹²⁵

(1) Begründungsansätze

In der Diskussion um die sachgerechte Ausgestaltung der sozialen Bindung im Rahmen der Urheberrechtsreform wurden zur Rechtfertigung von inhaltlichen Beschränkungen des Urheberrechts zwei Aspekte besonders hervorgehoben, die den spezifischen sozialen Bezug des Urheberrechts ausmachen. Zum einen sei das Urheberrecht sozialbezogen „aus den Bedingungen seiner Existenz“.¹²⁶ Der Urheber schaffe sein Werk nicht als von der Gesellschaft losgelöstes Subjekt. Er greife vielmehr bewusst oder unbewusst auf die von früheren Generationen geschaffenen Werte der menschlichen Kultur zurück. In dieses „unbegrenzte Reservoir des Geistes“ gingen auch die von ihm geschaffenen Werke

¹²⁰ *Ulmer*, § 1 IV (S. 6) und § 16 IV 3 (S. 109); *Knap*, GRURInt 1983, 348.

¹²¹ Zur verfassungsrechtlichen Absicherung der Sozialbindung des Urheberrechts siehe unten S. 42 ff.

¹²² *Kopsch*, ArchFunkR 1928, 201, der mit der sozialen Bindung eine weit reichende Kollektivierung des Urheberschutzes begründen wollte.

¹²³ RGZ 140, 264, 270; RGZ 144, 106, 112 f.; RGZ 153, 1, 22 (unter Zurückweisung eines auf nationalsozialistische Grundsätze gestützten Enteignungsversuchs durch die staatliche Rundfunkgesellschaft).

¹²⁴ *Kobler*, Autorrecht, S. 243.

¹²⁵ *Kobler*, Buschs Archiv 47 (1887), 177; *ders.*, Autorrecht, S. 40 f.: „Wenn nun aber das im Einzelrecht stehende Autorgut mit dem Momente, wo es seine reguläre Benützung findet, auch Wirkungen außerhalb der Sphäre des Einzellebens ausübt, wenn es über das Genussgebiet des Einzelnen hinaus gewisse Einflüsse in alle Gesellschaftsschichten trägt, so beruht dies auf der eminent sozialen Natur des Autorgutes, welches ... sofort gewisse Reflexwirkungen in die ganze Kulturwelt sendet.“

¹²⁶ *Roeber*, UFITA 21 (1956), 166.

ein.¹²⁷ Ohne solch ein Aufbauen auf früheren Leistungen anderer Urheber sei kulturelles Schaffen nicht denkbar. Die Auseinandersetzung mit fremden Werken und die Aufnahme von Anregungen gehörten daher zum Wesen geistgeschöpferischer Tätigkeit.¹²⁸ Infolgedessen sei es sachgerecht, dass auch das Recht des Urhebers, der seinerseits auf fremden Schöpfungen aufgebaut hat, zugunsten anderer Werkschaffender begrenzt werde. Damit werden namentlich die Zulässigkeit der Schaffung neuer Werke im Rahmen freier Benutzung und die Zitierfreiheit als „zum rechten Funktionieren des Urheberrechts unerlässliche Begrenzungen“ gerechtfertigt.¹²⁹

Zum anderen wurden die Beschränkungen des Urheberrechts zugunsten der Allgemeinheit mit der Erwägung begründet, dass es die Bestimmung der Geisteswerke sei, nach außen zu wirken und in das Geistesgut der Nation einzugehen.¹³⁰ Das Urheberrecht habe nicht den Sinn, dass der Urheber das Werk für sich behalte.¹³¹ Der Künstler schaffe sein Werk vielmehr für die soziale Gemeinschaft, nicht gegen sie.¹³² Er wolle, dass die Gemeinschaft sein Werk in seinen verschiedenen Erscheinungsformen aufnimmt, dass sein Werk veröffentlicht, gelesen, gehört, gesehen, aufgeführt und diskutiert wird.¹³³ Dieses geistige Geben und Nehmen mache das Kulturleben aus. Daher seien auch die Interessen der Empfänger zu berücksichtigen und gegen die der Urheber abzuwägen.¹³⁴

Auch der deutsche Gesetzgeber hat den Schranken des Urheberrechts im sechsten Abschnitt des 1. Teils des UrhG die Lehre von der sozialen Bindung des Urheberrechts zugrunde gelegt. In den Begründungen zum UrhG von 1965 und zur Urheberrechtsnovelle von 1985 wurde zur Rechtfertigung der Abgrenzung des Urheberrechts von den Interessen der Allgemeinheit ausdrücklich auf die soziale Natur des Urheberrechts abgestellt.¹³⁵ Dabei hat der Gesetzgeber

¹²⁷ *Roeber*, UFITA 21 (1956), 166.

¹²⁸ *Schricker-Loewenheim*, § 24 Rn. 2; *Elster*, UFITA 4 (1931), 245; *Lehmann*, in: *Urheberrechtsreform*, S. 10; *Gounalakis*, S. 16; vgl. bereits *von Gierke*, *Privatrecht I*, S. 767: Es sei die Bestimmung geistiger Schöpfungen, neuen geistigen Schöpfungen als Mittel zu dienen.

¹²⁹ *Elster*, UFITA 4 (1931), 245; *de Boor*, UFITA 21 (1956), 136; *Schricker-Loewenheim*, § 24 Rn. 2; *Schricker-Schricker*, § 51 Rn. 6. Auch *Kobler*, *Autorrecht*, S. 244, leitet aus der sozialen Natur der Immaterialgüter das Zitatrecht als „das Recht, kleinere Stücke Anderer in ein größeres eigenes Ganze aufzunehmen“, ab. Daraus ergebe sich zugleich „die wahre Gränze dieser Lizenz“, nämlich dass das Hauptgewicht des Werkes in der eigenen Arbeit ruhen müsse.

¹³⁰ *Kopsch*, *ArchFunkR* 1928, 201; *Roeber*, UFITA 21 (1956), 166; *de Boor*, UFITA 16 (1944), 360f.; *ders.*, UFITA 21 (1956), 131; vgl. auch *BVerfGE* 79, 29, 42 – Vollzugsanstalten, wonach ein geschütztes Musikwerk mit der Veröffentlichung „bestimmungsgemäß in den gesellschaftlichen Raum“ trete.

¹³¹ *de Boor*, UFITA 16 (1944), 360; *Kirchhof*, *FS Zeidler*, 1653.

¹³² *Kopsch*, *ArchFunkR* 1928, 201; *Kobler*, *Buschs Archiv* 47 (1887), 178: Es gelte der Grundsatz „Die Kunst ist für die Menschheit“.

¹³³ *de Boor*, UFITA 16 (1944), 361.

¹³⁴ *de Boor*, UFITA 16 (1944), 360f.

¹³⁵ *BT-Drucks.* IV/270, S. 62; *BT-Drucks.* 10/837, S. 9.

beide Aspekte des spezifischen sozialen Bezugs des geistigen Schaffens aufgegriffen, die zuvor in der Literatur herausgearbeitet worden waren. Die Berechtigung bestimmter Einschränkungen des Rechts des Urhebers ergebe sich zum einen aus der Tatsache, dass der Urheber seine schöpferische Tätigkeit nicht losgelöst von seiner Umwelt, sondern eingebunden in seinen Kulturkreis und auf der Grundlage des Kulturschaffens vorangegangener Generationen entfalte.¹³⁶ Der Urheber müsse den freien Zugang zu seinen Werken daher insbesondere dort gewähren, wo dies unmittelbar der Förderung der geistigen und kulturellen Werte diene, die ihrerseits Grundlage für sein Werkschaffen sind. Hingegen dürfe das Urheberrecht keinen Einschränkungen unterliegen, die lediglich den wirtschaftlichen Interessen einzelner Werknutzer dienen.¹³⁷

Auf der anderen Seite sei der Urheber auf die Annahme und Aufnahme seines Werkes durch seine Zeitgenossen angewiesen.¹³⁸ Das durch das Urheberrecht geschützte Geisteswerk sei „seinem Wesen nach Mitteilungsgut“, welches jedenfalls vom Zeitpunkt der Veröffentlichung an in seinem Gedanken- und Gehaltsinhalt möglichst vielen Menschen zugänglich gemacht werden solle.¹³⁹ Das Urheberrecht sei daher, anders als das Sacheigentum, letztlich nicht dazu bestimmt, andere von der Benutzung des Werkes auszuschließen. Vielmehr solle es in erster Linie dem Urheber die rechtliche Grundlage dafür geben, Art und Umfang der Benutzung des Werkes zu überwachen und aus dessen Verwertung Einnahmen zu erzielen.¹⁴⁰ Aufgabe des Urheberrechts sei es daher auch, das Interesse des Urhebers an der Nutzung seines Werkes und das Interesse der Allgemeinheit am ungehinderten Zugang zu Kulturgütern angemessen auszugleichen.¹⁴¹

(2) Kritik an der Lehre von der besonderen Sozialbindung

Demgegenüber haben einige Vertreter der Lehre vom geistigen Eigentum versucht, aus der eigentumsrechtlichen Konstruktion des Urheberrechts einen Anspruch des Urhebers auf die weitgehende Unbeschränktheit seines Herrschaftsrechts abzuleiten. Das Naturrecht auf geistiges Eigentum sei zwar kein absolutes Recht, aber jedenfalls nicht relativer als das materielle Eigentum.¹⁴² Durch die in der Gesetzesbegründung vertretene Auffassung, das Urheberrecht sei dem Sacheigentum nicht gleichzusetzen, weil es im Gegensatz zu diesem seinem Wesen nach Mitteilungsgut sei, werde die Lehre vom geistigen Eigentum

¹³⁶ BT-Drucks. 10/837, S. 9.

¹³⁷ BT-Drucks. IV/270, S. 63.

¹³⁸ BT-Drucks. 10/837, S. 9.

¹³⁹ BT-Drucks. IV/270, S. 63.

¹⁴⁰ BT-Drucks. IV/270, S. 28 und 63.

¹⁴¹ BT-Drucks. 10/837, S. 9.

¹⁴² *Ermecke*, in: *Urheberrechtsreform*, S. 21.

„gewissermaßen durch die Hintertür“ wieder aufgehoben.¹⁴³ Aus den Reihen der Musikurheber kam gar die Forderung, mit dem „Märchen von der besonderen Sozialgebundenheit des Urheberrechts“ aufzuräumen.¹⁴⁴ Insbesondere in der zeitlichen Begrenzung des Urheberrechts sah man dabei eine nicht gerechtfertigte Schlechterstellung des Urhebers gegenüber dem Sacheigentümer.¹⁴⁵ Aber auch die Rechtfertigung zahlreicher inhaltlicher Beschränkungen des Urheberrechts wurde bestritten.¹⁴⁶

(3) Die heutige Lehre von der Sozialbindung des geistigen Eigentums

Die heutige Lehre vom geistigen Eigentum ist jedoch nicht so zu verstehen, dass es keine wesentlichen Unterschiede zwischen Urheberrecht und Sacheigentum gäbe. Die Sozialbindung subjektiver Rechte ist je nach Eigenart des vom jeweiligen subjektiven Recht betroffenen Rechtsobjekts und dessen gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Bedeutung unterschiedlich auszugestalten.¹⁴⁷ Dementsprechend geht es bei der Sozialbindung des Urheberrechts um Schranken, die durch die Erfordernisse des geistigen und kulturellen Lebens bedingt sind.¹⁴⁸ Dies bedeutet nicht, dass das Urheberrecht einer stärkeren Sozialbindung unterliegt als das Sacheigentum.¹⁴⁹ Jedoch bestehen zwischen dem Sacheigentum und dem Urheberrecht insbesondere im Hinblick auf den jeweils geschützten Gegenstand grundsätzliche Unterschiede, die eine Gleichstellung des „geistigen Eigentums“ mit dem Sacheigentum und die daraus gezogene Folgerung, dass inhaltliche Beschränkungen mit der Rechtsnatur des Urheberrechts nicht vereinbar seien, nicht rechtfertigen können.¹⁵⁰ Es besteht für das Urheberrecht eben eine „besondere“, nämlich eine der Natur des Rechts an geistigen Schöpfungen und der spezifischen Interessenlage der Beteiligten entsprechende Sozialbindung.¹⁵¹ Wenn man ein natürliches Recht auf geistiges Eigentum anerkennt,

¹⁴³ Fromm/Nordemann-W. *Nordemann*, 9. Aufl., vor § 45 Rn. 5.

¹⁴⁴ *Richartz*, in: Urheberrechtsreform, S. 49.

¹⁴⁵ *Lehmann*, in: Urheberrechtsreform, S. 12; *Ermecke*, in: Urheberrechtsreform, S. 30.

¹⁴⁶ *Richartz*, in: Urheberrechtsreform, S. 54 ff.; *Ermecke*, in: Urheberrechtsreform, S. 28; *Hubmann*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, S. 32 mit Fn. 84, der offenbar selbst die freie Benutzung und die Zitierfreiheit für nicht gerechtfertigt hielt. Anders insoweit Fromm/Nordemann-W. *Nordemann*, 9. Aufl., vor § 45 Rn. 5, der nur die Begründung des Gesetzgebers angreift, die in §§ 45 ff. UrhG getroffene Schrankenziehung im Ergebnis aber für angemessen hält.

¹⁴⁷ *Zippelius*, *Rechtsphilosophie*, § 35 II 1 (S. 179); vgl. BVerfGE 50, 290, 340 f.; BVerfGE 58, 137, 148; BVerfGE 100, 226, 241; BVerfGE 102, 1, 17; *Gounalakis*, S. 16.

¹⁴⁸ *Ulmer*, § 1 IV (S. 6); *de Boor*, UFITA 16 (1944), 361.

¹⁴⁹ So aber *Roelleke*, UFITA 85 (1979), 155; *Schack*, FS Wadde, 1018; BVerfGE 79, 29, 43, wo von einem „gesteigerten Gemeinwohlbezug“ des Urheberrechts die Rede ist.

¹⁵⁰ Amtl. Begr., BT-Drucks. IV/270, S. 63. Dies betont insbesondere *Samson*, S. 9 und 55.

¹⁵¹ *Ulmer*, § 16 IV 3 (S. 109); *Rebbinder*, UrhR, Rn. 103; *Pabud*, UFITA 2000, 117; *Rehse*, S. 121; vgl. *Knap*, GRURInt 1983, 348: Auf dem Gebiet der Immaterialgüterrechte komme

lassen sich die Schranken des Urheberrechts daher ebenso auf die „Natur der Sache“ gründen wie das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers selbst.¹⁵²

Zu kurz greift es aber, zur Rechtfertigung von Beschränkungen des Urheberrechts nur „Interessen der Allgemeinheit“ im Sinne solcher Gemeinwohlbelange heranzuziehen, die im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegen.¹⁵³ Die Sozialbindung des Urheberrechts kann nicht auf einen bipolaren Ausgleich von Interessen des Urhebers und Interessen des Allgemeinwohls reduziert werden.¹⁵⁴ Da es bei der Sozialbindung um die Abgrenzung der Freiheitsbereiche der einzelnen Gesellschaftsmitglieder geht, findet das subjektive Recht seine Grenzen immer auch an den berechtigten Interessen Einzelner.¹⁵⁵ An dem Interessenkonflikt, den die Schranken des Urheberrechts ausgleichen sollen, sind dementsprechend neben Urheber- und Allgemeininteressen auch die Interessen der Werkverwerter und der einzelnen Nutzer beteiligt.¹⁵⁶

Daher ist auch *von Gamm* nicht zuzustimmen, wenn er meint, dass §§ 57 und 60 UrhG nicht auf die soziale Bindung des Urheberrechts, sondern darauf zurückgingen, dass in den dort geregelten Fällen weder die ideellen noch die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers ernsthaft berührt würden, während die privilegierte Werknutzung für den hierzu Berechtigten von erheblicher Bedeutung sei.¹⁵⁷ Gerade diese Interessenabwägung zwischen dem Nutzungsinteresse und dem Interesse des Urhebers am Schutz seines Werkes ist Ausdruck der sozialen Bindung des Urheberrechts. Auch die Tatsache, dass eine Schranke „letztlich den eigenen Interessen des betroffenen Urhebers“ dient, spricht nicht gegen deren Verankerung im Prinzip der Sozialbindung.¹⁵⁸ Nach der Gesetzesbegründung ist das Urheberrecht gerade auch insofern sozial gebunden, als eine weite Verbreitung des Werkes grundsätzlich dem Wesen geistigen Schaffens und damit dem Interesse des Urhebers entspricht. Die Schranken des Urheberrechts beruhen daher nicht immer auf der Gegensätzlichkeit von Urheber- und Gemeinwohlinteressen.

aufgrund der immateriellen Natur ihrer Objekte die Sozialbindung subjektiver Rechte „besonders deutlich zum Vorschein“.

¹⁵² Vgl. *Elster*, UFITA 4 (1931), 219: Die Beschränkungen zugunsten der Allgemeinheit gehörten „organisch zu dem Rechtsgebilde“.

¹⁵³ So offenbar *Poeppel*, S. 131.

¹⁵⁴ So auch *Hubmann*, Recht des schöpferischen Geistes, S. 58.

¹⁵⁵ *Hubmann*, ZUM 1988, 10.

¹⁵⁶ Vgl. *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44 ff. Rn. 1.

¹⁵⁷ *von Gamm*, § 45 Rn. 2.

¹⁵⁸ So aber *von Gamm*, § 45 Rn. 2, für die in §§ 55, 56 und 58 UrhG geregelten Schranken. Dass – wie er meint – diese Schranken dazu dienen, andere vom betroffenen Urheber herrührende Nutzungsrechte ordnungsgemäß und zweckentsprechend nutzen zu können, und sich damit sachlich dem Charakter unabdingbarer Regeln über den Umfang der Rechtsübertragung annäherten, trifft ohnehin allenfalls auf § 55 UrhG zu. Die Schranken der §§ 56 und 58 UrhG setzen dagegen keine vom Urheber eingeräumte Nutzungsberechtigung des jeweils privilegierten Nutzers voraus.

Die Anwendung einer Schranke kann im Einzelfall den Urheber sogar günstiger stellen als die Geltung des Ausschließlichkeitsrechts.¹⁵⁹ So liegt der Schranke zugunsten privater Vervielfältigungen in § 53 Abs. 1 UrhG die Erwägung zugrunde, dass ein entsprechendes Verbot in der Praxis nicht durchgesetzt werden könnte und daher die Freistellung der privaten Vervielfältigung in Kombination mit einem gesetzlichen Vergütungsanspruch den wirtschaftlichen Interessen der Urheber besser gerecht wird.¹⁶⁰ Primär profitiert von einer solchen Regelung jedoch der Endnutzer, der urheberrechtlich geschützte Werke zum privaten Gebrauch vervielfältigen darf.¹⁶¹

3. Ergebnis

Auch bei Anerkennung eines natürlichen Rechts des Urhebers auf ein geistiges Eigentum an seinen Schöpfungen sind inhaltliche Beschränkungen des Urheberrechts insoweit gerechtfertigt, als sie Ausdruck des spezifischen sozialen Bezugs des eigenpersönlichen Schaffens sind. Dieser kommt einerseits darin zum Ausdruck, dass ein Urheber immer auch aus dem Bestand der schöpferischen Leistungen seiner Vorgänger schöpft und andererseits auf die Rezeption seines Werkes durch seine Zeitgenossen angewiesen ist, das Urheberrecht also letztlich nicht dazu bestimmt ist, andere von der Benutzung des Werkes auszuschließen. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, unter Berücksichtigung dieses sozialen Bezuges die beteiligten Interessen gegeneinander abzuwägen und das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers gegenüber den berechtigten Interessen der Allgemeinheit am ungehinderten Zugang zu Kulturgütern abzugrenzen.

II. Utilitaristische Begründungen

Bei utilitaristischen Ansätzen zur Begründung des Urheberrechts steht anders als bei den naturrechtlichen nicht die Person des Urhebers im Vordergrund, sondern das Allgemeininteresse an geistigem, kulturellem und kulturwirtschaftlichem Fortschritt und an der Verbreitung von Kulturgütern.

1. Rechtfertigung des Urheberrechts

Die utilitaristische Begründung des Urheberrechts geht zurück auf die von *Jeremy Bentham* begründete ethische Theorie des Utilitarismus. Sie beruht auf

¹⁵⁹ Vgl. BGHZ 151, 300, 311 = GRUR 2002, 963, 966 – Elektronischer Pressespiegel; Schack, FS Schrickler, 514; Schrickler-Melichar, vor §§ 44ff. Rn. 15b.

¹⁶⁰ Vgl. die Amtl. Begr. zu § 54 RegE, BT-Drucks. IV/270, 71.

¹⁶¹ Vgl. BVerfGE 31, 255, 265. Dabei hat das BVerfG für zulässig gehalten, dass sich der Vergütungsanspruch nicht gegen den Nutzer, sondern gegen die Hersteller entsprechender Vervielfältigungsgeräte richtet, da die Gerätehersteller in den Ausgleich des mehrseitigen Interessenkonfliktes einzubeziehen seien.

dem Gedanken, dass menschliches Verhalten durch das Streben danach geprägt ist, Lust (pleasure) zu gewinnen und Unlust (pain) zu vermeiden.¹⁶² Als ethisch wertvoll sind danach Handlungen anzusehen, die in vernünftiger Weise und im größten Maß Lust fördern, wobei die Auswirkungen auf die einzelnen Individuen aggregiert werden, um den Gesamtnutzen (utility) einer Handlung zu bestimmen.¹⁶³ Nach dem von *Bentham* auf dieser Grundlage entwickelten ethischen Grundprinzip ist es Aufgabe der Rechtsordnung, das menschliche Verhalten so zu steuern, dass der gesamtgesellschaftliche Nutzen maximiert wird.¹⁶⁴

Während der naturrechtliche Ansatz das Herrschaftsrecht des Urhebers mit einem Recht auf geistiges Eigentum rechtfertigt, ist das Urheberrecht nach dem utilitaristischen Ansatz nur durch den Nutzen zu rechtfertigen, den ein solches Recht der Gesellschaft bringt. Die utilitaristische Begründung des Urheberrechts beruht auf der Überlegung, dass schöpferische geistige Tätigkeit notwendiger Bestandteil einer demokratischen Gesellschaft ist und daher ein gesamtgesellschaftliches Interesse daran besteht, kreatives Schaffen zu fördern und sich die Früchte dieser Tätigkeit zu sichern.¹⁶⁵ Die Rechtfertigung des Urheberrechts besteht dementsprechend in der Förderung von Kreativität und Innovation im öffentlichen Interesse.¹⁶⁶ Der rechtliche Schutz des Urhebers durch Gewährung ausschließlicher Herrschaftsrechte ist kein Zweck in und für sich selbst, sondern lediglich Mittel zum Zweck der Erreichung dieses politischen Ziels.¹⁶⁷ Dass ohne Immaterialgüterrechte Ideenproduktion und technische Innovation stagnieren würden, wäre zwar „bedauerlich, aber es wäre nicht ungerecht“, da niemand in seinem Recht verletzt, sondern lediglich das Gemeinwohl nicht gefördert würde.¹⁶⁸

Durch eine solche konsequentialistische Sichtweise ist neben dem japanischen Urheberrecht¹⁶⁹ vor allem das US-amerikanische Copyright-System geprägt.¹⁷⁰ Deutlich zum Ausdruck kommt dieser utilitaristische Ansatz in Art. I § 8 cl. 8

¹⁶² *Bentham*, Kap. I 1 (S. 11).

¹⁶³ *Bentham*, Kap. I 6 (S. 12f.): „An action ... may be said to be conformable to the principle of utility ..., when the tendency which it has to augment the happiness of the community is greater than any it has to diminish it.“

¹⁶⁴ *Bentham*, Kap. XVII 20: „[T]he art of legislation ... teaches how a multitude of men, composing a community, may be disposed to pursue that course which upon the whole is the most conducive to the happiness of the whole community, by means of motives to be applied by the legislator“; dazu *Eidenmüller*, S. 27f.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 481 f.

¹⁶⁵ *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1109 (1990).

¹⁶⁶ *Steinvorth*, DZPhil 52 (2004), 731.

¹⁶⁷ *Dietz*, GRURInt 2006, 1.

¹⁶⁸ *Steinvorth*, DZPhil 52 (2004), 731.

¹⁶⁹ Art. 1 des jap. URG vom 6. 5. 1970 lautet: „Zweck dieses Gesetzes ist es, durch Bestimmungen der Rechte der Urheber an ihren Werken ... den Schutz der Rechte der Urheber usw. mit Rücksicht auf eine gerechte Verwertung dieser Kulturgüter sicherzustellen und so zur Entwicklung der Kultur beizutragen“ (zitiert nach *Möhring/Schulze/Ulmer/Zweigert*, Abschnitt Japan/II, übersetzt von *Naoji Kimura*).

¹⁷⁰ Vgl. allgemein *Schricker-Schricker*, Einleitung Rn. 13; *Schack*, UrhR, Rn. 25.

der US-Verfassung. Danach wird dem U.S. Kongress die Kompetenz zur Gewährung von zeitlich begrenzten Ausschließlichkeitsrechten an Autoren und Erfinder ausdrücklich eingeräumt, um den wissenschaftlichen Fortschritt und die nützlichen Künste zu fördern.¹⁷¹ Die Grundlage der Copyright-Gesetzgebung wird also nicht in einem natürlichen Recht des Urhebers an seiner Schöpfung gesehen, sondern in der pragmatischen Erwägung, dass dem Gemeinwohl durch die Gewährung eines befristeten Ausschließlichkeitsrechts am besten gedient wird.¹⁷² Das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers stellt kein vorbestehendes Naturrecht dar, welches durch den Gesetzgeber lediglich sanktioniert wird. Es wird vielmehr erst durch den Gesetzgeber kraft seiner verfassungsrechtlichen Kompetenz geschaffen.¹⁷³

Primärer Zweck des Urheberrechts ist nicht die Belohnung des Urhebers für seine Leistung.¹⁷⁴ Die Belohnung des Urhebers mit einem Ausschließlichkeitsrecht stellt aus utilitaristischer Sicht lediglich ein im Interesse des Gemeinwohls notwendiges Übel („necessary evil“) dar.¹⁷⁵ Dem Urheber wird ein ausschließliches Schutzrecht vielmehr allein wegen des Nutzens seiner Arbeit für die Gesellschaft gewährt.¹⁷⁶ Durch die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts und die Möglichkeit, daraus Einnahmen zu erzielen, soll der Urheber einen Anreiz erhalten, neue Werke zu produzieren und zu verbreiten und dadurch das Gemeinwohl zu steigern.¹⁷⁷ Wenn der Urheber eine Belohnung für seine schöpfe-

¹⁷¹ Art. I § 8 cl. 8 der US-Verfassung lautet: „The Congress shall have Power ... To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries“.

¹⁷² Siehe die Ausführungen des Rechtsausschusses des Repräsentantenhauses zur Änderung des Copyright Act im Jahre 1909, H.R. Rep. No. 2222, 60th Cong., 2d Sess. (1909), S. 7: „The enactment of copyright legislation by Congress under the terms of the Constitution is not based upon any natural right that the author has in his writings, ... but upon the ground that the welfare of the public will be served and progress of science and useful arts will be promoted by securing to authors for limited periods the exclusive rights to their writings“.

¹⁷³ *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 661 (1834): „That congress, in passing the act of 1790, did not legislate in reference to existing rights, appears clear... Congress, then, by this act, instead of sanctioning an existing right, as contended for, created it. This seems to be the clear import of the law, connected with the circumstances under which it was enacted.“

¹⁷⁴ *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Company, Inc.*, 499 U.S. 340, 349 (1991); *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 158 (1948); *Gordon*, 82 Col. L. Rev 1602 (1982).

¹⁷⁵ Förster, S. 119, 147.

¹⁷⁶ *Fox Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127 (1932): „The sole interest of the United States and the primary object in conferring the monopoly lie in the general benefits derived by the public from the labors of authors“; *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 477 (1984, dissenting opinion *Blackmun*).

¹⁷⁷ Grundlegend *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954): „The economic philosophy behind the clause empowering Congress to grant patents and copyrights is the conviction that encouragement of individual effort by personal gain is the best way to advance public welfare through the talents of authors and inventors in ‚Science and useful Arts.‘ Sacrificial days devoted to such creative activities deserve rewards commensurate with the services rendered“; *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 u. 450 (1984); *Harper & Row*

rische Leistung erhält, geschieht dies daher nicht um seiner Person willen, sondern nur als Mittel zum Zweck, die ausreichende öffentliche Verfügbarkeit kultureller Güter zu gewährleisten.¹⁷⁸

2. Rechtfertigung der Schranken am Beispiel des Fair use im US-amerikanischen Recht

Eine solche utilitaristische, am Gemeinwohl orientierte Begründung des Urheberrechts enthält zugleich die Rechtfertigung für dessen Beschränkung. Denn die Gewährung eines ausschließlichen Rechts des Urhebers zur Nutzung des Werkes ist vom Standpunkt des Utilitarismus nur insoweit gerechtfertigt, als der Anreiz zum kreativen Schaffen und der daraus resultierende Nutzen für die Allgemeinheit die mit einem Monopolrecht des Urhebers verbundenen Nachteile für das Gemeinwohl überwiegen.¹⁷⁹ Das Ausschließlichkeitsrecht schafft nicht nur einen Anreiz, neue Werke zu schaffen, sondern ermöglicht dem Rechtsinhaber auch, andere von der Nutzung des Werkes auszuschließen und so den Zugang der Allgemeinheit zu Informationen zu beschränken. Ein zu weit reichendes Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers würde den utilitaristischen Schutzzweck des Urheberrechts deshalb eher behindern als fördern.¹⁸⁰ Aufgabe des Urheberrechts ist es daher, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem notwendigen Anreiz zur Schaffung neuer Werke und dem öffentlichen Interesse am Zugang der Allgemeinheit zu bestehenden Werken und an deren Nutzung herzustellen.¹⁸¹ Insbesondere die Fair-use-Doktrin soll verhindern, dass durch eine zu weit reichende Ausgestaltung des Urheberrechts die

Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 558 (1985); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1393 (6th Cir. 1996, dissenting opinion *Martin*); *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1107f. (1990).

¹⁷⁸ Vgl. *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975): „Creative work is to be encouraged and rewarded, but private motivation must ultimately serve the cause of promoting broad public availability of literature, music and the other arts. The immediate effect of our copyright law is to secure a fair return for an ‚author’s‘ creative labor. But the ultimate aim is, by this incentive, to stimulate artistic creativity for the general public good“; *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1395 (6th Cir. 1996, dissenting opinion *Merritt*): „The essence of copyright is the promotion of learning – not the enrichment of publishers“; *Davies*, Copyright and the Public Interest, Rn. 5–041.

¹⁷⁹ H.R. Rep. No. 2222, 60th Cong., 2d Sess., S. 7 (1909); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1409 (6th Cir. 1996, dissenting opinion *Ryan*): „The guiding principle of the Copyright Act is that the financial earnings of original works be channelled exclusively to the creators of the works insofar – and *only* insofar – as they are necessary to motivate the creation of original works and do not excessively impede the advancement of science and the arts through the public dissemination of knowledge, research, scholarship, news-reporting, teaching, criticism, and the like“ (Hervorhebung im Original).

¹⁸⁰ *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1109 (1990).

¹⁸¹ Vgl. *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975); *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984); *Dowell*, 86 Cal. L. Rev. 851f. (1998); *Guibault*, Copyright Limitations, S. 83.

Durchsetzung rein privater Interessen ohne Rücksicht auf das Allgemeinwohl ermöglicht und dadurch der Zweck des Urheberrechts, kreatives Schaffen und die Verbreitung von Informationen zu fördern, konterkariert wird.¹⁸² Das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers soll dadurch in einem Umfang begrenzt werden, dass ausreichende Anreize zum Schaffen neuer Werke gesetzt, zugleich aber Beschränkungen des Zugangs der Allgemeinheit zu bestehenden Werken minimiert werden.¹⁸³

Die Beschränkung des Urheberrechts durch § 107 CA findet ihre Berechtigung somit darin, dass dadurch Nutzungen ermöglicht werden, die das Gemeinwohl durch die Verbreitung von Wissen steigern und damit der kulturfördernden Funktion des Urheberrechts dienen, ohne auf der anderen Seite die Anreize zum kreativen Schaffen übermäßig zu beeinträchtigen.¹⁸⁴ Ebenso wie die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts an den Urheber wird in den USA auch die Regelung des fair use in § 107 CA als Ausprägung der verfassungsrechtlichen Zielbestimmung „to promote the Progress of Science and useful Arts“ und damit als integraler Bestandteil des Urheberrechts angesehen.¹⁸⁵ Es ist daher im Grundsatz anerkannt, dass die Anwendung und Auslegung der in § 107 CA genannten Faktoren¹⁸⁶ im Lichte dieser vom Schutzzweck des Urheberrechts geprägten Zielsetzung der Fair-use-Doktrin zu erfolgen hat.¹⁸⁷

a. Zweck und Art der Nutzung

Insbesondere über den ersten in § 107 CA genannten Faktor („purpose and character of the use“) wird berücksichtigt, inwieweit die fragliche Nutzung dem von der Verfassung vorgegebenen Schutzzweck des Urheberrechts gerecht wird.¹⁸⁸

¹⁸² *Iowa State University Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 621 F.2d 57, 60 (2nd Cir. 1980); *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 236 (1990); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1385 (6th Cir. 1996); *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 817 (9th Cir. 2003).

¹⁸³ *Elkin-Koren*, 12 BTLJ 100 (1997).

¹⁸⁴ *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1110 (1990); *Gordon/Bone*, in: Bouckaert/DeGeest, S. 202; *Dreier/Senftleben*, in: Lejeune, D Rn. 17.

¹⁸⁵ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 575 (1994); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1393 (6th Cir. 1996, dissenting opinion *Martin*); *Loren*, 5 J. Intel. Prop. L. 1 (1997) unter I D; *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1110 (1990).

¹⁸⁶ Allgemein zur Bedeutung der für die Anerkennung einer Nutzung als fair relevanten Faktoren in § 107 CA siehe oben A III 2; ausführlich dazu *Förster*, S. 37ff.

¹⁸⁷ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578 (1994); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1399 (6th Cir. 1996, dissenting opinion *Ryan*); *Infinity Broadcast Corp. v. Kirkwood*, 150 F.3d 104, 108 (2nd Cir. 1998); *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 818 (9th Cir. 2003); *Dowell*, 86 Cal. L. Rev. 852 (1998).

¹⁸⁸ *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1111 (1990); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1400 (6th Cir. 1996, dissenting opinion *Ryan*).

Als fair aufgrund der Art der Nutzung werden danach insbesondere „transformierende“ Nutzungen („transformative uses“) angesehen, deren Ergebnis nicht lediglich ein Substitut für das benutzte Werk ist, sondern ein eigenständiges Werk, welches das genutzte Werk umgestaltet, seinen Sinn verändert oder ihm etwas Neues hinzufügt.¹⁸⁹ Dazu gehören vor allem Nutzungshandlungen, die nach deutschem Recht als Zitat gemäß § 51 oder als freie Benutzung nach § 24 UrhG zulässig wären, etwa die Anführung von Passagen eines literarischen Werkes in einer Buchbesprechung oder die antithematische Auseinandersetzung mit dem Originalwerk in einer Parodie. Grund für die Zulässigkeit solcher Nutzungen ist aus utilitaristischer Sicht, dass sie neu geschaffene Werke hervorbringen und auf diese Weise die Gesellschaft bereichern.¹⁹⁰ Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass geistige Leistungen notwendigerweise zu einem gewissen Teil auf den Leistungen fremder Autoren aufbauen. Wenn dem Urheber das Recht an seiner Schöpfung im Hinblick auf derartige eigenschöpferische Umgestaltungen des genutzten Werkes unbeschränkt zustünde, würde daher die schöpferische Tätigkeit Dritter und die Entwicklung neuer Ideen erheblich beeinträchtigt.¹⁹¹

Demgegenüber können nicht eigenschöpferische Nutzungen, insbesondere schlichte technische Vervielfältigungen eines fremden Werkes, nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie unmittelbar die Hervorbringung neuer Werke fördern.¹⁹² So hatte der Ninth Circuit Court of Appeals im *Betamax-Fall Sony v. Universal* das Aufzeichnen und zeitversetzte Ansehen von Fernsehsendungen mit einem privaten Videorekorder („time shifting“) mit der Begründung für unzulässig gehalten, dass es an der „Produktivität“ der fraglichen Nutzung

¹⁸⁹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994); *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 818f. (2003); *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1111 (1990); vgl. bereits *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 344f. (CCD Mass. 1841).

¹⁹⁰ *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1111 (1990): „If ... the secondary use adds value to the original ... – this is the very type of activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society“; *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994): „[T]he goal of copyright, to promote science and the arts, is generally furthered by the creation of transformative works. Such works thus lie at the heart of the fair use doctrine’s guarantee of breathing space within the confines of copyright“. Auch der Zweck des § 24 Abs. 1 UrhG wird darin gesehen, dass die Inanspruchnahme fremden Schaffens im Rahmen einer freien Benutzung zu einer Bereicherung des kulturellen Gesamtguts durch eine neue eigenschöpferische Leistung führt, siehe BGHZ 175, 135, 142f. = GRUR 2008, 693, 695 Tz. 27 – TV-Total m. w. N.

¹⁹¹ So drückt Richter *Story* in *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (CCD Mass. 1841) sein Bedauern darüber aus, dass die Anwendung des Urheberrechts die sehr verdienstvollen Leistungen („very meritorious labors“) der Beklagten behindere, die unter Abdruck von mehr als 300 urheberrechtlich geschützten Briefen George Washingtons eine Washington-Biographie für den Schulgebrauch herausgegeben hatten.

¹⁹² Vgl. *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913, 917 (2nd Cir. 1994): „Mechanical ‘copying’ of an entire document ... is obviously an activity entirely different from creating a work of authorship.“

fehle, ohne die eine Anwendung der Fair-use-Doktrin ausscheide.¹⁹³ Auch vier Richter des Supreme Court vertraten in einer dissenting opinion die Auffassung, fair im Sinne von § 107 CA könne grundsätzlich nur eine „produktive“ Nutzung des Werkes sein, also eine solche, die einen über den vom genutzten Werk hervorgebrachten Nutzen hinausgehenden Wert für die Gesellschaft schaffe.¹⁹⁴ Wenn ein Nutzer wie bei der Aufnahme einer Fernsehsendung ein Werk schlicht vervielfältigt und die Kopie zu demselben Zweck wie das Original verwende, bestehe kein Grund, diese Nutzung auf Kosten des Urhebers zu erlauben.¹⁹⁵

Demgegenüber ging die Mehrheit der Richter des Supreme Court im Fall *Sony v. Universal* vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 107 CA aus.¹⁹⁶ Sie hielten für ausschlaggebend, dass das time shifting den Zugang der Allgemeinheit zu frei empfangbaren Fernsehprogrammen erhöhe und dadurch zum gesellschaftlichen Allgemeinwohl beitrage.¹⁹⁷ Die Unterscheidung von produktiven und unproduktiven Nutzungen sei für die Annahme eines fair use nicht maßgebend.¹⁹⁸ Auch das Vervielfältigen eines Werkes zum Zwecke bloßen Konsums könne als „produktiv“ angesehen werden, etwa wenn ein Lehrer eine Dokumentation aufzeichne, um seine fachlichen Kenntnisse zu erweitern, oder wenn ein Wähler eine Nachrichtensendung aufnehme, um seine Wahlentscheidung zu erleichtern. Praktisch jedes zeitversetzte Ansehen von aufgezeichneten Fernsehsendungen, welches zu einer Ausweitung des Zuschauerkreises führe, könne einen entsprechenden gesellschaftlichen Nutzen herbeiführen.¹⁹⁹

Maßgeblich für die Annahme einer fairen Nutzung ist danach nicht, dass die Nutzung erfolgt, um ein eigenständiges Werk zu schaffen, sondern dass die

¹⁹³ *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp.*, 659 F.2d 963, 971 f. (9th Cir. 1981): „Without a ‚productive use‘, i.e. when copyrighted material is reproduced for its intrinsic use, the mass copying of the sort involved in this case precludes an application of fair use. An analysis of the four factors listed in § 107 does not dictate a contrary result“; vgl. ferner *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1015 (9th Cir. 2001): Das Herunterladen eines Musikstücks als mp3-Datei transformiere nicht die geschützte Komposition; *Infinity Broadcast Corp. v. Kirkwood*, 150 F.3d 104, 108 (2nd Cir. 1998): Die Wiedergabe von Rundfunksendungen über einen telefonischen Abrufdienst sei keine Transformation, da dadurch der Charakter der ursprünglichen Sendungen nicht verändert werde; *Los Angeles News Serv. v. Reuters Television Int’l*, 149 F.3d 987, 993 f. (9th Cir. 1998): Obwohl die Weiterverbreitung von bereits im Fernsehen gesendetem Nachrichtenmaterial durch eine Nachrichtenagentur der Berichterstattung diene, sei die Nutzung „not very transformative“, wenn die Agentur das überlassene Filmmaterial weder erkläre noch dessen Inhalt aufbereite oder kommentiere.

¹⁹⁴ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 478 f. (1984, dissenting opinion Blackmun).

¹⁹⁵ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 480 (1984, dissenting opinion Blackmun).

¹⁹⁶ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 447 ff. (1984).

¹⁹⁷ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 454 (1984), unter Hinweis auf *Community Television of Southern California v. Gottfried*, 459 U.S. 498, 508 (1983).

¹⁹⁸ Ebenso *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 561 (1985).

¹⁹⁹ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 455 f. Fn. 40 (1984).

Nutzung „produktiv“ in dem Sinne ist, dass mit der Nutzung die Verbreitung von Wissen in der Gesellschaft gefördert wird.²⁰⁰ Denn an der Schaffung neuer Werke besteht aus utilitaristischer Sicht nur insoweit ein gesellschaftliches Interesse, als diese der Allgemeinheit auch zur Verfügung gestellt werden. Neben der Förderung kreativen Schaffens bezweckt die Fair-use-Doktrin daher auch die Förderung des gesellschaftlichen Fortschritts durch eine möglichst ungehinderte Verbreitung neuer Informationen.²⁰¹ Andernfalls ließe sich auch nicht erklären, dass der Gesetzgeber in § 107 CA die Herstellung mehrerer Vervielfältigungsstücke eines Werkes für den Unterrichtsgebrauch ausdrücklich als Beispiel eines fair use angeführt hat. Denn dabei handelt es sich zwar um eine produktive, nicht jedoch um eine transformierende Nutzung im oben dargestellten Sinne.²⁰²

Im Fall *Kelly v. Arriba Soft* wurde die Anzeige von Vorschaubildern (Thumbnails) urheberrechtlich geschützter Bilder in einer Internet-Suchmaschine bereits deshalb als transformierend angesehen, weil die Nutzung durch den Betreiber der Suchmaschine mit dem Zweck erfolge, den Zugang zu Informationen zu erleichtern, und damit eine andere Funktion erfülle als das abgebildete Originalwerk, welches dem künstlerischen Ausdruck diene.²⁰³ Da Arriba Soft durch die Verbesserung der Informationsbeschaffung über das Internet der Allgemeinheit einen Nutzen bringe, entspreche die Nutzung der Bilder dem Zweck des Copyright Act und der in § 107 CA geregelten Ausnahme.²⁰⁴ Damit gehen die Voraussetzungen für die Einordnung einer Nutzung als transformierend aber nicht über die Anforderungen hinaus, die der Supreme Court in *Sony v. Universal* an die „Produktivität“ einer Nutzung gestellt hat.

²⁰⁰ So ausdrücklich *Loren*, 5 J. Intel. Prop. L. 1 (1997) unter III B.

²⁰¹ So auch *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1394 (6th Cir. 1996, dissenting opinion *Martin*).

²⁰² Die Aufnahme dieses Beispiels in den Gesetzestext war daher sehr umstritten, siehe *Guibault*, Copyright Limitations, S.72 m.w.N.; vgl. auch *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 Fn. 11 (1994), wo das Beispiel ausdrücklich als „offensichtliche gesetzliche Ausnahme“ vom Fokus des § 107 CA auf transformierende Nutzungen angeführt wird. Auch wenn danach eine eigenschöpferische Leistung für die Annahme von fair use nicht zwingend erforderlich ist, hat die Rechtsprechung in späteren Entscheidungen stets daran festgehalten, dass solche transformierenden Nutzungen den Kern der von der fair-use-Doktrin bezweckten Nutzungsfreiheit bilden. Die Annahme von fair use komme daher umso eher in Betracht, je „transformierender“ die Nutzung, je größer also der eigenschöpferische Anteil des neu geschaffenen Werkes sei, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994); *Los Angeles News Serv. v. Reuters Television Int'l*, 149 F.3d 987, 993f. (9th Cir. 1998); *Infinity Broadcast Corp. v. Kirkwood*, 150 F.3d 104, 108 (2nd Cir. 1998); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1015 (9th Cir. 2001).

²⁰³ *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 819 (9th Cir. 2003). Entscheidend für die Annahme von fair use war letztlich, dass die Darstellung der Bilder in stark komprimierter Form erfolgte, so dass die Thumbnails nicht selbständig als Bilder verwertet werden konnten.

²⁰⁴ *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 820 (9th Cir. 2003).

Daneben ist im Rahmen des ersten Faktors gemäß § 107 CA zu berücksichtigen, ob die fragliche Nutzung Erwerbszwecken dient oder gemeinnützige Zwecke verfolgt. So war auch die Entscheidung im Fall *Sony v. Universal* maßgeblich durch die Erwägung beeinflusst, dass ein Nutzer bei der Aufzeichnung von Fernsehsendungen zu privaten Zwecken keine kommerziellen Ziele verfolgt. Bei Nutzungen zu kommerziellen Zwecken spreche hingegen eine Vermutung für eine unfaire Benutzung des Werkes.²⁰⁵ Diese Vermutungsregel hat der Supreme Court im Fall *Campbell v. Acuff-Rose Music* dahingehend abgeschwächt, dass das Vorliegen eines kommerziellen Nutzungszwecks nur einer der bei der Gesamtabwägung zu berücksichtigenden Faktoren sei, der tendenziell gegen die Annahme von fair use spreche; sein Gewicht hänge aber von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab.²⁰⁶ Zur Begründung hat das Gericht angeführt, dass die Annahme eines fair use andernfalls bei praktisch allen in § 107 CA beispielhaft genannten Nutzungszwecken (Berichterstattung, Unterricht, Forschung usw.) ausgeschlossen wäre, da diese Tätigkeiten regelmäßig ausgeübt würden, um Gewinne zu erzielen.²⁰⁷

Dass der Supreme Court im Fall *Campbell v. Acuff-Rose Music* von der in *Sony v. Universal* aufgestellten Vermutung Abstand genommen hat, ist jedoch vor allem damit zu erklären, dass es sich bei der fraglichen Nutzung der Komposition „Pretty Woman“ durch die Musikgruppe „2 Live Crew“ um eine parodistische Auseinandersetzung und damit um eine transformierende Nutzung handelte.²⁰⁸ Der Grund für die Berücksichtigung des kommerziellen Charakters einer Nutzung wird nämlich darin gesehen, dass ein Nutzer, der ein Werk aus finanziellem Interesse nutzt, eher versuchen wird, seinen persönlichen Gewinn auf Kosten des Urhebers zu maximieren als das Gemeinwohl zu steigern.²⁰⁹ Diese Gefahr besteht bei Nutzungen, die das Werk durch eine eigenschöpferische Leistung umgestalten, nicht in gleichem Maße wie bei reinen Vervielfältigungen des Werkes. Denn solche transformierenden Nutzungen werden generell als gemeinwohlsteigernd angesehen, da sie eine neue kreative

²⁰⁵ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 (1984): „[E]very commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of copyright“; *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 562 (1985); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1386 (6th Cir. 1996).

²⁰⁶ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 585 (1994).

²⁰⁷ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 584 (1994) unter Berufung auf *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 592 (1985, dissenting opinion Brennan): „If, indeed, commerciality carried presumptive force against a finding of fairness, the presumption would swallow nearly all of the illustrative uses listed in the preamble paragraph of § 107“; zust. *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, F.3d 913, 921 (2nd Cir. 1994).

²⁰⁸ Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 594 (1994).

²⁰⁹ *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1400, 1404 (6th Cir. 1996, dissenting opinion Ryan).

Schöpfung hervorbringen und damit die Anzahl verfügbarer Werke vergrößern.²¹⁰ Außerdem hat ein in diesem Sinne transformierendes Werk regelmäßig weniger Einfluss auf die Vermarktung des Originalwerks als ein Werk, welches das Original schlicht substituiert.²¹¹ Solche Nutzungen entsprechen daher auch dann dem utilitaristischen Schutzzweck des Urheberrechts, wenn mit der Nutzung kommerzielle Interessen verfolgt werden. In diesen Fällen entfällt daher die Grundlage der Vermutungsregel. Im Grundsatz hat die Rechtsprechung jedoch auch nach der Entscheidung im Fall *Campbell v. Acuff-Rose Music* an der Vermutung festgehalten, deren Anwendungsbereich aber auf nicht transformierende Nutzungen beschränkt.²¹²

Darüber hinaus wird für das Vorliegen einer kommerziellen Nutzung für erforderlich gehalten, dass das Werk auf Kosten des Rechtsinhabers „ausgebeutet“ wird.²¹³ Mit dieser Definition ist wenig gewonnen, wenn man unter einer ausbeutenden Nutzung jede Nutzung versteht, für die der Nutzer kein Entgelt an den Rechtsinhaber entrichtet. Denn dies ist bei jeder fairen Nutzung der Fall. Man kann den Begriff der Ausbeutung („exploitation“) jedoch auch so verstehen, dass der Zweck der Nutzung gerade darin liegen muss, unmittelbar durch die Verwertung des genutzten Werkes einen persönlichen Gewinn zu erzielen.²¹⁴ Die Zulässigkeit der Vervielfältigung einzelner Werke zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch und zur Verwendung im Unterricht an Schulen oder Hochschulen kann man daher auch unter Aufrechterhaltung der in *Sony v. Universal* aufgestellten Vermutung der Unfairness kommerzieller Nutzungen damit erklären, dass der Nutzer in diesen Fällen keinen unmittelbaren finanziellen Vorteil erlangt, wenn er ein bestimmtes Werk verwendet.²¹⁵

²¹⁰ Siehe oben S. 33.

²¹¹ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 591 (1994); *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 821 (9th Cir. 2003); *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1125 (1990).

²¹² Siehe *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1384 (6th Cir. 1996): „The strength of the Sony presumption may vary according to the context in which it arises, and the presumption disappears entirely where the challenged use is one that transforms the original work into a new artistic creation.“

²¹³ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 562 (1985): „The crux of the profit/nonprofit distinction is ... whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material without paying the customary price“; *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1015 (9th Cir. 2001): „[C]ommercielle use is demonstrated by a showing that repeated and exploitative unauthorized copies of copyrighted works were made to save the expense of purchasing authorized copies“; *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1402 (6th Cir. 1996, dissenting opinion Ryan); *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 818 (9th Cir. 2003); *Nimmer*, On Copyright, § 13.05[A][13][c] 13–175.

²¹⁴ So *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1402 f. (6th Cir. 1996, dissenting opinion Ryan).

²¹⁵ So J. Ryan ebd. 1403, der darauf hinweist, dass dies möglicherweise anders wäre, wenn der Unterrichtende eine mengenabhängige Provision dafür erhielte, Vervielfältigungen bei einem bestimmten Copyshop in Auftrag zu geben. Anders als im deutschen Recht nach § 53

b. Auswirkung auf die Vermarktung des Werkes

Auf der anderen Seite ist gemäß dem vierten Faktor in § 107 CA zu berücksichtigen, inwieweit sich die erlaubnisfreie Zulässigkeit der Nutzung auf die Vermarktung und den kommerziellen Wert des Werkes auswirken würde. Auch bei Nutzungen, die den Zugang der Allgemeinheit zu bestehenden Werken erleichtern und der Verbreitung von Wissen dienen, ist deren Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers nicht gerechtfertigt, wenn dies dazu führt, dass kein ausreichender Anreiz zur Schaffung neuer Werke mehr besteht und damit der Primärzweck des Urheberrechts gefährdet wird.²¹⁶ Dem vierten Faktor in § 107 CA wird in der US-amerikanischen Entscheidungspraxis daher eine entscheidende Bedeutung für die Fair-use-Prüfung beigemessen.²¹⁷

Dabei soll es nicht darauf ankommen, dass konkrete Gewinnaussichten des Rechtsinhabers im Einzelfall bereits vereitelt worden sind. Entscheidend wird darauf abgestellt, ob für den Fall, dass das Werk von einer Vielzahl von Personen auf eine entsprechende Weise genutzt würde, der potentielle Markt für das Werk beeinflusst würde.²¹⁸ Je größer der gesellschaftliche Nutzen einer freien Nutzung, desto höhere Anforderungen seien an den Nachweis einer relevanten Beeinträchtigung der Vermarktung des genutzten Werkes zu stellen.²¹⁹ Denn dem vierten in § 107 CA genannten Faktor liege die Erwägung zugrunde, dass das Verbot einer Nutzung, die keinen erkennbaren Einfluss auf die Vermarktung und den kommerziellen Wert des geschützten Werkes habe, zur Begründung eines Leistungsanreizes für den Urheber nicht erforderlich sei. Wenn aber der Zugang zu Informationen durch ein solches Verbot beschränkt würde, ohne dass damit auf der anderen Seite ein entsprechender Nutzen für die Allgemeinheit verbunden sei, würde das Urheberrecht insoweit dem Gemeinwohl entgegenwirken.²²⁰ Gegen einen fair use spricht der vierte Faktor daher vor allem dann, wenn der Rechtsinhaber darlegen kann, dass eine gewisse Wahr-

Abs. 3 Nr. 1 UrhG können damit auch Vervielfältigungen eines Werkes zum Gebrauch an gewerblichen Ausbildungseinrichtungen als fair use nach § 107 CA zulässig sein.

²¹⁶ Auch die Unterscheidung zwischen transformierenden und reproduzierenden Nutzungen bzw. Nutzungen zu kommerziellen und gemeinnützigen Zwecken wird letztlich dadurch bestimmt, inwieweit die jeweilige Nutzung geeignet ist, das Originalwerk zu ersetzen und damit die Vermarktung des Werkes durch den Rechtsinhaber zu beeinträchtigen.

²¹⁷ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985): „This last factor is undoubtedly the single most important element of fair use“; *Nimmer*, On Copyright, § 13.05[A][4] 13–194 m. w. N.; vgl. auch *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1385 (6th Cir. 1996): der Faktor sei wenigstens „primus inter pares“.

²¹⁸ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 590 (1994); *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 568 (1985); *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 (1984); *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 928 m. Fn. 14 (2nd Cir. 1994).

²¹⁹ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 454 (1984).

²²⁰ *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 450f. (1984).

scheinlichkeit dafür besteht, dass durch die fragliche Nutzung der Absatz der Originalemplare des Werkes beeinträchtigt wird.²²¹ Dies wird bei Vervielfältigungen zu kommerziellen Zwecken regelmäßig der Fall sein, da mit der Nutzung gerade der Zweck verfolgt wird, an dem wirtschaftlichen Erfolg des Originalwerkes zu partizipieren.²²²

Der vierte Faktor besagt damit letztlich nichts anderes, als dass durch die Freistellung der Nutzung als fair use die „normale“ Auswertung des geschützten Werkes nicht beeinträchtigt werden darf, wie dies auch der Dreistufentest vorsieht.²²³ Dass die unterinstanzliche Judikatur dazu neigt, den finanziellen Aspekt zu betonen und einen fair use abzulehnen, sobald der Urheber ein finanzielles Interesse an der Nutzung geltend machen kann,²²⁴ beruht vor allem darauf, dass § 107 CA anders als das deutsche Recht keine Möglichkeit kennt, die Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts finanziell durch einen Vergütungsanspruch zu kompensieren.²²⁵

c. Natur des Werkes und Umfang der Nutzung

Auch wenn in der neueren Rechtsprechung betont wird, dass alle in § 107 CA aufgeführten Kriterien gleichwertig seien,²²⁶ wird die Zulässigkeit einer Nutzung als fair in erster Linie durch eine Abwägung der dem ersten und vierten Faktor zugrunde liegenden Wertungen bestimmt.²²⁷ Die beiden anderen in § 107 CA genannten Faktoren können für sich genommen die Annahme eines fair use kaum rechtfertigen. Sie legen lediglich Reichweite und Grenzen des Fair-use-Einwandes im Einzelfall fest. Der zweite Faktor („nature of the work“) dient dabei in erster Linie dazu, den Schutzbereich des Urheberrechts bei nicht schöpferischen Werken zu begrenzen, die nach deutschem Urheberrecht ohnehin nicht unter den Schutz des UrhG fallen würden.²²⁸ Der dritte Faktor („amount

²²¹ Vgl. *Depoorter/Parisi*, S. 9 Fn. 26, gegen die Versuche der Rechtsprechung, dem vierten Faktor eine darüber hinaus gehende Bedeutung zuzumessen.

²²² In Bezug auf das private Aufzeichnen von Fernsehsendungen zum zeitversetzten Ansehen hielt der Supreme Court im Fall *Sony v. Universal* diesen Nachweis nicht für erbracht, *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 451 ff. (1984). Daraus wird man jedoch nicht schließen können, dass jegliche Vervielfältigung eines geschützten Werkes zum privaten Gebrauch der Fair-use-Doktrin unterfällt. Denn gerade digitale Vervielfältigungen können aus Sicht des Nutzers einen nahezu vollwertigen Ersatz für ein erworbenes Werkexemplar darstellen und damit den Absatz für das Originalprodukt beeinträchtigen.

²²³ *Ullrich*, GRURInt 2009, 289. Der Dreistufentest gilt über Art. 13 TRIPS und Art. 10 Abs. 2 WCT auch für das US-amerikanische Recht. Vgl. zur Berücksichtigung des Dreistufentests im Rahmen des § 107 CA auch *Burk/Cohen*, 15 Harv. J. L. Tech. 75 (2001).

²²⁴ Vgl. *Loren*, 5 J. Intel. Prop. L. 1 (1997) unter III A.

²²⁵ Siehe bereits oben S. 11.

²²⁶ *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913, 926 (2nd Cir. 1994) unter Berufung auf *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578 (1994).

²²⁷ Vgl. die tabellarische Übersicht bei *Nimmer*, Copyright Illuminated, S. 363 ff.

²²⁸ *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1389,

and substantiality of the portion used“) stellt klar, dass die Freistellung nur so weit reicht, wie die Nutzung des fremden Werkes zur Erfüllung des privilegierten Nutzungszwecks erforderlich ist, wird also letztlich – ebenso wie der zweite Faktor – als eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden.²²⁹

3. Ergebnis

Aus utilitaristischer Sicht wird dem Urheber ein ausschließliches Schutzrecht allein wegen des Nutzens seiner Arbeit für die Gesellschaft gewährt. Durch die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts und die Möglichkeit, daraus Einnahmen zu erzielen, soll der Urheber einen Anreiz erhalten, neue Werke zu produzieren und zu verbreiten und dadurch das Gemeinwohl zu steigern. Beschränkungen des Urheberrechts finden dementsprechend ihre Rechtfertigung darin, dass dadurch Nutzungen fremder Werke ermöglicht werden, die das Gemeinwohl durch die Verbreitung von Wissen steigern und damit der kulturfördernden Funktion des Urheberrechts dienen, ohne auf der anderen Seite die Anreize zum kreativen Schaffen übermäßig zu beeinträchtigen. Diese utilitaristische Schutzrichtung des Urheberrechts legt die US-amerikanische Rechtsprechung auch bei der Auslegung des § 107 CA zugrunde, so dass als fair use insbesondere „produktive“ Nutzungen anerkannt sind, deren Ergebnis nicht lediglich ein Substitut für das benutzte Werk, sondern ein eigenständiges Werk ist, oder durch die die Verbreitung von Wissen in der Gesellschaft auf andere Weise gefördert wird, ohne dass der Urheber um die Früchte seiner Arbeit gebracht wird.

III. Fazit

Die Frage, ob es ein natürliches Recht auf geistiges Eigentum gibt oder das Urheberrecht auch oder ausschließlich utilitaristisch zu rechtfertigen ist, kann an

1405 (6th Cir. 1996), nennt als Beispiel Telefonverzeichnisse und Mannschaftsaufstellungen von Football-Vereinen. Vgl. *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811, 820 (9th Cir. 2003); *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1016 (9th Cir. 2001): „Works that are creative in nature are closer to the core of intended copyright protection than more fact-based works“. Daneben soll die Tatsache, dass das genutzte Werk noch nicht veröffentlicht ist, die Reichweite des Fair-use-Einwands begrenzen, vgl. *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 564 (1985). Nach dem 1992 eingefügten § 107 cl. 3 CA schließt die fehlende Veröffentlichung des genutzten Werkes die Annahme eines fair use indes nicht per se aus.

²²⁹ Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 586f. (1994): „[T]he extent of permissible copying varies with the purpose and character of the use“; *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 820f. (9th Cir. 2003): „If the secondary user only copies as much as is necessary for his or her intended use, then this factor will not weigh against him or her.“ Im Einzelfall kann daher auch die Übernahme eines ganzen Werkes gerechtfertigt sein, *Kelly v. Arriba Soft*, 336 F.3d 811, 821 (9th Cir. 2003).

dieser Stelle nicht endgültig geklärt werden.²³⁰ Jedenfalls macht man es sich zu einfach, wenn man die naturrechtliche Konzeption des Urheberrechts allein mit der Begründung verwirft, dass die Idee vom Naturrecht insgesamt überholt sei. Auch heute noch ist die Annahme eines Naturrechts gerechtfertigt, wenn man darunter rechtsethische Prinzipien versteht, die unabhängig vom positiven Recht gültig sind. Zu kurz greift daher auch die Auffassung, auf eine naturrechtliche Legitimierung komme es angesichts des einfachgesetzlichen Schutzes der einzelnen Immaterialgüter heute nicht mehr an.

Auf der anderen Seite ist das der utilitaristischen Rechtfertigung des Urheberrechts zugrunde liegende Allgemeininteresse an einem reichhaltigen Kulturleben durchaus auch einer der Schutzgründe des deutschen Urheberrechts.²³¹ Ebenso finden sich im europäischen²³² und internationalen Urheberrecht utilitaristische Begründungsansätze.²³³ Vor allem zur Rechtfertigung von Beschränkungen der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte können Gemeinwohlerwägungen fruchtbar gemacht werden.²³⁴ Insgesamt ist die unterschiedliche moralische Rechtfertigung des Urheberrechts daher für die Rechtfertigung seiner Schranken nur von untergeordneter Bedeutung. Die Notwendigkeit einer Beschränkung des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts wird im individualistisch geprägten deutschen Recht wie in der utilitaristisch motivierten Rechtsprechung der US-Gerichte mit ganz ähnlichen Erwägungen begründet. Dass der Umfang der zustimmungsfrei erlaubten Nutzungen im Einzelfall dennoch erheblich voneinander abweicht, ist in den meisten Fällen weniger auf leitende Prinzipien des Urheberrechts als auf politische Zwänge zurückzuführen.²³⁵ Hinzu kommt, dass die Generalklausel des § 107 CA dem

²³⁰ Für einen „Mehrschichtenansatz“, bei dem sich personalistische und utilitaristische Rechtfertigungen überlagern, *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 488f.

²³¹ Schrickler-Schricker, Einleitung Rn. 13; *Schack*, UrhR, Rn. 17; *Ohly*, JZ 2003, 548; *Bongers*, S. 390; vgl. auch *Geiger*, IIC 2005, 153: „Even in countries that follow the continental tradition, justifications based on the personality of the author have been mixed with utilitarian justifications ever since copyright was introduced. The public's interest, including the interests of the users, has always been a reason for granting copyright, but also for limiting it.“ So betonte Bundesjustizministerin *Zyppies* auf der Internationalen Konferenz zur Zukunft des Urheberrechts am 7.5. 2009: „[D]er Schutz des geistigen Eigentums ist gerade für Deutschland so wichtig, weil kluge Ideen, Kreativität und Innovationen unsere wichtigste Ressource sind. Nur wenn sie wirksam geschützt werden, amortisieren sich Investitionen und lohnt es sich, auch in Zukunft kreativ und innovativ zu sein“, siehe Pressemitteilung des BMJ vom 7.5. 2009, abrufbar unter <http://www.bmj.de>.

²³² Siehe etwa Erwägungsgründe 11 und 22 der Info-RL, die als Zweck der Richtlinie die Sicherstellung der „notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa“ sowie die „Verwirklichung des Ziels, die Verbreitung der Kultur zu fördern“, beschreiben.

²³³ Siehe nur die Präambel des WUA, wonach eine internationale Regelung des Urheberrechtsschutzes „die Achtung der Menschenrechte sichern und die Entwicklung der Literatur, Wissenschaft und Kunst fördern wird“; ferner *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 489 mit weiteren Beispielen.

²³⁴ *Schack*, FS Wadle, 1018; *Schricker-Schricker*, Einleitung Rn. 12.

²³⁵ So kritisiert *Schack*, UrhR, Rn. 480, dass die Technik des deutschen Gesetzgebers als