

ACHIM FÖRSTER

# Fair Use

*Geistiges Eigentum und  
Wettbewerbsrecht*



**Mohr Siebeck**

# Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel,  
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

18





Achim Förster

# Fair Use

Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel  
des US-amerikanischen Copyright Act  
mit dem Schrankenatalog des deutschen  
Urheberrechtsgesetzes

Mohr Siebeck

*Achim Förster*, geboren 1979; Studium der Rechtswissenschaft in Würzburg und Indiana-apolis (LL.M. 2006); 2008 Promotion im DFG-Graduiertenkolleg „Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“ an der Universität Bayreuth; Rechtsreferendar im OLG-Bezirk Bamberg.

ISBN 978-3-16-149678-3 / eISBN 978-3-16-160208-5  
ISSN 1860-7306 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

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

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Dieses Werk ist seit 02/2021 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

*Meiner Familie  
und Diana  
in Dankbarkeit gewidmet*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/08 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Sie entstand im Rahmen des DFG-Graduiertenkollegs „Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“ und befindet sich auf dem Stand von September 2007. Nachträgliche Entwicklungen wurden nur vereinzelt und nur insoweit berücksichtigt, als sie die Neuregelung des Urheberrechts durch den „zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform betreffen.

Mein tiefempfunder Dank gilt an erster Stelle meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Ansgar Ohly, LL.M. Er hat die Arbeit in jeder Hinsicht betreut und gefördert und ist mir mit seinem Streben nach Perfektion in Forschung und Lehre ein stetes Vorbild. Herrn Professor Dr. Oliver Lepsius, LL.M. schulde ich Dank nicht nur für sein sorgfältiges Zweitgutachten, sondern auch für seine wertvollen Hinweise zu den verfassungsrechtlichen Aspekten der Arbeit.

Die Grundidee zu einem systemvergleichenden Blick auf das US-amerikanische Recht entstand während meines LL.M.-Studiums an der Indiana University School of Law – Indianapolis im Jahr 2005/06. Herrn Professor Dr. Kenneth D. Crews gilt mein herzlichster Dank für die hervorragende Betreuung in den Vereinigten Staaten und den bis heute anhaltenden freundschaftlichen Kontakt.

Für weitere wertvolle Anregungen danke ich sehr herzlich Frau Professor Dr. Annette Kur (Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht, München) sowie Herrn Professor Dr. Fabian Wittreck (Universität Münster). Dem Leitungsgremium des DFG-Graduiertenkollegs „Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“ sowie allen Mitstipendiaten und -kollegiaten gilt mein herzlicher Dank für die angenehme und anregende Zeit in Bayreuth. Dem Verlag Mohr Siebeck und den Herausgebern der Schriftenreihe „Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht“ danke ich für die freundliche Aufnahme der Arbeit.

Weder das Studium in den Vereinigten Staaten noch die Erstellung der Dissertation wäre in dieser Form ohne finanzielle Unterstützung möglich gewesen. Der Deutschen Forschungsgemeinschaft bin ich daher ebenso zu Dank verpflichtet wie dem Deutschen Akademischen Austauschdienst. Für die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses danke ich der

Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.

Mein höchster Dank gilt schließlich meinen Eltern, die mich während meiner gesamten Ausbildung uneingeschränkt unterstützt haben. Meinem Vater, Alois Förster, und meiner Schwester, Katharina Förster, schulde ich zudem Dank für die Korrekturarbeiten am Manuskript. Gleiches gilt für meine liebe Diana, die mich nicht nur bei der Korrektur des Manuskriptes, sondern auch darüber hinaus in jeder Hinsicht unterstützt und mir viel Kraft gegeben hat. Ihr und meiner Familie ist diese Arbeit gewidmet.

Bayreuth, im Mai 2008

Achim Förster

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Abkürzungen.....	XVII

## *Einleitung*

A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit .....	1
B. Eingrenzung der Untersuchung auf einen Systemvergleich.....	4
C. Terminologisches .....	5
D. Gang der Untersuchung.....	6

## *Teil 1*

### Schrankensysteme und ihre Handhabung: Generalklausel versus enumerativer Katalog von Einzelausnahmen

<i>Kapitel 1: Die Fair Use-Doktrin des US-amerikanischen Urheberrechts .....</i>	<i>9</i>
A. Einführung: Ursprung des US-amerikanischen Urheberrechts .....	9
I. Englische Wurzeln des US-amerikanischen Urheberrechts und frühe Urheberrechtsgesetzgebung in den Bundesstaaten .....	9
II. Intellectual property clause und erstes Bundesurheberrechtsgesetz (1790).....	11
B. Methodenfragen: Fair Use als richterrechtlich entwickelte Generalklausel.....	12
I. Vorbemerkung: Funktion und Selbstverständnis US- amerikanischer Gerichte.....	12

1. Common law und statutory law im US-Rechtssystem .....	12
2. Bindungswirkung US-amerikanischer Gerichtsentscheidungen .....	15
II. Ursprünge und Entwicklung der Fair Use-Doktrin.....	17
1. Richterrechtliche Ursprünge .....	17
2. Kodifikation der Doktrin durch den 1976 Copyright Act .....	18
3. Verhältnis der Fair Use-Doktrin zu den 17 U.S.C. §§ 108 ff. ....	20
III. Dogmatische Einordnung der Doktrin.....	21
1. Stillschweigende Zustimmung? .....	21
2. Fair Use als Teil der Eingriffsprüfung oder als Urheberrechtsschranke? .....	21
IV. Struktur und Methode der Fair Use-Prüfung .....	23
1. Unmöglichkeit einer subsumtionsfähigen Definition.....	24
2. Die Fair Use-Faktoren als Zentrum der Fair Use-Analyse .....	25
a) Einzel- und Gesamtabwägung der Fair Use-Faktoren .....	25
b) Fair Use-Faktoren außerhalb des Wortlauts von 17 U.S.C. § 107 .....	26
c) Bedeutung der in 17 U.S.C. § 107 aufgezählten Nutzungszwecke .....	27
3. Relevanz sog. Fair Use Guidelines für die Anwendung der Doktrin .....	29
a) Überblick über die Fair Use Guidelines .....	29
b) Rechtsnatur und Funktion .....	30
4. Konkretisierung der Doktrin durch Fallgruppen? .....	31
a) Case by case-Analyse als charakteristisches Merkmal der Fair Use-Prüfung .....	31
b) Unterschiede zur Generalklauselkonkretisierung im deutschen Recht .....	33
c) Relevanz für die vorliegende Untersuchung.....	34
5. Folge des Fair Use-Einwandes: Alles oder Nichts .....	34
C. Terminologie und Abgrenzung.....	35
I. Übersetzung von „Fair Use“ als „Freie Benutzung“? .....	35
II. Fair Use (USA) und Fair Dealing (GB).....	36
D. Die einzelnen Fair Use-Faktoren.....	37
I. Kurzdarstellung der Leitentscheidungen des US Supreme Court .....	37
1. Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.....	38
2. Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises.....	39
3. Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc. ....	41
II. Erster Faktor: „Purpose and character of the use“ .....	43

1. Transformativität der Benutzung als Leitmotiv .....	43
a) Entwicklung der Rechtsprechung .....	43
b) Inhaltliche Anforderungen an die Transformativität .....	46
c) Bedeutung von transformative use innerhalb der Fair Use-Analyse und Vergleich mit § 24 UrhG.....	47
2. Kommerzielle und nichtkommerzielle Benutzung .....	48
a) Sony v. Universal: Vermutung gegen Fair Use bei kommerzieller Benutzung.....	48
b) Entscheidungspraxis der Gerichte nach Sony v. Universal.....	50
3. Weitere relevante Punkte .....	51
III. Zweiter Faktor: „Nature of the copyrighted work“.....	53
1. Unterscheidung zwischen faktischen und kreativen Werken .	53
a) Grundgedanken .....	53
b) Bedeutung der Unterscheidung .....	55
2. Unterscheidung zwischen veröffentlichten und unveröffentlichten Werken .....	56
a) Ausgangspunkt: Trennung zwischen gesetzlichem Urheberrecht und common law copyright bis zum 1976 Copyright Act.....	56
b) Harper & Row v. Nation Enterprises.....	57
c) Reaktion des Kongresses und Änderung von 17 U.S.C. § 107 .....	59
d) Hinweis: Erstveröffentlichungsrecht in den USA und Deutschland.....	60
3. Vergriffene Werke .....	61
IV. Dritter Faktor: „Amount and substantiality of the portion used“ .....	61
1. Quantitativer Maßstab („amount“). .....	62
2. Qualitativer Maßstab („substantiality“) .....	63
V. Vierter Faktor: „Effect of the use upon the potential market“ ....	65
1. Grundstruktur und Bedeutung des vierten Faktors innerhalb der Fair Use-Analyse .....	65
2. Berücksichtigung potentieller Märkte.....	68
3. Besonderheiten bei kritischen Werken und Parodien.....	69
4. Der functional test (Nimmer/Nimmer).....	70
VI. Gemeinsames Leitmotiv, Überlappung und Rangfolge der Faktoren .....	72

*Kapitel 2: Der Schrankenkatalog des Urheberrechtsgesetzes* ..... 75

A. Urheberrechtsgewährung und -einschränkung im deutschen Recht.... 75

I.	Umfassende Rechtsgewährung als Charakteristikum des deutschen Urheberrechts .....	75
II.	Struktur des Schrankenataloges.....	76
1.	Tatbestandsstruktur der einzelnen Urheberrechtsschranken...	77
2.	Rechtsfolgendifferenzierung der Urheberrechtsschranken.....	78
3.	Beschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts? .....	79
III.	Schranken außerhalb des Urheberrechtsgesetzes.....	80
1.	Allgemeine zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe .....	80
2.	Übergesetzlicher Notstand und Rückgriff auf das Grundgesetz? .....	81
3.	Überlappung von Schutzrechten .....	83
4.	Kartellrechtliche Zwangslizenz .....	84
B.	Die Zitierfreiheit (§ 51 UrhG a.F.) als Musterfall einer kasuistischen Schranke.....	85
I.	Vorbemerkung zur Neufassung von § 51 UrhG .....	85
II.	Leitgedanke und Hintergrund der gesetzlichen Regelung .....	86
III.	Gesetzgeberische Ausgestaltung und Aufbau der Vorschrift.....	87
IV.	Gemeinsame Voraussetzungen aller Zitatkategorien.....	88
1.	Zitatzweck (Belegfunktion) .....	88
2.	Zweck-Umfang-Relation .....	89
3.	Selbständigkeit des zitierenden Werkes.....	90
4.	Verbot der Substitutionskonkurrenz .....	91
V.	Besondere Voraussetzungen der einzelnen Zitatkategorien.....	92
1.	Wissenschaftliches Großzitat (§ 51 Nr. 1 UrhG a.F.) .....	92
2.	Kleinzitat (§ 51 Nr. 2 UrhG a.F.).....	94
3.	Musikzitat (§ 51 Nr. 3 UrhG a.F.) .....	95
VI.	Vergleichende Analyse: Kriterien für die Zulässigkeit von Zitaten nach § 51 UrhG a.F. und Vergleich mit der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin.....	96
C.	Handhabung der Schranken des Urheberrechtsgesetzes: Auslegungsgrundsätze und -tendenzen.....	98
I.	Behandlung der Schranken durch die Rechtsprechung.....	98
1.	Ausgangspunkt: Traditionell enge Auslegung und Analogieverbot .....	98
2.	Durchbrechungen der traditionellen Auslegung in der Rechtsprechung am Beispiel der §§ 51, 49 UrhG .....	100
a)	Anwendung des Kleinzitates auf Filmwerke und andere Werkarten.....	100
b)	Zitierung ganzer Werke als Kleinzitat.....	102
c)	Germania 3 .....	102
d)	Elektronischer Pressespiegel .....	104
II.	Stellungnahme und vergleichende Analyse.....	107

1. Kritik und Aufrechterhaltung einzelner Argumente gegen eine erweiternde Auslegung von Urheberrechtsschranken... 107
2. Verallgemeinerung der verfassungskonformen Auslegung? 109
3. Vergleich der Auslegungsrealität mit dem US-amerikanischen Recht ..... 111
  - a) Inhaltliche Parallelen zwischen deutschem und US-amerikanischem Recht ..... 111
  - b) Praktische Unterschiede und mangelnde Flexibilität der deutschen Schranken ..... 112

## Teil 2

### Bedeutung der Urheberrechtstheorien und des Verfassungsrechts für die Schrankensystematik

<i>Kapitel 3: Fair Use als zweckrationale Begrenzung des einfachgesetzlichen US-amerikanischen Urheberrechts</i> .....	115
A. Die US-amerikanische Urheberrechtstheorie .....	115
I. Naturrechtliche Theorien und ihre Bedeutung in den USA .....	116
1. Die Locksche Arbeitstheorie und ihre Rezeption in der Frühphase des US-amerikanischen Urheberrechts .....	116
2. Ablehnung naturrechtlicher Gedanken durch den 1790 Copyright Act und durch <i>Wheaton v. Peters</i> .....	117
II. Die incentive theory als dominierende Urheberrechtsbegründung .....	119
1. Kreative Werke als Öffentliche Güter.....	119
2. Urheberrecht als staatliche Korrektur eines Marktversagens	121
3. Verankerung der incentive theory in der intellectual property clause .....	122
III. Legitimationskrise der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie? .....	124
1. Sukzessiver Abbau charakteristischer Elemente .....	124
a) Ausgangspunkt: Formgebundenes, frei übertragbares Verwertungsrecht .....	124
b) Weiterentwicklung: Aufnahme kontinentaleuropäischer Elemente .....	127
c) Zwischenergebnis.....	130
2. Incentive theory und Realität kreativen Schaffens.....	130
3. <i>Eldred v. Ashcroft</i> .....	133

IV. Zusammenfassung und Schlussfolgerung: Das Ende der incentive theory? .....	136
B. Verankerung der Fair Use-Doktrin in der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie .....	137
I. Begründung der Urheberrechtsschranken und Leitbildrolle der Urheberrechtstheorien .....	137
II. Ökonomisch-utilitaristische Rechtfertigung als Leitmotive der Fair Use-Doktrin .....	138
1. Korrektur eines Marktversagens aufgrund prohibitiver Transaktionskosten .....	138
2. Fair Use als Instrument zur Förderung von Wissenschaft und Kunst .....	142
III. Schlussfolgerungen .....	145
1. Marktperspektive der Fair Use-Doktrin .....	145
2. Flexibilität und Dynamik als Folge der Argumentationssymmetrie und des Regel-Ausnahme-Verhältnisses .....	146
 <i>Kapitel 4: Die Schranken des Urheberrechtsgesetzes als Ausnahmen zum verfassungsrechtlich gewährleisteten monistischen Urheberrecht</i> .....	
148	
A. Grundgedanken und Wurzeln des deutschen Urheberrechts.....	148
I. Geistesgeschichtliche Wurzeln des deutschen Urheberrechts... ..	148
II. Legitimationskrise der deutschen Urheberrechtstheorie? .....	151
1. Sukzessiver Abbau charakteristischer Elemente .....	151
a) Ausgangspunkt: Formloses und schöpferzentriertes (Persönlichkeits-) Recht .....	151
b) Weiterentwicklung: Vom Urheber- zum Investitionsschutz.....	153
2. Kritik an der naturrechtlichen Basis des deutschen Urheberrechts und Unvereinbarkeit der monistischen Theorie mit der Realität kreativen Schaffens .....	156
III. Zusammenfassung .....	157
B. Verfassungsrecht, Urheberrechtstheorie und Schrankenkatalog.....	158
I. Leitbildfunktion des monistischen Konzepts und Bedeutung des Verfassungsrechts .....	158
II. Der grundrechtliche Schutz des Urhebers .....	159
1. Vermögensrecht: Art. 14 GG.....	160
2. Persönlichkeitsrecht: Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.....	161
3. Kunst- und Wissenschaftsfreiheit: Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG....	161

4. Einschlägige Grundrechte auf Urheberseite bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Urheberrechtsschranken.....	162
a) (Verfassungsrechtliches) Persönlichkeitsrecht oder Eigentumsgarantie? .....	162
b) Eingriff in die Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit?.....	164
c) Zwischenergebnis.....	165
III. Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit .....	165
1. Vorbemerkung zur Rolle der Grundrechte bei der verfassungsrechtlichen Betrachtung der Urheberrechtsschranken .	165
a) Urheberseite: Grundrechtliche Eingriffsverbote und Übermaßverbot.....	166
b) Nutzerseite: Grundrechtliche Schutzgebote und Untermaßverbot.....	166
c) Zwischenergebnis.....	168
2. Die Institutsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG).....	168
3. Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	171
a) Verhältnismäßigkeitsprinzip und Sozialbindung bei der Einführung von Urheberrechtsschranken .....	171
b) Rechtsfolgendifferenzierung als verfassungsrechtliche Anforderung .....	173
4. Auswirkungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes .....	175
a) Allgemeine Vorgaben des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes.....	175
b) Vereinbarkeit einer Schrankengeneralklausel mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot.....	177
IV. Vergleichende Analyse .....	179
1. Eingeschränkter Handlungsspielraum des Urheberrechtsgesetzgebers.....	179
2. Verhältnismäßigkeitsprinzip und rechtsfolgendifferenzierender Schrankenkatalog .....	180
3. Verhältnis der Urheberrechtsschranken zur Rechtsgewährung.....	181
a) Argumentationsasymmetrie und Argumentationstransfer	181
b) Regel-Ausnahme-Verhältnis und grundsätzliches Verbot der teleologischen Extension.....	182
4. Zur Relevanz ökonomischer Erwägungen bei der Betrachtung der deutschen Urheberrechtsschranken.....	184

## Teil 3

Inter- und supranationale Vorgaben für die gesetzgeberische  
Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken

<i>Kapitel 5: Dreistufentest und Schrankengeneralklausel</i> .....	187
A. Funktion, Herkunft und Bedeutung des Dreistufentests .....	188
I. Berner Übereinkunft, nationale Urheberrechtsschranken und der Dreistufentest .....	188
II. Erscheinungsformen des Dreistufentests .....	190
B. Vereinbarkeit der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin mit der ersten Stufe des Dreistufentests .....	191
I. Vorbemerkung zur Auslegung des Dreistufentests .....	191
II. Erste Stufe des Dreistufentests und US-amerikanische Fair Use-Doktrin .....	193
1. Fair Use-Konstellationen als „Sonderfälle“? .....	193
2. Fair Use-Konstellationen als „gewisse/bestimmte“ Sonderfälle? .....	196
a) Inhaltliche Vorgaben des Bestimmtheitsgebotes .....	196
b) Hinreichende Konkretisierung der Doktrin durch die Rechtsprechung? .....	197
c) Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses ..	200
3. Zusammenfassung .....	201
<i>Kapitel 6: Auswirkungen der Informationsgesellschaftsrichtlinie auf die Ausgestaltung der nationalen Urheberrechtsschranken</i> ..	201
A. Die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft....	202
B. Vorgaben für die Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken .....	203
I. Katalog von Einzelausnahmen (Art. 5 Abs. 1 bis 4) .....	203
II. Inkorporation des Dreistufentests (Art. 5 Abs. 5) .....	204
III. Vereinbarkeit einer Schrankengeneralklausel nach US-Vorbild mit der Richtlinie? .....	205
1. Besonderheiten der Prüfung im Vergleich zu Kapitel 5 .....	205
2. Allgemeine Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien .....	206
3. Europarechtskonforme Umsetzung der Informationsgesellschaftsrichtlinie durch eine Schrankengeneralklausel im deutschen Recht? .....	207
IV. Zusammenfassung .....	209

## Teil 4

## Rechtspolitischer Ausblick

<i>Kapitel 7: Flexibilisierung der Urheberrechtsschranken de lege ferenda</i> .....	211
A. Zur Notwendigkeit einer Flexibilisierung der deutschen Urheberrechtsschranken .....	211
B. Rechtsetzungsvarianten .....	213
I. „Große Lösung“: Ersatz des Schranken kataloges oder großer Teile davon durch eine Generalklausel .....	213
1. Europarechtswidrigkeit der „großen Lösung“ im deutschen Recht und zwingende verfassungsrechtliche Vorgaben .....	213
2. Regelungsmöglichkeiten einer „großen Lösung“ .....	214
a) Generalklausel nach Vorbild der Fair Use-Doktrin .....	214
b) Generalklausel nach Vorbild des Dreistufentests .....	215
II. „Kleine Lösung“: Ergänzung einzelner Urheberrechtsschranken um flexiblere Elemente am Beispiel der Zitierfreiheit .....	216
1. Kritik des § 51 UrhG a.F. ....	216
2. Neuregelung der Zitierfreiheit durch den „zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform .....	217
III. Integration einer Generalklausel in den bestehenden Schranken katalog .....	218
1. Regelungsmöglichkeiten: Eigenständiger Auffangtatbestand oder Regelbeispiele .....	218
2. Europarechtliche Zulässigkeit der Integration einer Generalklausel in den bestehenden Schranken katalog .....	219
C. Stellungnahme zur rechtspolitischen Opportunität der vorgestellten Rechtsetzungsvarianten .....	220
Zusammenfassung der Untersuchung in Thesen .....	223
Literaturverzeichnis .....	233
Rechtsprechungsverzeichnis .....	251
A. US-amerikanische und britische Gerichte .....	251
B. Deutsche Gerichte .....	254
C. Europäischer Gerichtshof .....	256
Materialien .....	257
Sachregister .....	259



## Abkürzungen

Dieses Verzeichnis enthält Abkürzungen, die nicht im *Duden* oder bei *Kirchner/Butz*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Aufl. Berlin 2003 angeführt sind. Die Abkürzungen aus dem US-amerikanischen Bereich orientieren sich an *Columbia Law Review Association/u.a.* (Hg.), *The Bluebook: A Uniform System of Citation*, 18. Aufl. Cambridge (MA) 2005.

1 <sup>st</sup> Cir., 2 <sup>nd</sup> Cir. u.s.w.	Court of Appeals for the 1 <sup>st</sup> (2 <sup>nd</sup> , u.s.w.) Circuit
AIDA	Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo Milano
AIPLA Q.J.	American Intellectual Property Law Association Quarterly Journal
Alb. L.J. Sci. & Tech.	Albany Law Journal of Science and Technology
Alb. L. Rev.	Albany Law Review
All E.R.	All England Law Reports
Am. Econ. Rev.	American Economic Review
Am. Hist. Rev.	American Historical Review
ASCAP Cop. L. Symp.	ASCAP Copyright Law Symposium
B. Cop. Soc'y USA	Bulletin of the Copyright Society of the USA
B.U. L. Rev.	Boston University Law Review
Berkeley Tech. L.J.	Berkeley Technology Law Journal
C.C.D. Mass.	Circuit Court for the Central District of Massachusetts
C.D. Cal.	District Court for the Central District of California
Cal.	Supreme Court of California
Cardozo Arts & Ent. L.J.	Cardozo Arts & Entertainment Law Journal
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
Ch.D.	Chancery Division
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Colum.-VLA J.L. & Arts	Columbia-VLA Journal of Law & the Arts
Comm. L. & Policy	Communication Law & Policy
Ct. Cl.	Court of Claims
D. Ariz.	District Court for the District of Arizona

D. Minn.	District Court for the District of Minnesota
D. Ore.	District Court for the District of Oregon
D.C. Cir.	Court of Appeals for District of Columbia Circuit
D.D.C.	District Court for the District of Columbia
D.N.H.	District Court for the District of New Hampshire
DJDAR	Daily Appellate Report
E.D. Pa.	District Court for the Eastern District of Pennsylvania
E.D. Va.	District Court for the Eastern District of Virginia
E.D. Wisc.	District Court for the Eastern District of Wisconsin
EIPR	European Intellectual Property Review
Eng. Rep.	The English Reports
F. / F.2d / F.3d	Federal Reporter (2 <sup>nd</sup> ed. / 3 <sup>rd</sup> ed.)
F.Cas.	Federal Cases
F.Supp (2d)	Federal Supplement (2 <sup>nd</sup> ed.)
Fed. Cir.	Court of Appeals for the Federal Circuit
Fordh. Intell. Prop. Media & Ent. L.J.	Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
H.L.	House of Lords
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
IC	Indiana Code
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J. Am. Soc'y for Inf. Sci.	Journal of the American Society for Information Science
J. Cop. Soc'y USA	Journal of the Copyright Society of the USA
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Int. Ec. L.	Journal of International Economic Law
J. Intell. Prop. L.	Journal of Intellectual Property Law
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J.L. & Econ.	Journal of Law & Economics
Law & Contemp. Probs.	Law & Contemporary Problems
Loy. L.A. L. Rev.	Loyola of Los Angeles Law Review
M.D. Tenn.	District Court for the Middle District of Tennessee
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation
N.D. Ga.	District Court for the Northern District of Georgia
N.D. Ill.	District Court for the Northern District of Illinois

N.Y.L. Sch. L. Rev.	New York Law School Law Review
Neb. L. Rev.	Nebraska Law Review
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
Pub. L. No.	Public Law Number
P.2d	Pacific Reporter (2 <sup>nd</sup> ed.)
RIDA	Revue Internationale du Droit d'auteur
Rolls Ct.	Rolls Court
RPC	Reports of Patent, Design and Trademark Cases
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
S.D. Ala.	District Court for the Southern District of Alabama
S.D. Cal.	District Court for the Southern District of California
S.D.N.Y.	District Court for the Southern District of New York
St. John's L. Rev.	St. John's Law Review
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stat.	Statutes at Large
Syracuse L. Rev.	Syracuse Law Review
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Chi. Legal F.	University of Chicago Legal Forum
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
U.S.P.Q.	United States Patents Quarterly
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
Va. J. Int'l L.	Virginia Journal of International Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Wayne L. Rev.	Wayne Law Review
WCT	WIPO Copyright Treaty
WLR	Weekly Law Reports
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
WPPT	WIPO Performances & Phonograms Treaty
Yale L.J.	Yale Law Journal



# Einleitung

## *A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit*

Das Spannungsfeld zwischen den Interessen des Rechtsinhabers und der Nutzer stellt einen Fundamentalkonflikt des Urheberrechts dar. Während sich die aufeinander treffenden Positionen in den nationalen Rechtsordnungen allerdings kaum unterscheiden, haben sich im Hinblick auf die zum Ausgleich eingesetzte Regelungstechnik zwei unterschiedliche Grundtypen entwickelt. Das eine Modell – dessen prominentester und wirtschaftlich bedeutendster Vertreter die Vereinigten Staaten von Amerika sind – versucht den Interessenausgleich dadurch zu erreichen, dass einem umfassend gewährten Urheberrecht eine als offene Generalklausel ausgestaltete Urheberrechtsschranke gegenübergestellt wird. Der zweite, traditionell in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen vorzufindende und auch in das deutsche Urheberrechtsgesetz übernommene Typus stellt dagegen dem umfassend gewährten Urheberrecht einen abschließenden Katalog von Einzelausnahmen gegenüber.

Die Entscheidung zwischen Generalklausel und enumerativem Schranken-katalog bedeutet nicht nur eine Wahl zwischen zwei Normtextvarianten, sondern hat auch spürbare Auswirkungen auf die Urheberrechtsrealität. Vor dem Hintergrund der fortschreitenden technischen Entwicklung sehen sich die Schrankenvorschriften einem beständig wandelnden Umfeld ausgesetzt. Eine Schrankengeneralklausel vermittelt den Gerichten hierbei einen deutlich größeren Handlungsspielraum zur flexiblen Anpassung der Urheberrechtsschranken<sup>1</sup>, während die in abschließenden Katalogen enthaltenen Einzelausnahmen nicht in jedem Fall mit dem technischen Fortschritt mithalten können<sup>2</sup>. Im deutschen Recht der enumerativen Schranken

---

<sup>1</sup> Die sogenannte Flexibilitätsfunktion ist dabei nur eine (aber in Bezug auf die Fair Use-Doktrin die gleichwohl bedeutendste) Funktion von Generalklauseln; ausführlich zu den Funktionen von Generalklauseln *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 6 ff.; mit Blick auf die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 1 UWG a.F. *ders.*, Generalklausel und Richtrecht, S. 238 ff. (jew. m.w.N.).

<sup>2</sup> Vgl. hierzu etwa die Untersuchungen von *Dreier*, in: Schrickler (Hg.), Urheberrecht auf dem Weg in die Informationsgesellschaft, S. 139 ff. und *Poepfel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, 2005.

rufen daher – wie die jüngsten Reformvorhaben zeigen<sup>3</sup> – technische Veränderungen den Gesetzgeber auf den Plan und lassen bei Kritikern nicht selten den Wunsch nach einer umfassenden und flexibel ausgestalteten Schranke laut werden. Umgekehrt zeigt jedoch ein Blick in die Vereinigten Staaten, dass auch Schrankengeneralklauseln deutlicher Kritik ausgesetzt sind<sup>4</sup>, die sich vor allem an der mangelnden Vorhersehbarkeit von Nutzungssituationen entzündet.

Die vorliegende Arbeit widmet sich den Rechtssetzungsmöglichkeiten bei der Ausgestaltung urheberrechtlicher Schranken. Als Beispiel für eine Schrankengeneralklausel dient hierbei die in über einhundertjähriger Rechtsprechung von den US-amerikanischen Gerichten entwickelte und 1976 in den Copyright Act der USA (17 U.S.C. § 107) aufgenommene Fair Use-Doktrin. Als Gegenbeispiel eines abschließenden Schrankenataloges werden dieser Regelung die §§ 44a ff. des deutschen Urheberrechtsgesetzes gegenübergestellt. *Erstes Ziel* der Untersuchung ist es hierbei, beide Regelungskomplexe im Hinblick auf ihre Herkunft, ihre Funktion, ihren Anwendungsbereich und ihre konkrete Handhabung darzustellen und damit ein möglichst umfassendes Bild der Schrankenrealität in den Vereinigten Staaten und Deutschland zu vermitteln. Gerade der Blick auf die USA ist hier von Erkenntnisinteresse, da zur Fair Use-Doktrin zwar eine Vielzahl US-amerikanischer Abhandlungen existiert<sup>5</sup>, die Figur aber in dem vom kontinentaleuropäischen Rechtsdenken geprägten deutschen Sprachraum bislang häufig nur eine oberflächliche wissenschaftlich Behandlung erfahren hat<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.9.2003 (BGBl. I 1774) sowie die vom Bundestag am 5. Juli 2007 angenommene Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (BT-Drucks. 16/5939).

<sup>4</sup> Gerne wird in diesem Zusammenhang der Court of Appeals for the 2<sup>nd</sup> Circuit zitiert, der die Doktrin in *Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661, 662 (1939) als „the most troublesome in the whole law of copyright“ bezeichnet hat.

<sup>5</sup> Siehe beispielsweise die Monographie von *Patry*, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*, 2. Aufl. 1995, sowie die ausführlichen Abhandlungen bei *Nimmer/Nimmer*, *On Copyright*, § 13.05 und *Goldstein*, *Copyright*, § 10; kürzere Darstellungen finden sich unter anderem bei *Schechter/Thomas*, *Intellectual Property*, § 10 sowie *Miller/Davies*, *Intellectual Property* (Nutshell Series), § 23.

<sup>6</sup> Mit der Fair Use-Doktrin setzen sich in der deutschsprachigen Literatur unter anderem folgende Beiträge und Werke auseinander: *Schumann*, GRUR Int. 1969, 125; *Cepl*, *Mittelbare Urheberrechtsverletzung*, S. 190 ff.; *Götting/Fikentscher*, in: *Assmann/Bungert* (Hg.): *Handbuch des US-amerikanischen Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts*, Bd. 1 S. 491 ff.; *Hoebbel*, *Schutz von Sammelwerken*, S. 339 ff.; *Rieder*, *Copyrightverletzungen*, S. 195 ff.; *Tonninger*, *Copyright und Urheberrecht*, S. 222 ff.; *Wittgenstein*, *Digitale Agenda*, S. 65 ff.; ein Vergleich der Fair Use-Doktrin mit einzelnen Schrankenvorschriften oder -situationen findet sich unter anderem in Be-

Die Analyse der Schrankensysteme soll im Rahmen dieser Untersuchung nicht bei einem reinen Normtext- und Rechtsprechungsvergleich stehen bleiben. Als integraler Bestandteil des nationalen Urheberrechts stehen die Urheberrechtsschranken in einem ideengeschichtlichen und verfassungsrechtlichen Kontext. *Zweites Ziel* der vorliegenden Arbeit ist es daher, die Verwurzelung der jeweiligen Schrankensysteme im Verfassungsrecht und in der Urheberrechtstheorie herauszuarbeiten. Auch in diesem Zusammenhang ist gerade der vergleichende Blick auf das vom *common law* geprägte Recht der Vereinigten Staaten und das der *civil law*-Tradition zuzuordnende deutsche Recht reizvoll, da sich beide Urheberrechtsordnungen in ihrem ideengeschichtlichen Anknüpfungspunkt, ihrer methodischen Handhabung und ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung grundlegend unterscheiden.

Als *drittes Ziel* will die vorliegende Untersuchung zu der im Fluss befindlichen Diskussion über die inter- und supranationalen Vorgaben zur Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken beitragen. Im Mittelpunkt steht dabei zum einem das im sog. Dreistufentest enthaltene Erfordernis, Urheberrechtsschranken dürften nur „gewisse/bestimmte Sonderfälle“ betreffen. Zum anderen wird auf die Vorgaben der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft aus dem Jahr 2001<sup>7</sup> einzugehen sein. In beiden Fällen stellt sich die Frage, ob eine bereits bestehende oder eine noch zu schaffende Generalklausel mit den entsprechenden Vorgaben vereinbar ist oder wäre.

Aus rechtspolitischer Perspektive soll die Arbeit als *viertes Ziel* schließlich Vorschläge zur Einführung einer Schrankengeneralklausel aufgreifen und kritisch beleuchten. An diesem Punkt lässt sich die Frage stellen, ob die US-amerikanische Fair Use-Doktrin als Vorbild für eine entsprechende deutsche Regelung dienen könnte. Sowohl bei den inter- und supranationalen Vorgaben, als auch bei der rechtspolitischen Beurteilung knüpft die Untersuchung an die Dissertation von *Jan Poeppel* an<sup>8</sup>. *Poeppel* behandelt in seiner im Jahr 2005 erschienenen Arbeit sehr umfassend die Anpassung einzelner urheberrechtlicher Schranken vor dem Hintergrund der digitalen Nutzung und Verwertung und stellt dabei auch die Frage nach der Zuläs-

---

zug auf die Zitierfreiheit (*Oekonomidis*, Zitierfreiheit, S. 228 ff.; *Morant*, Zitat, passim), bei Fragen der urheberrechtlichen Beurteilung von Parodien (*Hasse*, Parodie versus Parody, S. 194 ff.), Musiktäuschbörsen (*Gampp*, GRUR Int. 2003, 991), Thumbnails (*Ott*, ZUM 2007, 119, 120 ff.) oder der „Google Book Search“ (*Kubis*, ZUM 2006, 370, 372 ff.; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 566 ff.).

<sup>7</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, Abl. EG L 167/10.

<sup>8</sup> *Poeppel*, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005.

sigkeit und Opportunität einer Schrankengeneralklausel im deutschen Recht. Die US-amerikanische Schrankenrealität als Prototyp einer general-klauselartigen Regelung findet in der von *Poeppel* bearbeiteten Aufgabenstellung allerdings nur am Rande Berücksichtigung. Hier setzt die vorliegende Arbeit an.

### B. Eingrenzung der Untersuchung auf einen Systemvergleich

Im Rahmen dieser Untersuchung ist es nicht möglich, einen vollständigen Vergleich der Schranken des Urheberrechtsgesetzes mit der Fair Use-Doktrin vorzunehmen. Die von der Doktrin erfassten Fälle sind derart vielfältig und das entsprechende Fallmaterial derart umfangreich, dass bereits die vollständige Darstellung der US-amerikanischen Schrankengeneralklausel den Umfang einer Dissertation sprengen würde. Gleiches gilt für den Schrankenkatalog des Urheberrechtsgesetzes, der eine komplexe Vielzahl äußerst unterschiedlicher Vorschriften enthält, die jeweils gesondert zum Gegenstand umfassender wissenschaftlicher Untersuchungen gemacht werden könnten. Statt dem Vergleich konkreter Schrankensituationen oder einzelner Schrankentatbestände widmet sich die vorliegende Arbeit daher der Gegenüberstellung der unterschiedlichen Regelungssysteme als solche.

Im Rahmen dieses Systemvergleiches wird es unumgänglich sein, auf konkrete Beispiele zurückzugreifen. Um die einzelnen Teile der Arbeit inhaltlich möglichst konsistent zu gestalten, soll bezüglich der deutschen Rechtslage schwerpunktmäßig die Zitierfreiheit als Beispiel dienen. Das Zitatrecht nach § 51 UrhG mit seiner abschließenden Aufzählung der einzelnen Zitatkategorien stellt ein Musterbeispiel für eine enge und kasuistisch formulierte Vorschrift dar. Hinzu kommt nicht nur, dass am Beispiel der Zitierfreiheit immer wieder der Streit um die erweiternde Auslegung der Urheberrechtsschranken entbrannt ist, sondern auch, dass die gegenwärtige Reformdiskussion zu einer Flexibilisierung der Zitierfreiheit führen wird<sup>9</sup>. In Bezug auf das durch eine dynamische Rechtsprechung geprägte US-amerikanische Recht werden als Beispiele schwerpunktmäßig die zur Fair Use-Doktrin ergangenen Entscheidungen des US Supreme Court, namentlich *Sony v. Universal*<sup>10</sup>, *Harper & Row v. Nation Enterprises*<sup>11</sup> und *Campbell v. Acuff-Rose*<sup>12</sup>, herangezogen<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Zu den Auswirkungen des „zweiten Korbs“ auf den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung siehe unten S. 85 f.

<sup>10</sup> 464 U.S. 417 (1984).

<sup>11</sup> 471 U.S. 539 (1985).

<sup>12</sup> 510 U.S. 569 (1994).

<sup>13</sup> Die Entscheidungen werden unten S. 37 ff. mit ihrem zugrunde liegenden Sachverhalt vorgestellt; der Rückgriff auf einen (möglicherweise sogar der Zitierfreiheit ver-

## C. Terminologisches

Im Hinblick auf die verwendete Terminologie ist vorab zu klären, wie die Begriffe „Schranke“, „Beschränkung“ und „Ausnahme“ in der vorliegenden Untersuchung gebraucht werden. Bei einer rechtsvergleichenden Arbeit ist dies bereits deshalb notwendig, weil den verschiedenen Rechtsordnungen keine einheitliche Begriffswelt zugrunde liegt<sup>14</sup>. Zudem finden sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur Stimmen, nach denen die genannten Termini Ausdruck inhaltlicher Unterschiede sind und daher nicht synonym verwendet werden sollten: Der Begriff „Ausnahme“ sei Ausdruck eines Rangverhältnisses zugunsten des Ausschließlichkeitsrechts und die „Ausnahme“ mithin eine „Insel von Freiheit in einem Meer von Exklusivität“<sup>15</sup>. Beim Begriff der „Schranke“ sei dieses Verhältnis umgekehrt und das Urheberrecht selbst „eine Insel von Exklusivität in einem Meer von Freiheit“<sup>16</sup>. Terminologische Differenzierungen finden sich auch in Bezug auf das Begriffsverständnis im internationalen Recht. *Sam Ricketson* verwendet beispielsweise den Begriff „limitation“ (Schranke) nur für Vorschriften, nach denen bestimmte Werkarten – etwa amtliche Texte (Art. 2 Abs. 4 RBÜ) – vom Urheberrechtsschutz ausgenommen sind oder vom nationalen Gesetzgeber ausgeschlossen werden können. Der Terminus „exception“ (Ausnahme) umschreibe dagegen Handlungen, die zwar für sich genommen eine Urheberrechtsverletzung darstellten, durch die Rechtsordnung aber dennoch zugelassen würden, beispielsweise das Zitatrecht nach Art. 10 Abs. 1 RBÜ<sup>17</sup>.

Die vorliegende Untersuchung schließt sich diesen Differenzierungen nicht an und verwendet die Begriffe „Schranke“, „Beschränkung“ und

---

gleichbaren) Unterfall der Fair Use-Doktrin ist dabei nicht möglich, da die Doktrin von der Rechtsprechung weitgehend nicht in Fallgruppen zerlegt, sondern im Rahmen einer *case by case*-Analyse behandelt wird; ausführlich zu diesem charakteristischen Merkmal der Doktrin unten S. 31 ff.

<sup>14</sup> Vgl. *Sirinelli*, Exceptions and Limits, S. 2; *Reinbothe*, FS Dittrich, S. 253; *Spoor*, in Baulch/Green/Wyburn (Hg.), Boundaries of Copyright, S. 29.

<sup>15</sup> *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 818.

<sup>16</sup> *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 818 f.; auf das den Urheberrechtsinhaber begünstigende Verständnis des Begriffes „exception“ weisen auch *Burrell/Coleman*, Copyright Exceptions, S. 10 f. hin; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 22, geht davon aus, dass der Begriff „exception“ besser zur kontinentaleuropäischen Rechtstradition passe, während der Begriff „limitation“ die Situation im anglo-amerikanischen Rechtskreis besser treffe; zum inhaltlichen Unterschied der Begriffe vor dem Hintergrund des Art. 10 WCT siehe *Reinbothe*, FS Dittrich, S. 253.

<sup>17</sup> *Ricketson*, WIPO Study on Limitations and Exceptions, S. 3 f.; ein wieder anderes Konzept deutet *Spoor*, in: Baulch/Green/Wyburn (Hg.), Boundaries of Copyright, S. 29 an, der den Begriff „limits“ für die „outer limits“ des Urheberrechtssystems verwendet.

„Ausnahme“ synonym<sup>18</sup>. Die von *Ricketson* vorgeschlagene Trennung ist im Rahmen dieser Arbeit bereits deshalb nicht angebracht, weil der Untersuchungsgegenstand sowohl auf US-amerikanischer als auch auf deutscher Seite keine Vorschriften erfasst, bei denen bestimmte Werkarten a priori vom Urheberrechtsschutz ausgenommen sind. Stattdessen folgen sowohl die Fair Use-Doktrin als auch der deutsche Schranken katalog formal dem Muster, dass in einer ersten Stufe zunächst ein Ausschließlichkeitsrecht gewährt wird, von dem in einer zweiten Stufe bestimmte Nutzungshandlungen freigestellt sind. Ferner intendiert die vorliegende Untersuchung auch keine inhaltliche Aufladung der Begriffe „Ausnahme“ und „Schranke“. Zwar wird sich im Verlauf der Arbeit herausstellen, dass im Vergleich zwischen deutschem und US-amerikanischem Recht deutliche strukturelle Unterschiede im Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Rechtsgewährung und -einschränkung feststellbar sind<sup>19</sup>, in der Terminologie der vorliegenden Untersuchung sollen diese Unterschiede allerdings nicht vorweggenommen werden.

#### *D. Gang der Untersuchung*

In Anlehnung an die bereits beschriebenen Ziele ist die Arbeit in vier Teile untergliedert. *Teil 1* der Untersuchung widmet sich zunächst einer konkreten Betrachtung der jeweiligen Schrankensysteme und ihrer Handhabung. Im Hinblick auf die US-amerikanische Fair Use-Doktrin (*Kapitel 1*) wird dabei zunächst allgemein auf die Ursprünge und Entwicklungslinien des US-amerikanischen Urheberrechts eingegangen und damit der Grundstein für eine detaillierte Betrachtung der Schrankengeneralklausel gelegt. Dem folgt eine Analyse der Fair Use-Doktrin im Hinblick auf ihren Charakter als richterrechtlich entwickeltes Institut. Den Schwerpunkt des ersten Kapitels bildet schließlich die inhaltliche Konkretisierung und Weiterentwicklung der Doktrin, wobei insbesondere auf die einzelnen sogenannten Fair Use-Faktoren eingegangen wird. Im Anschluss daran (*Kapitel 2*) richtet sich der Blick auf den Schranken katalog des Urheberrechtsgesetzes. Auch hier soll zunächst einleitend auf die Grundstruktur des deutschen Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung der Urheberrechtsschranken eingegangen werden, bevor die Grenzziehung zwischen zulässiger und unzulässiger Benutzung konkret am Beispiel der Zitierfreiheit (§ 51 UrhG) nachgezeichnet wird. Das zweite Kapitel schließt mit einer kritischen Untersuchung zu den im deutschen Urheberrecht geltenden Auslegungs-

---

<sup>18</sup> Vgl. auch den Hinweis von *Dreier*, in: *Dreyfuss/Zimmerman/First* (Hg.), *Expanding the Boundaries*, S. 307 sowie *Schricker/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rz. 11b.

<sup>19</sup> Siehe dazu unten S. 147 f. (US-Recht) und S. 181 ff. (deutsches Recht).

grundsätzen und -tendenzen und stellt diese der US-amerikanischen Rechtslage gegenüber.

*Teil 2* der Untersuchung setzt die Ergebnisse der konkreten Betrachtung in Beziehung zu den Urheberrechtstheorien und dem Verfassungsrecht. Auch hier wird zunächst auf die US-amerikanische Fair Use-Doktrin eingegangen (*Kapitel 3*) und ein Blick auf die in den Vereinigten Staaten vorherrschende ökonomisch-utilitaristisch motivierte Anreiztheorie (*incentive theory*) und ihre Verankerung in der US-amerikanischen Bundesverfassung geworfen. Dabei wird auch die Frage gestellt, inwieweit die Prämissen der Anreiztheorie noch mit der konkreten Ausgestaltung der US-amerikanischen Urheberrechtsordnung und der Realität kreativen Schaffens übereinstimmen. Im Anschluss daran widmet sich die Arbeit den Zusammenhängen zwischen US-amerikanischer Urheberrechtstheorie und Fair Use-Doktrin. In Bezug auf die deutsche Rechtslage (*Kapitel 4*) findet eine entsprechende Untersuchung statt, bei der zunächst ebenfalls die verfassungsrechtlichen und geistesgeschichtlichen Grundlagen skizziert und – was die Urheberrechtstheorie anbelangt – kritisch hinterfragt werden. Auf dieser Grundlage werden schließlich insbesondere die Zusammenhänge zwischen Verfassungsrecht und Schranken katalog aufgezeigt und dabei die Frage gestellt, welche Grenzen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit sich aus den Grundrechten und dem übrigen Verfassungsrecht ergeben und welche Unterschiede insoweit zwischen deutschem und US-amerikanischem Recht bestehen.

*Teil 3* der Arbeit ist schließlich den inter- und supranationalen Vorgaben für die gesetzgeberische Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken gewidmet. Hierbei wird zunächst auf den Einfluss des unter anderem in der Berner Übereinkunft und dem TRIPS-Abkommen enthaltenen Dreistufentests eingegangen (*Kapitel 5*). Neben einigen grundsätzlichen Überlegungen zur Funktion, Herkunft und Bedeutung dieser Schranken-Schranke interessiert dabei insbesondere die Frage, ob die Fair Use-Doktrin mit den Vorgaben der ersten Stufe des Dreistufentests („gewisse/bestimmte Sonderfälle“) vereinbart werden kann. In Bezug auf die deutsche Rechtslage lohnt zudem ein Blick auf die Auswirkungen der Informationsgesellschaftsrichtlinie (*Kapitel 6*). Hier stellt sich insbesondere die Frage, welche Vorgaben die Richtlinie dem Gesetzgeber für die Ausgestaltung der nationalen Urheberrechtsschranken macht und ob danach eine (hypothetische) Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischem Vorbild mit den Vorgaben der Richtlinie zu vereinbaren wäre.

Der abschließende *Teil 4* setzt sich mit rechtspolitischen Aspekten auseinander und untersucht die Möglichkeiten einer Flexibilisierung der deutschen Urheberrechtsschranken *de lege ferenda* (*Kapitel 7*). Als Rechtssetzungsmöglichkeiten werden hierbei die „große Lösung“ eines vollständi-

gen oder teilweisen Ersatzes des geltenden Schranken kataloges durch eine Schrankengeneralklausel nach Vorbild der Fair Use-Doktrin oder Dreistufentests, die „kleine Lösung“ einer partiellen Öffnung einzelner Schranken sowie die Möglichkeit der Integration einer Schrankengeneralklausel in den bestehenden Schranken katalog vorgestellt und auf ihre rechtspolitische Opportunität untersucht.

## Teil 1

# Schrankensysteme und ihre Handhabung: Generalklausel versus enumerativer Katalog von Einzelausnahmen

## Kapitel 1: Die Fair Use-Doktrin des US-amerikanischen Urheberrechts

### A. Einführung: Ursprung des US-amerikanischen Urheberrechts

#### I. Englische Wurzeln des US-amerikanischen Urheberrechts und frühe Urheberrechtsgesetzgebung in den Bundesstaaten

Wie zahlreiche weitere US-amerikanische Rechtsgebiete findet auch das Urheberrechtssystem Wurzel und Vorbild im englischen Recht<sup>1</sup>. Neben dem englischen *case law* spielen dabei traditionell auch englische Gesetze eine große Rolle und beeinflussen als Vorbild, Ausgangspunkt oder gar als bindendes Recht<sup>2</sup> bis heute die Rechtslage in den Vereinigten Staaten. Für die Urheberrechtsentwicklung von besonderer Bedeutung ist dabei das englische *Statute of Anne*<sup>3</sup> aus dem Jahr 1710<sup>4</sup>. Als *act for the encourage-*

---

<sup>1</sup> Allgemein zur Rezeption des englischen Rechts in den Vereinigten Staaten *Hay*, US-Amerikanisches Recht, Rz. 13 ff.; *Farnsworth*, Introduction, S. 6 ff.

<sup>2</sup> In einigen US-amerikanischen Bundesstaaten ist die Geltung des englischen Rechts bis heute per Gesetz vorgeschrieben; ein Beispiel hierfür ist etwa der Bundesstaat Indiana, wo IC 1-1-2-1 unter anderem festlegt: „The law governing this state is declared to be [...] [t]he common law of England, and statutes of the British Parliament made in aid thereof prior to the fourth year of the reign of James the First (except the second section of the sixth chapter of forty-third Elizabeth, the eighth chapter of thirteenth Elizabeth, and the ninth chapter of thirty-seventh Henry the Eighth,) and which are of a general nature, not local to that kingdom, and not inconsistent with the first, second and third specifications of this section.“; die Vorschrift ist online abrufbar unter <http://www.in.gov/legislative/ic/code/title1/ar1/ch2.html> (zuletzt besucht am 6. August 2007).

<sup>3</sup> 8 Anne c.19; ausführlich zum *Statute of Anne Patterson*, Copyright in Historical Perspective, S. 143 ff.; *Cornish*, in: Wadle (Hg.), Historische Studien, S. 57 ff.; *Ellins*, Copyright Law, S. 41 ff.; *Abrams*, 29 Wayne L. Rev. 1119, 1138 ff. (1983) (jew. m.w.N.).

<sup>4</sup> Das *Statute of Anne* wird gelegentlich auch auf das Jahr 1709 datiert und damit in Anlehnung an den damals geltenden Kalender zeitlich eingeordnet; da England seit dem Jahr 1752 dem gregorianischen Kalender folgt und das Jahr damit nicht mehr am 25. März (Mariä Verkündigung) sondern am 1. Januar beginnt, ist das *Statute of Anne* aus

*ment of learning* sprach dieses Gesetz dem Autor oder Verleger<sup>5</sup> ein auf 21 Jahre für veröffentlichte und auf 14 Jahre für unveröffentlichte Werke befristetes Ausschließlichkeitsrecht zu, das im Falle von unveröffentlichten Werken einmal um weitere 14 Jahre verlängert werden konnte, falls der Autor zu diesem Zeitpunkt noch lebte. Rechtspolitischer Hintergrund des *Statute of Anne* war unter anderem die Bekämpfung nicht genehmigter Nachdrucke sowie „the encouragement of learned men to compose and write useful books“<sup>6</sup>. Auch wenn bezweifelt wird, ob es sich aus historischer Sicht beim *Statute of Anne* tatsächlich um das erste echte Urheberrechtsgesetz handelt<sup>7</sup>, ist die herausragende Bedeutung des Gesetzes als Archetypus der anglo-amerikanischen Urheberrechtsordnung unumstritten<sup>8</sup>.

Die ersten urheberrechtlichen Aktivitäten auf amerikanischem Boden orientierten sich trotz der im Jahr 1776 erklärten politischen Unabhängigkeit spürbar am englischen Vorbild des *Statute of Anne*. Einer Empfehlung des Continental Congress vom 2. Mai 1783 folgend erließen zwölf der dreizehn Gründungsstaaten Urheberrechtsgesetze, die meist nach englischem Vorbild formuliert waren<sup>9</sup> und mehrheitlich in ihren Präambeln auch den aus dem *Statute of Anne* bekannten rechtspolitischen Hintergrund widerspiegeln<sup>10</sup>. Zwar wurde durch diese Gesetze formell erstmalig ein Urheberrecht auf dem amerikanischen Kontinent etabliert<sup>11</sup>, große prakti-

---

heutiger Sicht auf das Jahr 1710 zu datieren; *Patterson*, Copyright in Historical Perspective, S. 3; *Landes/Posner*, Economic Aspects, S. 1 (Fn. 3); vgl. auch *Oberndörfer*, Philosophische Grundlage, S. 134.

<sup>5</sup> Das durch das *Statute of Anne* gewährte Ausschließlichkeitsrecht konnte sowohl dem „author“ selbst, als auch seinem „bookseller“, „printer“ oder gar „other persons“ gewährt werden; 8 Anne c.19, § 1, vgl. auch *Cornish*, in: Wadle (Hg.), Historische Studien, S. 58 f.

<sup>6</sup> 8 Anne c.19, Präambel; zum rechtspolitischen Hintergrund siehe *Davies*, Copyright and the Public Interest, Rz. 1-002; *Abrams*, 29 Wayne L. Rev. 1119, 1140 ff. (1983); *Ellins*, Copyright Law, S. 41 ff.

<sup>7</sup> *Patterson*, Copyright in Historical Perspective, S. 143 verweist insoweit auf frühere englische Gesetze, wie etwa den Licensing Act von 1662, gibt allerdings gleichzeitig zu, dass es sich dabei in erster Linie um „censorship laws“ handelte.

<sup>8</sup> Siehe nur *Davies*, Public Interest, Rz. 1-002; zur parallelen Entwicklung des englischen und des US-amerikanischen Urheberrechts *Goldstein*, Copyright, S. 1:32 ff.

<sup>9</sup> *Walterscheid*, Nature, S. 73 f.; die einzelstaatlichen Gesetze sind abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 7 § C; ausführlich zu den vorkonstitutionellen Urheberrechtsgesetzen *Crawford*, 23 B. Cop. Soc’y USA 11 (1975); *Patterson*, Copyright in Historical Perspective, S. 183 ff.

<sup>10</sup> *Walterscheid*, Nature, S. 75 mit beispielhaftem Abdruck der Präambel des Urheberrechtsgesetzes von Massachusetts.

<sup>11</sup> Die Frage, ob zuvor bereits ein koloniales Urheberrecht existiert hatte, ist umstritten; verneinend *Patterson*, Copyright in Historical Perspective, S. 183; *Walterscheid*, Na-

sche Bedeutung erlangten die einzelstaatlichen Rechtsakte allerdings nie. Durch die Unterschiede der Gesetze und die häufig zwingend vorgesehene Reziprozität wurde zudem bereits kurz nach Erlass der einzelstaatlichen Akte das Bedürfnis nach einer bundeseinheitlichen Gesetzgebung ersichtlich<sup>12</sup>.

## II. *Intellectual property clause* und erstes Bundesurheberrechtsgesetz (1790)

Als erster Schritt zu einem einheitlichen Bundesurheberrecht wurde in der US-amerikanischen Bundesverfassung die Gesetzgebungskompetenz des Kongresses für das Gebiet des Geistigen Eigentums festgelegt. Ausdrücklich heißt es in Art. 1 sec. 8 cl. 8:

„The Congress shall have Power [...] [t]o 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.“

Der Verfassungskonvent nahm diese auch als *intellectual property clause* oder *copyright clause* bezeichnete Vorschrift einstimmig und ohne Diskussion in den Verfassungstext auf<sup>13</sup>. Die Klausel stellt das Fundament der US-amerikanischen Urheberrechtsgesetzgebung dar und ist für das Rechtsverständnis von größter Bedeutung. Auch im Verlauf der vorliegenden Untersuchung wird mehrfach auf den Einfluss der *intellectual property clause* auf das Urheberrecht im Allgemeinen und die Schrankensystematik im Besonderen einzugehen sein. Bereits an dieser Stelle sei angemerkt, dass dem Urheberrechtsschutz durch die Klausel – anders als beispielsweise in Deutschland – ein „Ehrenplatz“<sup>14</sup> in der Verfassungsordnung zugewiesen wird. Bemerkenswert ist auch, dass die verfassungsrechtliche Ermächtigung zugleich ein *statement of purpose* enthält und die dem Urheberrechtssystem zugrunde liegende Motivation, nämlich Förderung des Fortschritts von „Science and useful Arts“, ausdrücklich offen legt. Den Begriff „Science“ verstand man im 18. Jahrhundert allerdings nicht eng im Sinne von (Natur-) Wissenschaft, sondern weit im Sinne von „knowledge“ und „learning“<sup>15</sup>. Anders als nach heutigem Sprachverständnis zu vermuten,

---

ture, S. 73; von einem beschränkten, eher an Druckprivilegien orientierten Urheberrecht ausgehend *Abrams*, 29 *Wayne L. Rev.* 1119, 1171 f. (1983).

<sup>12</sup> *Patterson*, *Copyright in Historical Perspective*, S. 192.

<sup>13</sup> *Elliot* (Hg.), *Debates*, S. 512; *Patterson*, *Copyright in Historical Perspective*, S. 193; *Crawford*, 23 *B. Cop. Soc’y USA* 11, 36 (1975); ausführlich zur Entstehung der *intellectual property clause* *Fenning*, 17 *Geo. L.J.* 109 (1929); *Patterson*, 47 *J. Cop. Soc’y USA* 365, 374 ff. (2000).

<sup>14</sup> *Dietz*, *GRUR Int.* 2006, 1, 3.

<sup>15</sup> *Walterscheid*, *Nature*, S. 125 f. mit Verweis auf das zeitgenössische *Dictionary of the English Language* von *Samuel Johnson*.

bezieht sich die Erwähnung des „Progress of Science“ damit auf den urheberrechtlichen Teil, während mit den „useful Arts“ thematisch das Patentrecht angesprochen wird<sup>16</sup>.

Im Jahr 1790 erließ der Kongress auf Basis der *intellectual property clause* das erste Bundesurheberrechtsgesetz<sup>17</sup>. In gleicher Weise, in der die *intellectual property clause* mit ihrer Betonung der Förderung von Wissen und Wissenschaft das Grundmotiv des *Statute of Anne* aufnahm, wies auch der 1790 Copyright Act sprachlich und inhaltlich deutliche Parallelen zum englischen Vorbild auf und übernahm beispielsweise dessen Titel fast wörtlich<sup>18</sup>. Ähnlich wie im englischen Recht konnten Autoren und Verleger nach dem 1790 Copyright Act ein auf zweimal 14 Jahre befristetes Ausschließlichkeitsrecht erwerben. Schutzvoraussetzung war zum einen, dass das Werk aus den Gattungen „maps, charts and books“ stammte, zum anderen musste das Werk beim zuständigen Gericht registriert und ein Exemplar hinterlegt werden<sup>19</sup>. Der 1790 Copyright Act bildet den Ursprung des US-amerikanischen gesetzlichen Urheberrechts und blieb trotz einiger Änderungen und Erweiterungen bis zur ersten grundlegenden Revision des durch den 1909 Copyright Act<sup>20</sup> in Kraft. Die zweite große Revision des US-amerikanischen Urheberrechts erfolgte schließlich mit dem auch heute noch geltenden und in 17 U.S.C. aufgenommenen 1976 Copyright Act.

### *B. Methodenfragen: Fair Use als richterrechtlich entwickelte Generalklausel*

#### *I. Vorbemerkung: Funktion und Selbstverständnis US-amerikanischer Gerichte*

##### *1. Common law und statutory law im US-Rechtssystem*

Das US-amerikanische Recht unterscheidet sich hinsichtlich der Rechtsquellenlehre deutlich vom kontinentaleuropäischen *civil law*-System.

---

<sup>16</sup> Siehe zu dieser terminologischen Frage auch *Goldstein*, Copyright, S. 1:33; *Cohen/u.a.*, Copyright, S. 28; *Dietz*, GRUR Int. 2006 1, 2 (Fn. 12); *Patterson*, 47 J. Cop. Soc’y USA 365, 367 (2000).

<sup>17</sup> An Act for the encouragement of learning by securing the copies of maps, charts, and books, to the authors and proprietors of such copies, during the times therein mentioned. Act of May 31, 1790 (1 Stat. 124), abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 7 § D, online verfügbar unter <http://www.copyright.gov/history/1790act.pdf> (zuletzt besucht am 6. August 2007).

<sup>18</sup> *Dietz*, GRUR Int. 2006, 1, 3; siehe auch *Davies*, Public Interest, Rz. 5-002; *Seltzer*: Exemptions and Fair Use, S. 9.

<sup>19</sup> Ausführlich zum 1790 Act *Patterson*, Copyright in Historical Perspective, S. 197 ff.

<sup>20</sup> 35 Stat. 1075.

Größter und auffälligster Unterschied der beiden Konzepte ist die Bedeutung des ohne gesetzliche Grundlage auskommenden Richterrechts (in den USA als *common law* bezeichnet<sup>21</sup>). Während in Deutschland die Rechtsfindung formal vom Gesetz ausgeht, können US-amerikanische Gerichte ihre Entscheidungen auch ohne formal-gesetzliche Grundlage aufgrund des *common law* fällen. Die konkrete Urteilsfindung erfolgt dabei in der Weise, dass induktiv aus der Summe der bislang entschiedenen Einzelfälle mittels eines Fallvergleichs Rechtsgrundsätze gewonnen und auf gleiche oder vergleichbare Sachverhalte übertragen werden<sup>22</sup>. Das Gericht „entdeckt“ bei diesem Vorgang nach moderner, durch den *legal realism* geprägter Rechtstheorie nicht lediglich bereits existierendes *common law*, sondern wird selbst rechtsetzend anstelle des Parlaments tätig<sup>23</sup>. Typische Rechtsgebiete, die in den Vereinigten Staaten vornehmlich auf derart ungeschriebenen Rechtssätzen beruhen, sind das Deliktsrecht (*torts*) und große Teile des Vertragsrechts (*contracts*<sup>24</sup>).

Neben dem *common law* existieren in den Vereinigten Staaten in zunehmendem Maße auch Gesetze (*statutory law*), die sich jedoch hinsichtlich Form und Handhabung deutlich von ihren deutschen Pendanten unterscheiden. Aufgrund der historischen, vom ungeschriebenen Richterrecht

---

<sup>21</sup> Die Bezeichnung *common law* wird als „schillernder Begriff“ (*Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, S. 31) in unterschiedlicher Weise verwendet: Während es in den Vereinigten Staaten üblich ist, *common law* mit richterrechtlich entwickeltem Recht ohne gesetzliche Grundlage gleichzusetzen (vgl. *Burnham*: Introduction, S. 39), wird im englischen Raum der Begriff *common law* zum Teil enger verstanden und im Bereich des ungeschriebenen Rechts dem *equity* gegenüber gestellt; zu den verschiedenen Begrifflichkeiten siehe auch *Farnsworth*, Introduction, S. xi; *Garner*, Black's Law Dictionary, Stichwort „common law“ (1. „body of law derived from judicial decisions, rather than from statutes or constitutions [...]“; 2. „body of law based on the english legal system, as distinct form a civil-law system [...]“; 3. „general law common to the country as a whole, as opposed to special law that has only local application [...]“; 4. „body of law deriving from law courts as opposed to those sitting in equity [...]“).

<sup>22</sup> Ausführlich *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 108 ff.; *Hasse*, Parodie v. Parody. S. 160 f.; *Zweigert/Kötz*, Einführung, S. 257; *Cooper*, 63 Harv. L. Rev., 468, 470 f. (1950) hält dazu fest: „A civilian system differs from a common law system much as rationalism differs from empiricism or deduction from induction. The civilian naturally reasons from principles to instances, the common lawyer from instances to principles“.

<sup>23</sup> Die klassische „declaratory theory“ ging stattdessen davon aus, der Richter decke als „oracle of the law“ lediglich das bereits existierende *common law* auf; *Burnham*, Introduction, S. 44; zur „soziologischen Rechtsschule“ und dem *legal realism* siehe *Zweigert/Kötz*, Einführung, S. 241 ff.

<sup>24</sup> Klassisches *common law*-Vertragsrecht betrifft etwa Immobiliarkaufverträge, während der Verkauf beweglicher Sachen in den meisten Bundesstaaten vom Uniform Commercial Code (UCC) bzw. dessen einzelstaatlicher Umsetzung erfasst wird (zum Anwendungsbereich des UCC vgl. dessen § 2-102, §2-103 [k]).

ausgehenden Entwicklung des anglo-amerikanischen Rechts werden Gesetze nach wie vor als Fremdkörper angesehen, die die bestehende *common law*-Rechtslage nur partiell korrigieren, nicht aber umfassend ersetzen oder erweitern<sup>25</sup>. US-amerikanische Gerichte gehen daher nicht selten davon aus, dass das *common law* als Auffangregel weiter existiert und sehen kaum die Notwendigkeit, Gesetze durch Auslegung weiter auszudehnen als unbedingt notwendig. Als Folge ist bis heute eine extensive Gesetzesauslegung die Ausnahme, die enge und stark am Wortlaut orientierte Interpretation des geschriebenen Rechts dagegen die Regel<sup>26</sup>. Die Auslegungspraxis hat wiederum Einfluss auf die Gesetzgebungstechnik. Das englische und das US-amerikanische Parlament versuchen, durch möglichst genaue gesetzliche Vorgaben Missverständnisse zu vermeiden und tendieren daher zu einer pedantisch-detaillierten Regelungstechnik<sup>27</sup>. Als Konsequenz zeichnen sich US-amerikanische Gesetze in aller Regel durch einen im Vergleich mit kontinentaleuropäischen Rechtsakten wesentlich höheren Detailreichtum und eine deutlich stärkere Differenzierung aus<sup>28</sup>. Als Beispiel kann bereits hier auf den die Fair Use-Doktrin ergänzenden hochkomplizierten (aber in der Praxis weniger bedeutenden) Katalog von gesetzgeberischen Einzelausnahmen (17 U.S.C. §§ 108 ff.) verwiesen werden<sup>29</sup>. Auch sei bereits hier darauf hingewiesen, dass die Fair Use-Doktrin aufgrund ihres Ursprunges als richterrechtlich entwickeltes Institut ausnahmsweise nicht dem typischen Bild US-amerikanischer Gesetze entspricht<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Dieser Ansatz ist bis heute im englischen Recht spürbar: „[I]n the absence of any clear indication to the contrary Parliament can be presumed not to have altered the *common law* farther than was necessary to remedy the ‚mischief‘“, *Black Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1975] 1 All. E.R. 810 (814) (HL); zum historischen Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung in England *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 161 ff., *Zweigert/Kötz*, Einführung, S. 259 f.; *Blumenwitz*, Einführung, S. 45 (Gesetzesrecht als „Rechtsquelle zweiten Ranges“); *Lepsius*, Verwaltungsrecht unter dem Common Law, S. 40 f. stellt fest, dass „das Common Law den überkommenen, neutralen oder natürlichen Rechtszustand symbolisiert, an dem sich gesetzliche Änderungen bewähren und messen lassen müssen.“

<sup>26</sup> *Burnham*, Introduction, S. 50 ff. (m.w.N.); zu den Auslegungsunterschieden siehe auch *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 554; als klassische Abhandlung über die Bedeutung und Auslegung des Gesetzesrechts in den USA siehe *Pound*, 21 Harv. L. Rev. 383 (1908).

<sup>27</sup> Vgl. *Blumenwitz*, Einführung, S. 45; *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 163 („Teufelskreis“ zwischen Auslegung und Gesetzgebungstechnik).

<sup>28</sup> *Burnham*, Introduction, S. 49, Fn. 57 vergleicht als Beispiel das deutsche Produkthaftungsgesetz mit dem vom U.S. Department of Commerce vorgeschlagenen hochkomplexen Model Uniform Product Liability Act.

<sup>29</sup> Siehe dazu unten S. 20 f. mit Fn. 57.

<sup>30</sup> Siehe dazu unten S. 19.

## 2. Bindungswirkung US-amerikanischer Gerichtsentscheidungen

Die Einheitlichkeit des US-amerikanischen wie des englischen Rechts wird durch die Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen gewährleistet<sup>31</sup>. Eine solche Wirkung existiert sowohl hinsichtlich des *common law* als auch im Hinblick auf Gerichtsentscheidungen, die das *statutory law* auslegen<sup>32</sup>. Beide Formen bindender Urteile werden im US-amerikanischen Recht unter dem Oberbegriff *case law* zusammengefasst.

Die Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen wird häufig mit dem Gleichheitssatz begründet und folgt dem Grundsatz *stare decisis et non quieta movere*. Danach sind die Vorgaben höherer Gerichte derselben Jurisdiktion<sup>33</sup> als *precedents* zwingend zu beachten<sup>34</sup>. (Urheberrechts-) Entscheidungen des US Supreme Court binden daher alle Bundesgerichte, Urteile der US Court of Appeals lediglich die Instanzgerichte (District Courts). Neben dieser vertikalen Wirkung besteht im Grundsatz auch eine Bindung von Gerichten an ihre eigenen, früher ergangenen Urteile. Im Vergleich mit England wird diese horizontale *stare decisis* in den USA allerdings weniger streng gehandhabt, so dass sich insbesondere die obersten Gerichte flexibel zeigen und nicht selten ihre eigenen Entscheidungen „overrulen“<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Allgemein zur Bindungswirkung von Präjudizien *Engisch*, Einführung, Kap. VIII (S. 238 ff.); *Blumenwitz*, Einführung, S. 24 ff.; *Fikentscher*, Methoden, Bd. II, 1975, S. 256 ff.

<sup>32</sup> Zum generellen Gleichlauf zwischen der Bindungswirkung von *common law*-basierten und *statutory law*-basierten Entscheidungen *Farnsworth*, Introduction, S. 78; *Burnham*, Introduction, S. 38 ff.

<sup>33</sup> Die Beschränkung der Bindungswirkung auf eine Jurisdiktion hat für die vorliegende Arbeit praktisch keine Bedeutung, da die Fair Use-Doktrin als Teil des 1976 Copyright Act dem *federal law* angehört und damit einheitlich von den Bundesgerichten gehandhabt wird.

<sup>34</sup> Zur Bindungswirkung von Gerichtsentscheidungen im US-amerikanischen Recht *Burnham*, Introduction, S. 64 f.; *Cross/Harris*, Precedent in English Law, S. 19 f., zum englischen Recht *Cross/Harris*, Precedent in English Law, S. 3 ff.; *David*, Bindung des Richters; *Blumenwitz*, Einführung, S. 25 f.

<sup>35</sup> *Hay*, US-amerikanisches Recht, Rz. 21; *Zweigert/Kötz*, Einführung, S. 255; *Fikentscher*, Methoden, Bd. II S. 259 f. führt das Abrücken von einer allzu strengen *stare decisis*-Regel in den USA auf den methodischen Einfluss von *Holmes*, *Pound*, *Brandeis* und *Cardozo* zurück; für die Auslegung des *statutory law* wird auch eine strengere Anwendung des *stare decisis*-Grundsatzes diskutiert, *Marshall*, 88 Mich. L. Rev. 177 (1989); der US Supreme Court hat sich dem allerdings bislang nicht angeschlossen, *Monell v. Department of Social Services of the City of New York*, 436 U.S. 658, 695 (1978); *Burnham*, Introduction, S. 65; in England hat das House of Lords mit einer Erklärung aus dem Jahr 1966 (abgedruckt in [1966] 1 WLR 1234) die Bindung an eigene Entscheidungen aufgegeben, siehe dazu *Ohly*, Generalklausel, S. 106; *Cross/Harris*, Precedent in English Law, S. 135 ff.

In jedem Fall ist die Bindungswirkung eines Urteils auf das *holding* (in England häufiger *ratio decidendi*), also die Beurteilung des zugrunde liegenden Originalfalles, beschränkt. Die im Urteil ohne konkreten Bezug zur Lösung des vorliegenden Falles geäußerten Rechtsauffassungen (*obiter dicta*) lösen dagegen keine derartige Wirkung aus und können lediglich als minderverbindliche *persuasive authority* berücksichtigt werden<sup>36</sup>. Die Bindungswirkung von Entscheidungen ist damit streng auf den Streitgegenstand beschränkt und führt – entgegen eines in Kontinentaleuropa verbreiteten Missverständnisses – nicht zu einer gesetzesgleichen Wirkung der Urteilsbegründung<sup>37</sup>. Als praktische Folge der Fallrechtsmethode besteht der Kernpunkt der gerichtlichen Rechtsfindung im anglo-amerikanischen Recht in der Analyse der zu einer Sachfrage ergangenen *precedents* und deren Vergleich mit dem vom Gericht zu beurteilenden Fall. Lässt sich der konkrete Fall auf tatsächlicher Ebene nicht mit den entschiedenen Originalfällen vergleichen, so entfalten die bestehenden *precedents* keine zwingende Wirkung und das Gericht ist bei der Rechtsfindung nicht an vorherige Urteile gebunden. Dieses *distinguishing* als Hauptmerkmal der Rechtsfindung hat auch zur Folge, dass sich Gerichtsentscheidungen nicht selten in erster Linie mit früher ergangenen Urteilen und weniger mit rechtswissenschaftlichen Meinungen auseinandersetzen<sup>38</sup>.

Für die vorliegende Arbeit sind diese Feststellungen von nicht unerheblicher Bedeutung. Zum Verständnis des US-amerikanischen Urheberrechts und der Fair Use-Doktrin ist immer auch eine Auseinandersetzung mit den zu einer Sachfrage ergangenen Urteilen erforderlich. Gerichtsentscheidungen stellen dabei – anders als im deutschen Recht – nicht nur Auslegungsvarianten, sondern bindendes Recht dar und sind von unteren Gerichten in gleich gelagerten Fällen als solches zwingend zu beachten. Den Entscheidungen der US Court of Appeals kommt demnach in aller Regel eine wich-

---

<sup>36</sup> Zur Unterscheidung zwischen *ratio decidendi* und *obiter dicta* Blumenwitz, Einführung, S. 35 ff.; Farnsworth, Introduction, S. 54 f.; Hay, US-amerikanisches Recht, Rz. 22; Rütters, Rechtstheorie, Rz. 238; Zweigert/Kötz, Einführung, S. 254 f.; weitere Beispiele für *persuasive authority* sind Gerichtsentscheidungen aus anderen Jurisdiktionen, Sondervoten einzelner Richter oder rechtswissenschaftliche Werke; zu den methodischen Ansätzen bei der Ermittlung der *ratio decidendi* siehe Langenbucher, Entwicklung und Auslegung, S. 68 ff.

<sup>37</sup> Ohly, AcP 201 (2001), 1, 25.

<sup>38</sup> Mit Bezug auf US-amerikanische Law Reviews Zimmermann, in ders. (Hg.), Amerikanische Rechtskultur, S. 111 f.; für den Gegenstand dieser Arbeit muss diese Feststellung allerdings relativiert werden; nicht selten nehmen die Gerichte hier auf Monographien (beispielsweise die Werke von Ball oder Nimmer) Bezug; in *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 (1994) bezieht sich der US Supreme Court bei der Einführung des Begriffs „transformative“ – und damit an einer für das Urteil entscheidenden Stelle – ausdrücklich auf den Aufsatz von Leval, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1990).

tige, Urteilen des US Supreme Court sogar eine überragende Bedeutung zu<sup>39</sup>.

## II. Ursprünge und Entwicklung der Fair Use-Doktrin

### 1. Richterrechtliche Ursprünge

Bereits im 18. und frühen 19. Jahrhundert finden sich erste englische Entscheidungen, in denen die Nutzung geschützter Werke unter bestimmten Voraussetzungen als „fair“ eingeordnet und daher nicht als Urheberrechtsverletzung angesehen wurde<sup>40</sup>. Terminologisch verwendeten die englischen Gerichte dabei meist den Begriff „fair abridgement“<sup>41</sup>, manchmal auch die Bezeichnungen „fair criticism“<sup>42</sup>, oder „fair quotation“<sup>43</sup>. Als erstes entsprechendes Urteil in den Vereinigten Staaten gilt die Entscheidung *Folsom v. Marsh*<sup>44</sup> des Circuit Court Massachusetts aus dem Jahr 1841. Das Gericht hatte in diesem Verfahren über die Frage zu entscheiden, ob die Übernahme urheberrechtlich geschützten Materials (Briefe im Gesamtumfang von 353 Seiten) aus der zwölbändigen Washington-Biographie des Klägers in die zweibändige Washington-Biographie des Beklagten eine Verletzung des klägerischen Urheberrechts darstellte. *Justice Story* setzte sich in seinem Urteil mit mehreren englischen Entscheidungen zum „fair abridgement“ auseinander, bejahte im Ergebnis eine Urheberrechtsverletzung und legte dabei die Kriterien fest, nach denen sich die Frage einer fairen Benutzung in Zukunft bestimmen sollte:

„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“<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> Zu den Leitentscheidungen des höchsten US-amerikanischen Gerichts in Bezug auf die Fair Use-Doktrin siehe unten S. 37 ff.

<sup>40</sup> Zu den englischen Wurzeln der Fair Use-Doktrin *Patry, Fair Use*, S. 6 ff.; *Schumann*, GRUR Int. 1969, 125, 125 f.; *Cohen/u.a.*, Copyright, S. 492 f; *Leval*, 103 Harv. L. Rev., 1105, 1105 (1990).

<sup>41</sup> Etwa *Gyles v. Wilcox*, 26 Eng. Rep. 489, 490 (Ch. 1740); *Dodsley v. Kinnersley*, 27 Eng. Rep. 270 (Ch. 1761).

<sup>42</sup> *Campbell v. Scott*, 59 Eng. Rep. 784, 787 (1802).

<sup>43</sup> *Wilkins v. Aikin*, 34 Eng. Rep. 163, 164 (Ch. 1810); *Campbell v. Scott*, 59 Eng. Rep. 784, 786 (1802); in *Cary v. Kearsley*, 170 Eng. Rep. 679, 680 (1802) heißt es recht lapidar: „a man may fairly adopt part of a work of another“.

<sup>44</sup> 9 F.Cas. 342 (1841); siehe allerdings *Patry, Fair Use Privilege*, S. 19 mit dem Hinweis, dass einige Aspekte aus *Folsom v. Marsh* bereits in der zwei Jahre früher ergangenen Entscheidung *Gray v. Russel*, 10 F.Cas. 1035 (C.C.D.Mass. 1839) anklingen.

<sup>45</sup> *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841).

Die Entscheidung *Folsom v. Marsh* und insbesondere deren eben zitierte Passage legte den Grundstein der US-amerikanischen Fair Use-Rechtsprechung und hat trotz Kodifizierung der Doktrin durch den 1976 Copyright Act bis heute spürbare Bedeutung<sup>46</sup>. Der Begriff „Fair Use“ taucht allerdings in der Entscheidung selbst nicht auf und wurde erst später in *Lawrence v. Dana*<sup>47</sup> eingeführt. Bis zum 1976 Copyright Act existierte die Doktrin als richterrechtliche Einschränkung des gesetzlichen Urheberrechts und führte zu zahlreichen Urteilen, die in aller Regel inhaltlich auf *Folsom v. Marsh* Bezug nahmen und sich insgesamt durch eine starke Einzelfallbezogenheit auszeichneten<sup>48</sup>.

## 2. Kodifikation der Doktrin durch den 1976 Copyright Act

Der am 1. Januar 1978 in Kraft getretene 1976 Copyright Act (17 U.S.C.) war das Ergebnis eines mehr als 20 Jahre dauernden umfangreichen Gesetzgebungsverfahrens<sup>49</sup>. Im Zuge der Reform entschied sich der Kongress, erstmalig die Fair Use-Doktrin in das geschriebene Recht aufzunehmen und schuf § 107, der in seiner heutigen Fassung<sup>50</sup> folgenden Wortlaut hat:

17 U.S.C. § 107. Limitations on exclusive rights: Fair use: Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright.

---

<sup>46</sup> Siehe etwa die jüngste Fair Use-Entscheidung des US Supreme Court in *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569 (1994), in der das Gericht bei der Analyse der einzelnen Fair Use-Faktoren mehrfach auf *Folsom v. Marsh* Bezug nimmt (S. 579, 586, 590).

<sup>47</sup> 15 Fed.Cas. 26, 58 (C.C.D. Mass. 1869); im englischen Recht taucht der Begriff „Fair Use“ zum ersten Mal in der Entscheidung *Lewis v. Fullarton*, 48 Eng. Rep. 1080, 1081 (Rolls Ct. 1839) auf.

<sup>48</sup> Als Übersicht zur Rechtslage vor der Kodifizierung der Doktrin siehe *Schumann*, GRUR Int. 1969, 125; *Yankwich*, 22 U. Chi. L. Rev. 203 (1954).

<sup>49</sup> Den Umfang illustrieren beispielsweise die 34 vom Senate Committee for the Judiciary, Subcommittee on Patents, Trademarks and Copyright in Auftrag gegebenen Copyright Revision Studies (Überblick in GRUR Int. 1962, 234, 234 ff.); siehe dort vor allem die Studie No. 14 von *Alan Latman* (Fair Use of Copyrighted Works); aus der deutschsprachigen Literatur zum 1976 Copyright Act siehe *Spindler*, GRUR Int. 1977, 421; *Westerholt-Weisstanner*, UFITA 82 (1978), 5 ff.; zur Kodifikation der Fair Use-Doktrin durch den 1976 Copyright Act *Freid*, 22 N.Y.L. Sch. L. Rev. 497 (1977); *Schumann*, GRUR Int. 1969, 122, 133 f.; zu Revisionsvorschlägen mit Bezug auf Fair Use vor dem 1976 Copyright Act *Latman*, Fair Use (Study No. 14), S. 18 ff.; vgl. auch *Schulman*, 53 Iowa L. Rev. 832 (1968).

<sup>50</sup> Die Einfügung des § 106A erfolgte durch den *Visual Artists Rights Act 1990* (VARA); der letzte Halbsatz über unpublished works wurde 1992 eingefügt (H.R. 4412); ausführlich dazu unten S. 59 ff.

In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include—

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

Die offene generalklauselartige Fassung der Fair Use-Doktrin widerspricht zwar augenscheinlich der ansonsten im anglo-amerikanischen Recht vorherrschenden Detailverliebtheit des Gesetzgebers<sup>51</sup>, lässt sich aber mit einem Blick auf die in den Gesetzgebungsmaterialien festgehaltene Motivation des Kongresses erklären. Der Gesetzgeber orientierte sich bewusst an den von den Gerichten auf Grundlage von *Folsom v. Marsh* in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen und destillierte daraus die vier in § 107 aufgezählten sogenannten Fair Use-Faktoren<sup>52</sup>. Die Kodifizierung der Doktrin knüpft damit zum einen an die bereits bestehende (ungeschriebene) Rechtslage an<sup>53</sup>, enthält zum anderen durch ihre offene Fassung aber auch einen in die Zukunft gerichteten Regelungsauftrag der Gerichte<sup>54</sup>. Es findet damit eine *formelle* Zuweisung der Doktrin zum *statutory law* statt, ohne dass dadurch *inhaltlich* die bis zur Kodifizierung von der Rechtsprechung entwickelten *common law*-Grundsätze geändert oder die Gerichte in ihrem Handlungsspielraum wesentlich eingeschränkt wür-

<sup>51</sup> Siehe dazu bereits oben S. 14; auf den Unterschied zwischen 17 U.S.C. § 107 und anderen gesetzlichen Vorschriften weisen auch *Patry/Perlmutter*, 11 Cardozo Arts & Ent. L.J. 667, 674 (1993) hin und ziehen daraus den Schluss: „It is therefore misleading to characterize section 107 as a ‚codification‘ of the doctrine“.

<sup>52</sup> Vgl. *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 65; *Leval*, 103 Harv. L. Rev., 1105, 1105 (1990).

<sup>53</sup> Deutlich *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 66: „Section 107 is intended to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way“; siehe zu dieser Frage aber auch, *Pacific and Southern Co. v. Duncan*, 744 F.2d 1490, 1495 (Fn. 7) (11<sup>th</sup> Cir. 1984) („The House Committee on the Judiciary may have overstated its intention to leave the doctrine of fair use unchanged, because the statute clearly offers new guidance for courts considering fair use defenses“) sowie *Crews*, *Challenge for Universities*, S. 33.

<sup>54</sup> Zu diesem Aspekt vgl. *Patry/Perlmutter*, 11 Cardozo Arts & Ent. L.J. 667, 674 (1993), die davon ausgehen, dass 17 U.S.C. § 107 eine Anweisung an die Gerichte enthält, die bereits bestehenden *common law*-Grundsätze weiter zu entwickeln; *Cohen/u.a.*, Copyright, S. 493 f. sprechen davon, dass durch § 107 die „lawmaking authority“ bewusst an die Gerichte (zurück-) delegiert wurde.

den<sup>55</sup>. Folgerichtig ist die Vorschrift generalklauselartig gefasst und nicht – wie sonst in US-amerikanischen Gesetzen üblich – detailliert umschrieben. Die Fair Use-Doktrin ist somit ein hybrides Rechtsinstitut zwischen *common law* und *statutory law*.

### 3. Verhältnis der Fair Use-Doktrin zu den 17 U.S.C. §§ 108 ff.

Neben der als offene Generalklausel gestalteten Fair Use-Doktrin enthält das US-amerikanische Urheberrecht in den 17 U.S.C. §§ 108-122 eine Vielzahl weiterer gesetzgeberischer Schranken. Als Ergebnis teils langwieriger politischer Diskurse bilden diese *statutory exceptions* einen den anglo-amerikanischen Gesetzgebungsgewohnheiten entsprechenden<sup>56</sup> hochdifferenzierten und äußerst umfangreichen Schrankenkomplex<sup>57</sup>. Die Vorschriften sind meist auf die Bedürfnisse bestimmter Verwertungsindustrien zugeschnitten, gelten daher in aller Regel nur für einzelne Werkkategorien und/oder Verwertungsrechte und sehen etwa die urheberrechtliche Erschöpfung vor (§ 109) oder erlauben bestimmte Nutzungshandlungen, wie etwa die Vervielfältigung durch Bibliotheken und Archive (§ 108), die Aufführung zu Unterrichtszwecken (§ 110 [1]) oder ephemere Aufzeichnungen (§ 112)<sup>58</sup>. In ihrer Bedeutung treten die 17 U.S.C. §§ 108 ff. deutlich hinter der Fair Use-Doktrin zurück<sup>59</sup>. Inhaltlich besteht dabei – wie beispielhaft der Vergleich von § 110 (1) und § 107 zeigt – zwischen den *statutory exceptions* und der Fair Use-Doktrin nicht selten eine Überlappung<sup>60</sup>. Die Tatsache, dass eine Nutzungshandlung bereits von

---

<sup>55</sup> Vgl. auch *Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432, 435 (9<sup>th</sup> Cir.1986): "[T]hat enactment did not freeze the fair use doctrine in stone. Rather, Congress expressly sought to preserve the doctrine's common law character."

<sup>56</sup> Siehe dazu oben S. 14.

<sup>57</sup> Bereits der reine Umfang der teils mehrere Seiten umfassenden Schranken ist aus kontinentaleuropäischer Sicht beeindruckend; die 17 U.S.C. §§ 108-122 umfassen insgesamt gut 30.000 Wörter und sind damit bereits deutlich umfangreicher als das gesamte deutsche Urheberrechtsgesetz.

<sup>58</sup> Als Überblick siehe *Crews*, Copyright Law, S. 33 ff.; *Davies*, Public Interest, Rz. 5-036; *Spindler*, GRUR Int. 1977, 421, 427 ff.; *Westerholt-Weisstanner*, UFITA 82 (1978), 5, 16 ff.; zur Klassifizierung der Ausnahmen *Seltzer*, Exemptions and Fair Use, S. 65 ff.

<sup>59</sup> *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 204 bezeichnen die Doktrin zu Recht als „[t]he most important and perhaps most frequently invoked defense“; siehe auch *Davies*, Public Interest, Rz. 5-028.

<sup>60</sup> *Seltzer*, Exemptions and Fair Use, S. 19 bezeichnet die Überschneidung mit den 17 U.S.C. §§ 108 ff. als „serious defect“ von 17 U.S.C. § 107.

einer in 17 U.S.C. §§ 108 ff. genannten Schranke erfasst ist, hat jedoch auf die Anwendung der Fair Use-Grundsätze keinen Einfluss<sup>61</sup>.

### III. Dogmatische Einordnung der Doktrin

#### 1. Stillschweigende Zustimmung?

Die Frage, wie die als „Fair Use“ bezeichneten zulässigen Handlungen in die Dogmatik des US-amerikanischen Urheberrechts eingeordnet werden können, wurde vor Inkrafttreten des 1976 Copyright Act von den Gerichten nicht einheitlich beantwortet. In älteren Urteilen findet sich zum Teil der Hinweis, die Fair Use-Doktrin ergebe sich aus einer stillschweigenden Zustimmung (*tacit consent*) des Urheberrechtshinhabers<sup>62</sup>. Nach dieser Auffassung könnte der Rechtsinhaber jedoch (beispielsweise durch einen Hinweis auf der Umschlagseite eines Buches) seine Zustimmung verweigern und damit einseitig über die Einschränkung des Urheberrechts disponieren<sup>63</sup>. Zudem stellt die Annahme einer stillschweigenden Einwilligung eine Fiktion dar und wird daher zu Recht von der rechtswissenschaftlichen Literatur weitgehend abgelehnt<sup>64</sup> und auch von der jüngeren Rechtsprechung – soweit ersichtlich – nicht mehr vertreten.

#### 2. Fair Use als Teil der Eingriffsprüfung oder als Urheberrechtsschranke?

In einer Reihe älterer Entscheidungen hoben die Gerichte als wesentliches Merkmal der Fair Use-Doktrin das Fehlen einer substantiellen Ähnlichkeit zwischen Kopie und Original hervor<sup>65</sup>. Als Fair Use wären nach dieser

<sup>61</sup> Vgl. *Spindler*, GRUR Int. 1977, 421, 427; *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 72 (Fair Use-Doktrin als Auffangregel zu §§ 110 [2], 112, oder 118).

<sup>62</sup> Vgl. *Sampson & Murdock Co. v. Seaver-Radford Co.*, 140 F. 539, 541 f. (1<sup>st</sup> Cir. 1905); darauf Bezug nehmend *Towle v. Ross*, 32 F.Supp. 125, 127 (D. Ore. 1940); *Henry Holt & Co. v. Liggett & Myers Tobacco Co.*, 23 F.Supp. 302, 304 (E.D. Pa. 1938).

<sup>63</sup> Vgl. *Latmann*, Study No. 14, S. 7; *Oekonomidis*, Zitierfreiheit, S. 233 f.

<sup>64</sup> *Rosset*, 9 ASCAP Cop. L. Symp. 1958, 1, 15; *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05; *Oekonomidis*, Zitierfreiheit, S. 233 f.; *Schumann*, GRUR Int. 1969, 125, 132; vgl. auch *Cohen*, 6 ASCAP Cop. L. Symp. 43, 51 (1955); ein ähnlicher, die eben dargestellten Probleme vermeidender Ansatz geht statt von einer stillschweigenden von einer fiktiv-erzwungenen Zustimmung (*enforced consent*) aus (vgl. *Lattman*, Fair Use, S. 7); eine eigenständige Bedeutung hat die Annahme eines *enforced consent* allerdings kaum erlangt.

<sup>65</sup> Vgl. *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2<sup>nd</sup> Cir. 1930) („the question is whether the part so taken is ‚substantial,‘ and therefore not a ‚fair use‘ of the copyrighted work“); *Mathews Conveyor Co. v. Palmer-Bee Co.*, 135 F.2d 73, 85 (6<sup>th</sup> Cir. 1943); *Twentieth Century-Fox Film Corp. v. Stonesifer*, 140 F.2d 579, 582 (9<sup>th</sup> Cir. 1944); *Fristot v. First American*, 251 F.Supp 886, 888 (S.D.N.Y. 1966) („substantial and unfair use“); ferner *Baker v. Carr National Capital Press*, 71 F.2d 220, 220 (D.C. Cir.

Auffassung jene Vervielfältigungen anzusehen, bei denen der Grad einer „substantial similarity“ nicht erreicht wird<sup>66</sup>. Da die Feststellung von substantieller Ähnlichkeit nach US-amerikanischer Urheberrechtsdogmatik jedoch – neben weiteren Merkmalen – Bestandteil der Infringement-Prüfung ist<sup>67</sup>, läge nach diesem Ansatz in den durch die Fair Use-Doktrin erfassten Fällen bereits keine Vervielfältigung und damit auch kein Eingriff in ein geschütztes Ausschließlichkeitsrecht vor. Fair Use hätte damit nicht die Funktion einer Urheberrechtsschranke, sondern diene lediglich als terminologisches Mittel zur Erläuterung des Begriffes „substantial similarity“.

In einer Reihe weiterer Entscheidungen bezogen US-amerikanische Gerichte den Begriff Fair Use auf Situationen, in denen der Nutzer lediglich Themen oder Ideen des Ausgangswerkes übernommen hatte<sup>68</sup>. Nach der traditionell im US-amerikanischen Urheberrecht geltenden und auch im 1976 Copyright Act gesetzlich fixierten *idea/expression*-Dichotomie werden jedoch derartige Werkelemente bereits a priori nicht durch das Urheberrecht geschützt<sup>69</sup>. Nur die *expression*, also die konkrete durch den Urheber geschaffene Gestalt des Werkes fällt nach dieser grundlegenden Doktrin unter das Urheberrecht, während die dem Werk zugrunde liegenden Elemente (*ideas*) gemeinfrei bleiben und von Dritten übernommen werden können, ohne dass dies einen Eingriff in das Urheberrecht am konkreten Werk darstellt. Ähnlich wie die bereits beschriebene Auffassung von Fair Use als Gegenbegriff zur „substantial similarity“ sieht folglich auch dieser Ansatz die Doktrin nicht als Urheberrechtsschranke an. Stattdessen wird der Begriff „Fair Use“ bei dieser Konzeption als Mittel zur Unterscheidung von geschützten und gemeinfreien Werkelementen unter der *idea/expression*-Dichotomie verwendet.

---

1934) (Anwendung der *Folsom v. Marsh*-Kriterien bei der Frage nach substantial similarity); *Meredith Corp. v. Harper & Row, Publishers, Inc.*, 378 F.Supp. 686, 689 (S.D.N.Y. 1974); *Mills Music, Inc. v. State of Arizona*, 187 U.S.P.Q. 22 (D. Ariz. 1975); in diese Richtung auch *Landes/Posner*, 18 J. Legal Stud. 325, 360 (1989) („The question of fair use arises in another setting [...]: deciding whether an allegedly infringing work is ‚substantially similar‘ to the work which it is said to infringe“).

<sup>66</sup> Vgl. *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05.

<sup>67</sup> *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 177 ff.; ausführlich *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.03.

<sup>68</sup> Vgl. *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49, 54 (2<sup>nd</sup> Cir., 1936); *Shipman v. RKO*, 100 F.2d 533, 537 (2<sup>nd</sup> Cir. 1938) („Fair use is defined as copying the theme or ideas rather than their expression“); *Holdredge v. Knight Publishing Corp.*, 214 F.Supp. 921, 924 (S.D. Cal. 1963).

<sup>69</sup> 17 U.S.C. § 102(b); als klassische Entscheidung zur *idea/expression*-Dichotomie siehe *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879); ausführlich *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 31 ff; *Götting/Fikentscher*, in: Assmann/Bungert (Hg.), Handbuch, S. 472 f.; zur ökonomischen Analyse der *idea/expression*-Dichotomie *Landes/Posner*, 18 J. Legal Stud., 325, 347 ff. (1989).

Die Mehrheit der Gerichtsentscheidungen wie auch der Großteil der rechtswissenschaftlichen Literatur ging jedoch bereits vor der Kodifizierung der Doktrin zu Recht davon aus, dass es sich bei Fair Use um eine echte Urheberrechtsschranke handelt, nach der Eingriffe in eine durch das Urheberrecht geschützte Ausschließlichkeitsposition gerechtfertigt werden können<sup>70</sup>. Dieser herrschenden Auffassung schloss sich auch der Kongress bei der Verabschiedung des 1976 Copyright Act an und gestaltete die gesetzliche Fassung der Doktrin bewusst als Urheberrechtsschranke, die einen Eingriff in die durch §§ 106 und (später) 106 (A) gewährten Ausschließlichkeitsrechte voraussetzt<sup>71</sup>. Sprachlich geht dies beispielsweise aus den in 17 U.S.C. § 107 ausdrücklich genannten „multiple copies for classroom use“ hervor, die unstreitig in das (Reproduktions-) Recht des Urheberrechtsinhabers eingreifen und daher eine an sich unzulässige und rechtfertigungsbedürftige Handlung darstellen. Dieser Charakter der Fair Use-Doktrin als Ausnahmevorschrift bei an sich rechtsverletzenden Handlungen wird auch in nach der Kodifizierung ergangenen Urteilen aufgegriffen und immer wieder betont<sup>72</sup>.

#### IV. Struktur und Methode der Fair Use-Prüfung

Aufgrund der Vielgestaltigkeit der durch die Fair Use-Doktrin erfassten Fälle, ist es nicht möglich, die Doktrin durch eine umfassende, subsumti-

---

<sup>70</sup> Vgl. *Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 245 F.Supp. 587, 590 (S.D.N.Y. 1965); aus der juristischen Literatur siehe die viel zitierte Aussage von *Ball*, *On Copyright and Literary Property*, 1944, S. 260: „Fair Use is technically an infringement of copyright, but it is allowed by law on the ground that the appropriation is reasonable and customary“; siehe auch *Schumann*, GRUR Int. 1969, 125, 125; unentschieden dagegen der District Court for the Southern District of California in *Holdredge v. Knight Publishing Corp.*, 214 F.Supp. 921, 924 (S.D. Cal. 1963), der zunächst von der „technically an infringement“-Prämisse ausgeht, dann aber offenbar die Grundsätze der *idea/expression*-Dichotomie anwendet.

<sup>71</sup> *Nimmer/Nimmer*, *On Copyright*, § 13.05; der *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, *On Copyright*, Appendix 4), S. 65 nimmt hierzu zwar nicht eindeutig Stellung, bezeichnet die Fair Use-Doktrin aber als „limitation“ und „defense“; *Götting/Fikentscher*, in: Assmann/Bungert (Hg.), *Handbuch*, S. 491 gehen in Abweichung von der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass 17 U.S.C. § 107 die dogmatische Einordnung der Doktrin offen lässt; zur Diskussion über die Charakterisierung der Fair Use-Doktrin während des Gesetzgebungsverfahrens *Lattman*, *Fair Use* (Study No. 14), S. 6 f.

<sup>72</sup> Siehe etwa *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 574 (1994) („2 Live Crew’s song would be an infringement of Acuff-Rose’s rights in ‚Oh, Pretty Woman,‘ under the Copyright Act of 1976 [...] but for a finding of fair use through parody“); vgl. auch *Hoebbel*, *Sammelwerke*, S. 341 f., der unter anderem aus der Prüfungsreihenfolge des US Supreme Court in *Sony v. Universal* und *Harper & Row v. Nation Enterprises* auf den Charakter der Doktrin als Urheberrechtsschranke schließt.

onsfähige Definition zu erfassen (1). Im Zentrum der Analyse stehen stattdessen die vier in 17 U.S.C. § 107 genannten Fair Use-Faktoren (2). Weitere Leitlinien können sich aus den sog. *Fair Use Guidelines* (3), nicht aber aus einer gerichtlichen Fallgruppenbildung ergeben (4). Am Ende der Fair Use Prüfung steht stets die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Nutzungshandlung. Zwischenstufen – etwa in Form einer *gesetzlichen Lizenz* – existieren nicht (5).

### 1. Unmöglichkeit einer subsumtionsfähigen Definition

Die US-amerikanische Rechtsprechung und die rechtswissenschaftliche Literatur haben Schwierigkeiten, die Fair Use-Doktrin anders als durch die in 17 U.S.C. § 107 genannten Faktoren umfassend zu definieren. Es existiert zwar eine Vielzahl von Umschreibungen, diese stellen jedoch keine inhaltlichen und subsumtionsfähigen Definitionen dar. Die bekannteste und meistzitierte Aussage stammt von *Horace G. Ball*, nach dem die Fair Use-Doktrin charakterisiert werden kann als

„a privilege in others than the owner of a copyright to use the copyrighted material in a reasonable manner without his consent, notwithstanding the monopoly granted to the owner by the copyright“<sup>73</sup>.

Weitere Definitionsversuche orientieren sich an der *golden rule* („take not from others to such an extent and in such a manner that you would be resentful if they so took from you“)<sup>74</sup> oder umschreiben die Fair Use-Doktrin sehr umfassend als „equitable rule of reason, whose applicability in an individual case is dependent upon particular facts and their interrelationships“<sup>75</sup>.

Den genannten Ansätzen gelingt es zwar, die Stellung und Funktion der Fair Use-Doktrin als Urheberrechtschranke herauszustellen und – wie etwa *Ball* mit seinem Hinweis auf die Nutzung des urheberrechtlich geschützten Materials „in a reasonable manner“ – die Flexibilität von Fair Use zu betonen, konkrete Anhaltspunkte, unter die ein zur Entscheidung vorliegender Sachverhalt subsumiert werden könnte, enthalten die Definitionsversuche allerdings nicht. Die genannten Umschreibungen haben daher lediglich als Hilfestellung eine Berechtigung und können als erste Orientierung bei der Handhabung der Doktrin dienen. Eine inhaltlich konkrete, subsumtionsfähige und zugleich alle Fair Use-Konstellationen umfassende Definition lässt sich dagegen aufgrund des außerordentlich weiten Anwendungsbereichs der Doktrin, ihres Ursprungs als richterrechtlich entwickeltes Institut und ihrer hohen Dynamik und Flexibilität kaum formulieren. Der Dis-

<sup>73</sup> *Ball*, Copyright and Literary Property, S. 260.

<sup>74</sup> *McDonald*, 9 B. Cop. Soc’y USA 466, 467 (1962).

<sup>75</sup> *Lawrence*, in: Ders./B. Timberg (Hg.), Fair Use and Free Inquiry, S. 10.

trict Court for the Southern District of New York hielt daher in *Time Inc. v. Bernard Geis Associates* noch vor der Kodifizierung folgerichtig fest: „The doctrine is [...] so flexible as virtually to defy definition“<sup>76</sup>. Diese Haltung wurde auch vom Kongress im Gesetzgebungsverfahren zu 17 U.S.C. § 107 berücksichtigt. So geht aus dem *House Report* zum 1976 Copyright Act hervor, dass auf die Formulierung einer gesetzlichen Definition bewusst zugunsten einer Analyse der einzelnen sogenannten Fair Use-Faktoren verzichtet wurde<sup>77</sup>.

## 2. Die Fair Use-Faktoren als Zentrum der Fair Use-Analyse

### a) Einzel- und Gesamtabwägung der Fair Use-Faktoren

Die vier in 17 U.S.C. § 107 aufgezählten sog. Fair Use-Faktoren stellen das Zentrum der Fair Use-Analyse dar. In einem ersten Schritt werden dabei die einzelnen Fair Use-Faktoren untersucht, bevor in einem zweiten Schritt eine Gesamtbeurteilung der konkret zur Entscheidung vorliegenden Nutzungssituation stattfindet<sup>78</sup>. Der Zusammenhang zwischen Einzel- und Gesamtabwägung ist häufig unklar und lässt sich kaum abstrakt formulieren. Insbesondere kann aus dem Ergebnis der Einzelabwägung nicht ohne weiteres auf das Ergebnis der Gesamtabwägung geschlossen werden – und zwar selbst dann nicht, wenn die einzelnen Fair Use-Faktoren ein vermeintlich eindeutiges Bild vermitteln<sup>79</sup>. Ebenso wenig lässt sich feststellen, dass ein bestimmter Faktor durchgehend die letztentscheidende Rolle innerhalb der Fair Use-Analyse spielt. Gerade die Gesamtabwägung ist daher – wie auch die Fair Use-Prüfung als Ganzes – durch eine starke Einzelfallbezogenheit gekennzeichnet.

---

<sup>76</sup> *Time, Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130, 144 (S.D.N.Y. 1968); vgl. auch *Leval*, 103 Harvard Law Review 1105, 1105 f. (1990); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05; *Crews*, Challenge for Universities, S. 22 („A universal definition of fair use is indiscernible“).

<sup>77</sup> *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 65; *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A]; kritisch *Seltzer*, Exemptions and Fair Use, S. 19, der den Verzicht auf eine Definition als „serious defect“ der Kodifizierung bezeichnet.

<sup>78</sup> Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 578 (1994): „Nor may the four statutory factors be treated in isolation, one from another. All are to be explored, and the results weighed together, in light of the purposes of copyright“.

<sup>79</sup> Vgl. *Nimmer*, 66 Law & Contemp. Probs. 263, 282 f. (2003) unter anderem mit dem Hinweis auf *Robinson v. Random House, Inc.*, 877 F.Supp 830 (S.D.N.Y. 1995) und *Kelly v. Ariba Soft*, 280 F.3d 934 (9<sup>th</sup> Cir. 2002).

## b) Fair Use-Faktoren außerhalb des Wortlauts von 17 U.S.C. § 107

Bei der Auslegung und Anwendung der Fair Use-Doktrin stellt sich den Gerichten immer wieder die Frage, ob und in welchem Umfang zusätzliche Kriterien zu den in 17 U.S.C. § 107 ausdrücklich genannten Faktoren berücksichtigt werden können. Der Wortlaut der Gesetzesfassung und dort insbesondere die Verwendung von „shall include“ als Einleitung zu den vier Faktoren legen nahe, dass es sich bei der gesetzlichen Aufzählung nicht um eine abschließende Liste handelt und daher grundsätzlich auch weitere Faktoren berücksichtigt werden können<sup>80</sup>. Die Judikative beschränkt sich jedoch in aller Regel auf eine streng an 17 U.S.C. § 107 orientierte Untersuchung<sup>81</sup>, so dass Fälle, in denen die Gerichte tatsächlich auf zusätzliche Faktoren zurückgegriffen haben, rar gesät sind.

Das wohl bekannteste Beispiel für einen nicht genannten Faktor ist die noch vor der Kodifizierung der Doktrin ergangene Entscheidung *Time Inc. v. Bernard Geis Associates* des District Court for the Southern District of New York aus dem Jahr 1968<sup>82</sup>. Der Fall hatte das bei Bernard Geis Associates veröffentlichte Buch „Six Seconds in Dallas“ von *Josiah Thompson* zum Gegenstand, das eine minutiöse Analyse der Kennedy-Ermordung von 1963 enthielt. Zur Illustration waren dem Text des Buches mehrere Kohlezeichnungen beigelegt, die allesamt Einzelbilder der bekannten Filmaufzeichnung des Kennedy-Attentats als Grundlage hatten<sup>83</sup>. Time Inc. als Rechtsinhaber an der Aufzeichnung verklagte daraufhin Bernard Geis Associates wegen Urheberrechtsverletzung. *Judge Wyatt* wies die Klage auf Grundlage der Fair Use-Doktrin ab und begründete dies unter anderem mit dem hohen öffentlichen Interesse (*public interest*) an der Kennedy-Ermordung. Die von *Thompson* aufgestellten Theorien zum Dallas-Attentat seien ernst zu nehmen und sollten daher öffentliche Beachtung finden. Zwar wäre es möglich gewesen, die Ausführungen anders zu illustrieren, die Bezugnahme auf die bekannte Filmaufzeichnung führe aber zu einem leichteren Verständnis der komplexen Materie.

---

<sup>80</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 560 (1985); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A]; *Patry*, Fair Use Privilege, S. 415; *Davies*, Public Interest, 5-029.

<sup>81</sup> Vgl. *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 217; *Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.* 626 F.2d 1171, 1175 Fn. 10 (5<sup>th</sup> Cir. 1980) („normally these four factors would govern the analysis“).

<sup>82</sup> *Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968); da durch die Kodifizierung der Doktrin die bis zum damaligen Zeitpunkt entwickelte Rechtslage nicht verändert werden sollte (siehe dazu oben S. 19), ist die Entscheidung auch nach Erlass des 1976 Copyright Act noch von Bedeutung; im übrigen nimmt *Judge Wyatt* in seinem Urteil (S. 145) auch bereits auf die Entwürfe zum 1976 Copyright Act Bezug.

<sup>83</sup> Ein Abdruck von Originalbild und Zeichnung findet sich bei *Samuels*, Illustrated Story, S. 203.

Eine weitere Entscheidung desselben Gerichts berücksichtigte – mit ähnlicher Argumentation und ebenfalls unter dem Stichwort *public interest* – einen zusätzlichen Fair Use-Faktor in einem Fall, der ein durch öffentliche Gelder gefördertes Werk betraf. In seinem Urteil sah das Gericht die öffentliche Förderung des Werkes als „highly significant“ für die Fair Use-Analyse an und begründete diesen zusätzlichen Faktor mit dem Bedürfnis der Öffentlichkeit, die Verwendung staatlicher Mittel kontrollieren und kritisieren zu können<sup>84</sup>. Als weiterer nicht genannter Aspekt wurde in vereinzelten Entscheidungen die Auswirkung der fairen Benutzung auf den Schutz der Privatsphäre im Rahmen der Fair Use-Analyse in Betracht gezogen<sup>85</sup>. Insgesamt stellen die genannten Fälle jedoch nach wie vor Ausnahmen dar. In aller Regel beschränkten sich die Gerichte auf die Analyse der in 17 U.S.C. § 107 ausdrücklich genannten Faktoren.

### c) Bedeutung der in 17 U.S.C. § 107 aufgezählten Nutzungszwecke

Nicht abschließend geklärt ist schließlich die Frage, welche Bedeutung die in 17 U.S.C. § 107 aufgezählten Nutzungszwecke haben. Als faire Benutzung ausdrücklich angeführt werden dort

„[...] purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research [...]“<sup>86</sup>

Zum Verständnis dieser Passage bieten sich zwei Varianten an. Zum einen wäre es denkbar, die angeführten Zwecke lediglich als unverbindliche Beispiele möglicher fairer Benutzungen anzusehen und ihnen damit keine eigenständige Bedeutung innerhalb der Fair Use-Analyse zuzusprechen. Zum anderen ließen sich die aufgezählten Nutzungshandlungen als Eingangshürde für die Fair Use-Analyse interpretieren. Im letzten Fall würde dies zu einer zweistufigen Fair Use-Prüfung führen, bei der als erster Schritt die generelle Eignung der Nutzungshandlung bestimmt und erst als zweiter Schritt die Fairness der Handlung anhand der Fair Use-Faktoren untersucht würde<sup>87</sup>. In Verbindung mit einer engen Interpretation der ge-

<sup>84</sup> *Wojnarowicz v. American Family Association*, 745 F.Supp. 130, 146 (S.D.N.Y. 1990): „This fact broadens the scope of the fair use exemption because of the strong public interest, protected by the First Amendment, in free criticism of the expenditure of federal funds“.

<sup>85</sup> Vgl. *New Era Publications International v. Henry Holt and Co., Inc.*, 695 F.Supp 1493, 1505 (S.D.N.Y. 1988) („privacy interests may be an appropriate consideration“); zur Kritik an der Berücksichtigung des Schutzes der Privatsphäre *Leval*, 101 Harv. L. Rev. 1105, 1129 f. (1990); *ders.*, 36 J. Cop. Soc’y USA 167, 178 f. (1989).

<sup>86</sup> Vollständiger Abdruck von 17 U.S.C. § 107 oben S. 18 f.

<sup>87</sup> *Goldstein*, Copyright, S. 10:19 ff., 10:2 f. deutet an, dass die zweite Variante eher der gesetzgeberischen Intention entspricht; siehe auch ebd. Fn. 4 zum offenbar unterschiedlichen Verständnis der Nutzungszwecke im *Senate* und *House Report*; für ein we-

nannten Nutzungszwecke hätte diese Variante eine deutliche Einschränkung der Fair Use-Doktrin zur Folge. So würden beispielsweise private Vervielfältigungen – wie etwa im Fall *Sony v. Universal*<sup>88</sup> – mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht die Eingangshürde einer zweistufigen Fair Use-Analyse überstehen.

Aus der Tatsache, dass der US Supreme Court in seiner Leitentscheidung *Sony v. Universal* den Fair Use-Einwand bei privaten Vervielfältigungen zugelassen hat, wird bereits deutlich, dass die Gerichte zu Recht dazu tendieren, den beispielhaft aufgezählten Nutzungszwecken keinen eigenständigen Prüfungspunkt zu widmen. Stattdessen findet sich in Urteilen häufig der aus der Definition von „such as“ in 17 U.S.C. § 101 abgeleitete Hinweis, die einleitend genannten Handlungen seien „illustrative and not limitative“<sup>89</sup>. Dies bedeutet jedoch nicht, dass den aufgeführten Zwecken bei der Anwendung und Auslegung der Fair Use-Doktrin überhaupt keine Funktion zukommt. Beispielsweise ist es im Rahmen des ersten Fair Use-Faktors („purpose and character of the use“) üblich und sinnvoll, auf die in der Präambel genannten Nutzungshandlungen einzugehen<sup>90</sup>. Ein verbindlicher Schluss auf den Ausgang der Fair Use-Analyse kann daraus jedoch in aller Regel nicht gezogen werden. So führt die Tatsache, dass die zur Prüfung anstehende Nutzungshandlung nicht unter die genannten Beispiele subsumiert werden kann, nicht zu einer automatischen Versagung des Fair Use-Einwandes<sup>91</sup>. Ebenso wenig kann umgekehrt bei einer ausdrücklich genannten Benutzung (etwa „news reporting“) per se auf die Zulässigkeit der Handlung geschlossen werden<sup>92</sup>. Der Entwicklung der Fair Use-

---

niger strenges Verständnis der in § 107 aufgezählten Nutzungshandlungen dagegen *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 218; kritisch zur unklaren Formulierung der Beispiele in 17 U.S.C. § 107 *Seltzer*, Exemptions and Fair Use, S. 28.

<sup>88</sup> 464 U.S. 417 (1984); zum Sachverhalt von *Sony v. Universal* und der Entscheidung des US Supreme Court siehe bereits oben S. 38 f.

<sup>89</sup> Statt vieler *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 577 (1994) mit Verweis auf den *Senate Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4A), S. 62; *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 561 (1985); enger und mit Kritik an der die einleitenden Beispiele nicht berücksichtigenden Unterinstanz *Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.* 126 F.3d 70, 78 (2<sup>nd</sup> Cir. 1997).

<sup>90</sup> Siehe etwa *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 561 (1985); *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 578 f (1994) („The enquiry here may be guided by the examples given in the preamble of § 107, looking to whether the use is for criticism, or comment, or news reporting and the like [...]“); siehe auch *Patry*, Fair Use Privilege, S. 418 f.

<sup>91</sup> Vgl. *Pacific & Southern Co. v. Duncan*, 744 F.2d 1490, 1195 (11<sup>th</sup> Cir. 1984); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [1] [a].

<sup>92</sup> Vgl. *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. at 539, 561 (1985); *Craft v. Kobler*, 667 F.Supp 120 (S.D.N.Y. 1987); *Monster Communications, Inc. v. Turner*

Doktrin und dem Selbstverständnis der US-amerikanischen Judikative entsprechend, entscheiden sich die Gerichte damit bewusst gegen eine allzu starke Bindung der gesetzlichen Formulierung und vertrauen stattdessen auf eine Abwägung der einzelnen Fair Use-Faktoren.

### 3. Relevanz sog. *Fair Use Guidelines* für die Anwendung der Doktrin

#### a) Überblick über die Fair Use Guidelines

Neben dem Copyright Act selbst können bei der Anwendung der Fair Use-Doktrin zusätzlich die zwischen verschiedenen Interessengruppen (beispielsweise Verlage auf der einen, Universitäten auf der anderen Seite) geschlossenen *Fair Use Guidelines* relevant werden. Bereits 1935 wurde mit dem *Gentlemen's Agreement* eine solche freiwillige Vereinbarung verabschiedet, in der Standards für die photographische Vervielfältigung von Werken in Bibliotheken formuliert waren<sup>93</sup>. Die wohl bekanntesten Richtlinien sind die während des Gesetzgebungsverfahrens zum 1976 Copyright Act entworfenen und in den *House Report* aufgenommenen<sup>94</sup> *Classroom Guidelines* und *Music Guidelines*, die sich beide der Werknutzung zu Ausbildungszwecken widmen und hierfür sehr detaillierte Vorgaben machen<sup>95</sup>. Im Jahr 1981 kamen schließlich die sog. *Off-air Guidelines*<sup>96</sup> hinzu, die die Aufzeichnung von Fernsehsendungen zur Verwendung im Schulunterricht zum Gegenstand haben. Weitere Richtlinien (*Multimedia Guidelines*, *Distance-learning Guidelines*, *Digital Images Guidelines*) wurden in den neunziger Jahren von der Conference on Fair Use (CONFU) entwickelt,

---

*Broadcasting System, Inc.*, 935 F.Supp 490, 494 (S.D.N.Y. 1996); *Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9*, 108 F.3d 1119, 1121 (9<sup>th</sup> Cir. 1997); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [1] [a]; *Goldstein*, Copyright, S. 10:22; *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 218.

<sup>93</sup> Das *Gentlemen's Agreement* ist abgedruckt bei *Seltzer*, Exemptions and Fair Use S. 192 f.; siehe dazu auch *Crews*, Challenge for Universities, S. 30 f.

<sup>94</sup> *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 67 ff.

<sup>95</sup> Beispielsweise sehen die *classroom guidelines* vor, dass mehrere Vervielfältigungsstücke eines Gedichtes für den Unterrichtsgebrauch dann hergestellt werden dürfen, wenn (u.a.) das Gedicht nicht länger als 250 Wörter und auf nicht mehr als zwei Seiten gedruckt ist (*House Report on the Copyright Act of 1976* [abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4], S. 68); siehe zu den *Classroom Guidelines* auch *Crews*, Challenge for Universities, S. 34 ff.

<sup>96</sup> *Federal Guidelines for Off-Air Recording of Broadcast Programming for Educational Purposes*, 1981 Congressional Record, E4750-E4752; ausführlich hierzu *Patry*, Fair Use Privilege, S. 406 ff.

die sich mit den urheberrechtlichen Aspekten der Digitalisierung auseinandersetzt<sup>97</sup>.

#### b) Rechtsnatur und Funktion

Obwohl beispielsweise die *Classroom Guidelines* im *House Report* angeführt werden, sind sie selbst nicht Teil des Copyright Act und gehören daher auch nicht zum Gesetzesrecht. Rechtsqualität könnten die Guidelines allenfalls dadurch erlangen, dass sie infolge gerichtlicher Anwendung Teil des bindenden *case law* werden<sup>98</sup>. Dies ist allerdings bislang nicht geschehen. Zwar finden sich einige Entscheidungen, in denen einzelne Richtlinien erwähnt werden. Dort wird jedoch meist ausdrücklich betont, dass den Richtlinien keine Rechtsqualität zukommt<sup>99</sup>. In anderen Urteilen mag dies weniger klar sein, ein näherer Blick auf die Entscheidungen zeigt allerdings, dass es sich bei der Erwähnung der *Guidelines* lediglich um *dicta*<sup>100</sup> handelt, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Sachanalyse zu 17 U.S.C. § 107 stehen und daher auch keine Präcedenzwirkung auslösen<sup>101</sup>. In der Fair Use-Untersuchung sind die Richtlinien daher nicht als zwingendes Recht zu berücksichtigen<sup>102</sup>.

Dennoch würde es zu kurz greifen, den *Fair Use Guidelines* jegliche Bedeutung abzuspochen. In der Tatsache, dass den Richtlinien Vereinbarungen verschiedener Interessengruppen zugrunde liegen, kommt zum Ausdruck, dass die genannten Nutzungshandlungen weitgehend akzeptiert sind<sup>103</sup>. Dies kann durchaus im Rahmen der Fair Use-Analyse eine Rolle spielen. Die von den *Fair Use Guidelines* als zulässig angesehenen Nutzungen sind allerdings – wenn überhaupt – als Minimalstandard im Sinne

---

<sup>97</sup> Zum Hintergrund der CONFU und den dort entwickelten Richtlinien *Crews*, 62 Ohio St. L.J. 599, 626 ff. (2001); kritisch *Frazier*, 50 J. Am. Soc’y for Inf. Sci. 1320 (1999); ähnliche, allerdings nicht unmittelbar auf Fair Use bezogene Richtlinien entsprangen der National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works aus dem Jahr 1979, siehe dazu *Crews*, ebd, S. 622 ff.

<sup>98</sup> Zu dieser Überlegung *Crews*, 62 Ohio St. L.J. 599, 686 ff. (2001).

<sup>99</sup> *Marcus v. Rowley*, 695 F.2d 1171, 1178 (2<sup>nd</sup> Cir. 1983); *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1390 f. (6<sup>th</sup> Cir. 1996); *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913, 919 (Fn. 5) (2<sup>nd</sup> Cir 1994) (Guidelines als „persuasive authority“).

<sup>100</sup> Zur Unterscheidung zwischen *ratio decidendi* und *obiter dicta* siehe bereits oben S. 16.

<sup>101</sup> Vgl. *Crews*, 61 Ohio St. L.J. 602, 641 ff. (2001) mit Bezugnahme auf *Basic Books, Inc. v. Kinko’s Graphics Corporation*, 758 F.Supp. 1522 (S.D.N.Y 1991).

<sup>102</sup> So auch *Goldstein*, Copyright, S. 10:36.

<sup>103</sup> Vgl. *Marcus v. Rowley*, 695 F.2d 1171, 1178 (2<sup>nd</sup> Cir. 1983): „Thus, while [the guidelines] are not controlling on the court, they are instructive on the issue of fair use in the context of this case.“

eines *safe harbor* zu verstehen<sup>104</sup>. Erfüllt also eine Nutzungshandlung die in den Richtlinien genannten Voraussetzungen, so kann mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Nutzung einen Anwendungsfall der Fair Use-Doktrin darstellt. Umgekehrt spricht es aber nicht zwingend gegen die Zulässigkeit, wenn eine bestimmte Nutzung die in den Richtlinien genannten Voraussetzungen nicht erfüllt.

#### 4. Konkretisierung der Doktrin durch Fallgruppen?

##### a) Case by case-Analyse als charakteristisches Merkmal der Fair Use-Prüfung

Die Bildung von Fallgruppen als Möglichkeit zur Strukturierung der Fair Use-Analyse liegt aus zwei Gründen nahe. Zum einen haben die Gerichte immer wieder über gleich oder ähnlich gelagerte Sachverhalte zu entscheiden, womit eine Einteilung typischer Fair Use-Fälle in Tatbestandsgruppen problemlos möglich wäre. Zum anderen besteht aufgrund der im US-amerikanischen Recht geltenden Präjudizienbindung<sup>105</sup> ohnehin traditionell eine starke Fallabhängigkeit der Rechtsfindung. Es wäre daher denkbar, verschiedene Anwendungsbereiche der Fair Use-Doktrin herauszuarbeiten, als Fallgruppe (z.B. „wissenschaftliches Zitat“) zusammenzufassen und für die jeweilige Fallgruppe aus dem vorhandenen Fallmaterial Rechtssätze zu destillieren. Ein zur Fair Use-Analyse anstehender Fall würde danach zunächst unter eine Fallgruppe subsumiert, bevor anschließend das zu der entsprechenden Gruppe ergangene Fallrecht angewandt würde.

Einen derartigen Weg hat die US-amerikanische Rechtsentwicklung allerdings nicht eingeschlagen. Statt eine Fallgruppenbildung durchzuführen betonen die Gerichte den einzelfallbezogene Charakter der Fair Use-Untersuchung als *case by case*-Analyse<sup>106</sup>. Die Durchführung der Fair Use-Prüfung solle durch „bright-line rules“ vereinfacht<sup>107</sup> und den Judikative damit die Möglichkeit offen gehalten werden, jeden Fall individuell aus-

---

<sup>104</sup> Einführend heißt es beispielsweise bei den *Classroom Guidelines* im *House Report on the Copyright Act of 1976* [abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4], S. 68): „The purpose of the following guidelines is to state the minimum and not the maximum standards of educational fair use under Section 107“; ausführlich zu diesem Aspect *Crews*, 62 Ohio St. L.J. 599, 668 ff.; siehe auch *Goldstein*, Copyright, S. 10:36 f.; *Levering*, 50 J. Am. Soc’y for Inf. Sci. 1313, 1318 (1999) (*safe harbor* „as a practical matter“ [Herv. im Original]).

<sup>105</sup> Zur Bindungswirkung US-amerikanischer Entscheidungen siehe bereits oben S. 15 ff.

<sup>106</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 US 539, 549 (1984); *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 577 (1994); *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 65 f.

<sup>107</sup> So ausdrücklich *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 577 (1994).

schließlich anhand der Fair Use-Faktoren zu entscheiden<sup>108</sup>. In der praktischen Handhabung der Doktrin durch die Gerichte zeigt sich diese Haltung darin, dass die tatbestandliche Einordnung einer Nutzungshandlung als typischerweise erlaubter Vorgang – wie etwa das oben angeführte Beispiel eines wissenschaftlichen Zitates – noch keine Vermutung für die Zulässigkeit der Benutzung begründet. Dies gilt selbst dann, wenn die konkret zu beurteilende Nutzung zu den im Einleitungssatz zu 17 U.S.C. § 107 beispielhaft aufgezählten Handlungen zählt<sup>109</sup>. Die Kategorisierung einer Nutzungshandlung erlaubt damit für sich genommen keine Schlüsse auf die urheberrechtliche Beurteilung und entbindet nicht von einer vollständigen Einzelfalluntersuchung unter Berücksichtigung der in 17 U.S.C. § 107 genannten Fair Use-Faktoren.

Als Ausnahme zu diesen Grundsätzen erscheint auf den ersten Blick die Behandlung von Parodien durch die US-amerikanische Rechtsprechung. In derartigen Konstellationen legen die Gerichte einen hohen Wert auf die Sachverhaltsuntersuchung, beispielsweise auf die Abgrenzung zwischen Parodie und Satire. Kann danach ein Werk als Parodie eingeordnet werden, so gelten umfangreiche Sonderregeln innerhalb der Fair Use-Analyse<sup>110</sup>. Dennoch handelt es sich auch hier nicht um eine echte Fallgruppenbildung. Die Charakterisierung einer Benutzung als Parodie hat für sich genommen noch keine normativen Auswirkungen und lässt noch keinen Schluss auf den Ausgang der Fair Use-Analyse zu. Weder gelten Parodien generell als Anwendungsfall der Fair Use-Doktrin, noch besteht eine wie auch immer geartete Vermutung für oder gegen die Zulässigkeit. Stattdessen ist bei Parodien eine auf die Besonderheiten des Einzelfalles Rücksicht nehmende materielle Untersuchung der einzelnen Faktoren erforderlich<sup>111</sup>. Die Behandlung von Parodien durch die Rechtsprechung entspricht in ihrem methodischen Ansatz folglich der Beurteilung aller anderen potentiellen Fair Use-Konstellationen.

---

<sup>108</sup> Siehe nur den *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 65 f.: „[...] each case raising the question must be decided on its own facts. [...] Beyond a very broad statutory explanation of what fair use is and some of the criteria applicable to it, the courts must be free to adapt the doctrine to particular situations on a case-by-case basis“; beide Passagen wörtlich wiedergebend *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 450 (Fn. 31) (1984).

<sup>109</sup> Ausführlich dazu bereits oben S. 27 f.

<sup>110</sup> Siehe dazu insbesondere die Besonderheiten bei der Beurteilung des vierten Fair Use-Faktors (unten S. 69 f.); ausführlich zur Parodie im US-amerikanischen Recht im Rechtsvergleich mit der Bundesrepublik Deutschland *Hasse*, Parodie versus Parody, 2001.

<sup>111</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 US 569, 581 (1994) („Accordingly, parody, like any other use, has to work its way through the relevant factors, and be judged case by case, in light of the ends of copyright law“); ähnlich bereits *Benny v. Loew's Inc.*, 239 F.2d 532, 537 (9<sup>th</sup> Cir. 1956); dazu *Schumann*, GRUR Int. 1969, 125, 127 f.

## b) Unterschiede zur Generalklauselkonkretisierung im deutschen Recht

Die einzelfallbezogene Praxis der US-amerikanischen Judikative unterscheidet sich damit deutlich vom Ansatz deutscher Gerichte bei der Handhabung von Generalklauseln. In Deutschland ist es üblich, dass generalklauselartige Tatbestände durch Rechtsprechung und -wissenschaft inhaltlich in Untergruppen aufgebrochen werden, denen als „Fallgruppennorm“<sup>112</sup> jeweils eine quasi-eigenständige Bedeutung als Ge- oder Verbot zukommt<sup>113</sup>. Ein Paradebeispiel hierfür war die im Zusammenspiel von Bundesgerichtshof und Rechtswissenschaft entwickelte Fallgruppenbildung zur lauterkeitsrechtlichen Generalklausel. Die fünf auf die Kommentierung von *Baumbach/Hefermehl* zurückgehenden Fallgruppen einschließlich ihrer diversen Untergruppen füllten das in § 1 UWG a.F. in allgemeiner Form vorgegebene Verbot sittenwidriger Wettbewerbshandlungen aus und stellten den Dreh- und Angelpunkt des Lauterkeitsrechts dar<sup>114</sup>. Zwar enthielten die regelungsoffenen Fallgruppen nach wie vor generalklauselartige Elementente<sup>115</sup>, im Vergleich zum Normtext des sehr allgemein gehaltenen Wettbewerbsverbotes („Sittenwidrigkeit“) verringerten sie das Abstraktionsniveau dennoch deutlich. Die tatbestandliche Einordnung einer Wettbewerbshandlung in eine Fallgruppe hatte danach erhebliche Bedeutung und stellte einen wichtigen Schritt für die abschließende wettbewerbsrechtliche Beurteilung dar. Beispielsweise galt für vergleichende kritisierende Werbung ein Regel-Ausnahme-Schema, nach dem derartige Werbemaßnahmen als grundsätzlich wettbewerbswidrig galten und nur im Ausnahmefall unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig angesehen wurden<sup>116</sup>. Die Charakterisierung einer Werbung als vergleichende kritisieren-

---

<sup>112</sup> *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 284; *ders.*, AcP 201 (2000), 1, 40.

<sup>113</sup> Allgemein zur Bedeutung und Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen im deutschen Recht *Weber*, AcP 192 (1992), 516 mit Erwiderung *Beater*, AcP 194 (1994), 82 und Gegenerwiderung *Weber*, AcP 194 (1994), 90; die quasi-Eigenständigkeit der richterrechtlich entwickelten Fallgruppen als Ge- oder Verbot ergibt sich daraus, dass den Fallgruppen *formal* nicht die Qualität bindenden Rechts zukommt (*Weber*, AcP 192 [1992], 516, 560 f.), gleichwohl *praktisch* aber eine weitgehende Orientierung der Rechtsprechung an den Fallgruppen erfolgt; *Weber*, AcP 192 (1992), 544 („quasi normative Geltung“).

<sup>114</sup> Ausführlich zu den Fallgruppen des § 1 UWG a.F. *Baumbach/Hefermehl*, 22. Aufl. 2001, Einl. UWG Rz. 160 ff.; Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Platz, 1. Aufl. 2000, E 3 Rz. 51 ff.

<sup>115</sup> *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 305 f. bezeichnet die Fallgruppennormen daher als „kleine Generalklauseln“; zur Regelungsoffenheit der Fallgruppen siehe auch *Gloy*, in: *ders.* (Hg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Aufl. 1997, § 13 Rz. 3.

<sup>116</sup> Vgl. etwa BGH GRUR 1989, 668, 669 – *Generikum Preisvergleich*; zum Regel-Ausnahme-Schema des Verbots vergleichender Werbung *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 301 ff.; das Verbot vergleichender Werbung wurde erst im Vorfeld der Richtlinie 97/55/EG über die vergleichende Werbung gelockert; zur Entwicklung der

de Werbung resultierte damit in einer Regelvermutung gegen die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit und hatte auf diese Weise spürbaren Einfluss auf die Beurteilung derartiger Sachverhalte. Die überragende Rolle der Fallgruppen in der gerichtlichen Praxis wurde schließlich auch vom Gesetzgeber anerkannt, der viele der von den Gerichten entwickelten Gruppen bei der Novellierung des UWG ausdrücklich als Beispielsfälle unlauterer Wettbewerbshandlungen (§§ 4 ff. UWG n.F.) normiert hat<sup>117</sup>.

### c) Relevanz für die vorliegende Untersuchung

Für die Untersuchung der Fair Use-Doktrin haben diese Beobachtungen spürbare Auswirkungen: Im Zentrum der Fair Use-Analyse steht nicht die tatbestandliche Einordnung der Handlung in eine Fallgruppe, sondern die Einzelfallanalyse anhand der in 17 U.S.C. § 107 genannten Faktoren. Der fallgruppenunabhängige Einblick in die bei den einzelnen Faktoren geltenden Grundsätze ist damit eine wesentliche, wenn nicht unabdingbare Voraussetzung für das Verständnis der Fair Use-Doktrin. Für den strukturellen Aufbau der vorliegenden Untersuchung hat dies zur Folge, dass sich die Ausführungen zur inhaltlichen Konkretisierung der Fair Use-Doktrin durch die US-amerikanische Rechtsprechung konsequent an den Fair Use-Faktoren und nicht an Sachverhaltsgruppen orientieren<sup>118</sup>.

### 5. Folge des Fair Use-Einwandes: Alles oder Nichts

Die Rechtsfolge in Fair Use-Fällen ist eindeutig: Entweder ist die Nutzungshandlung von der Fair Use-Doktrin gedeckt und damit zulässig oder sie ist es nicht. Insbesondere enthält 17 U.S.C. § 107 keine *liability rule*, bei der die Nutzungshandlung zwar zustimmungsfrei zulässig, dafür aber mit der Zahlung einer monetären Entschädigung verbunden ist<sup>119</sup>. Dies er-

---

Rechtsprechung siehe Ekey/Klippel/Kotthoff/Meckel/Platz, Wettbewerbsrecht, § 6 UWG Rz. 2; Piper/Ohly, § 6 Rz. 4 ff.; Hasselblatt, in: Gloy/Loschelder (Hg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 44 Rz. 3 f.; die große Bedeutung der tatbestandlichen Einordnung einer Wettbewerbshandlung in der richterlichen Argumentation wird beispielsweise in der Entscheidung BGH GRUR 1987, 49 – *Cola-Test* deutlich.

<sup>117</sup> Vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 15/1487 S. 13; zur Kodifizierung der Fallgruppen als Beispieltatbestände siehe auch Piper/Ohly, Einf. A Rz. 25; Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Einl. UWG Rz. 2.19.

<sup>118</sup> Diese Aufteilung entspricht auch dem Vorgehen der gängigen Lehrbücher zum US-amerikanischen Urheberrecht, bei denen in aller Regel nur in wenigen Punkten (v.a. bei Parodien) sachverhaltsbezogen gegliedert wird.

<sup>119</sup> Im deutschen Recht sehen dies die als *gesetzliche Lizenzen* ausgestalteten Urheberrechtsschranken vor; siehe dazu unten S. 78; das Fehlen einer monetären Entschädigung im Fall einer fairen Benutzung beklagt Timberg, 75 Nw. U. L. Rev. 193, 235 ff. (1980); zur Überlegung, statt der Alles-oder-Nichts-Regelung der US-amerikanischen

gibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift („[...] fair use of a copyrighted work [...] ist not an infringement of copyright“). Zudem lassen sich auch keine Urteile mit abweichender Rechtsfolge finden.

### C. Terminologie und Abgrenzung

#### I. Übersetzung von „Fair Use“ als „Freie Benutzung“?

Terminologisch stellt sich die Frage, ob und gegebenenfalls wie der US-amerikanische Begriff „Fair Use“ ins Deutsche übersetzt werden kann. Sofern in der Literatur eine Übertragung in die deutsche Sprache überhaupt vorgenommen wird<sup>120</sup>, findet sich häufig als Übersetzung der Begriff „Freie Benutzung“<sup>121</sup>. Die terminologische Gleichsetzung von Fair Use mit der in § 24 UrhG geregelten freien Benutzung ist allerdings nicht unproblematisch<sup>122</sup>. Zwischen Fair Use und freier Benutzung finden sich deutlich mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten. Der im Verhältnis zum gesamten Spektrum der Fair Use-Doktrin deutlich überwiegende Teil an Nutzungshandlungen wird in Deutschland von den konkreten gesetzgeberischen Schranken der §§ 44a ff. UrhG und nicht vom Institut der freien Benutzung erfasst. Dem stehen nur wenige Überlappungen der beiden Institute entgegen, etwa im Fall von Parodien, die in den Vereinigten Staaten potentiell Fair Use und in Deutschland potentiell eine freie Benutzung nach § 24 UrhG darstellen<sup>123</sup>.

---

Fair Use-Doktrin eine ausgleichspflichtige Zwischenstufe einzuführen siehe *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1622 f. (1982).

<sup>120</sup> Beispielsweise verzichten *Hoebbel*, *Sammelwerke*, S. 345 Fn. 18 und *Hasse*, *Parodie versus Parody*, S. 195 ff. weitgehend auf eine Übersetzung und verwenden stattdessen durchgehend den US-amerikanischen Begriff „Fair Use“.

<sup>121</sup> Siehe etwa die Übersetzung von 17 U.S.C. § 107 nach dem Blatt für Patent-, Muster- und Zeichnungswesen 1977, S. 251ff, 286 ff.; abgedruckt in UFITA 82 (1978), 317, 325; den Begriff „freie (Be-) Nutzung“ verwenden auch *Rieder*, *Copyrightverletzungen*, S. 195 ff. und *Götting/Fikentscher*, in: *Assmann/Bungert* (Hg.), *Handbuch*, S. 491.

<sup>122</sup> Vgl. *Bauer*, *GRUR Int.* 1984, 395, 396 (Gleichsetzung von Fair Use mit „Freie Benutzung“ als „nicht ganz glückliche Übersetzung“); ähnlich auch *Freys*, *ZUM* 1985, 500 (Fn. 1); *Hoebbel*, *Sammelwerke*, S. 345 Fn. 18.

<sup>123</sup> Rechtsvergleichend hierzu *Hasse*, *Parodie versus Parody*; zur Parodie als Fall einer freien Benutzung nach § 24 UrhG *Dreier/Schulze*, § 24 Rz. 25 f.; *Schricker/Loewenheim*, § 24 Rz. 22 ff.; auch inhaltlich besteht in diesem Fall mit dem US-amerikanischen Erfordernis von *transformative use* und dem für § 24 UrhG charakteristischen „Verblässen“ des benutzten Werkes zumindest teilweise ein Gleichlauf; vgl. zu diesem Aspekt *Huttenlauch*, *DAJV-Newsletter* 2006, 65, 67 (Fn. 15), die Schwelle zum *transformative use* liegt allerdings – wie im Verlauf der Arbeit noch zu zeigen sein wird (siehe unten S. 46 f.) – spürbar niedriger als die Grenze des „Verblässens“ im Rahmen des § 24 UrhG.

Die terminologische Gleichsetzung von „Fair Use“ und „Freie Benutzung“ suggeriert folglich eine in Wirklichkeit nur bedingt existierende inhaltliche Vergleichbarkeit der beiden Rechtsinstitute. Um Missverständnissen vorzubeugen, sollte daher von einer Übersetzung von „Fair Use“ als „Freie Benutzung“ abgesehen werden<sup>124</sup>. Stattdessen empfiehlt es sich, die Originalform „Fair Use“ entweder ganz<sup>125</sup> oder zumindest teilweise („Faire Benutzung“) beizubehalten. Dem folgt auch die vorliegende Arbeit. Sofern der Terminus „Freie Benutzung“ auftaucht, ist daher immer der deutsche § 24 UrhG und in keinem Fall die US-amerikanische Fair Use-Doktrin gemeint.

## II. Fair Use (USA) und Fair Dealing (GB)

Nach §§ 29, 30 des britischen Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA) kann der Urheber Nutzungshandlungen durch Dritte nicht untersagen, sofern diese als Fair Dealing angesehen werden können. Trotz terminologischer Ähnlichkeit zwischen Fair Use and Fair Dealing<sup>126</sup> bestehen zwischen den Konzepten inhaltlich deutliche Unterschiede. Das englische Fair Dealing-Modell ist durch eine zweistufige Prüfung gekennzeichnet, bei der zunächst danach gefragt wird, ob die Nutzung unter die in §§ 29, 30 CDPA ausdrücklich privilegierten Handlungen – etwa „reporting current events“ (§ 30 [2]) oder „research or private study“ (§ 29 [1]) – fällt. Nur wenn dies der Fall ist, stellt sich in einer zweiten Stufe die Frage, ob die Nutzung auch als Fair Dealing angesehen werden kann. Erst an dieser Stelle der Prüfung kommen flexible Kriterien zum Einsatz und es werden beispielsweise Motiv und Umfang der Benutzung oder die Notwendigkeit einer Übernahme untersucht<sup>127</sup>. Neben den ausdrücklich als Fälle von Fair Dealing genannten Nutzungshandlungen ist über die Öffnungsklausel des

<sup>124</sup> Vgl. auch *Zweigert/Kötz*, Einführung, S. 33 mit der Feststellung, die Fragestellungen in der Rechtsvergleichung sollten einen funktionalen Ansatz verfolgen und „das zu untersuchende Problem frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung formuliert werden“.

<sup>125</sup> Dies befürwortet *Hoebbel*, *Sammelwerke*, S. 345 Fn. 18; *Poeppe*, *Neuordnung*, S. 401 f. verwendet in seinem Formulierungsvorschlag zu einer an der Fair Use-Doktrin orientierten Schrankengeneralklausel den Begriff der „redlichen Verwertung“ und bemerkt dazu, durch die Verwendung eines eigenständigen deutschen Begriffes werde die „eigenständige Auslegung und Anwendung gegenüber der US-amerikanischen Interpretation gewährleistet.“

<sup>126</sup> Vgl. insoweit auch den Hinweis von *Bainbridge*, *Intellectual Property*, S. 166, dass „dealing“ grob auch mit „use“ umschrieben werden könne.

<sup>127</sup> *Bently/Sherman*, *Intellectual Property Law*, S. 193; *Bainbridge*, *Intellectual Property*, S. 168; *Sirinelli*, *Exceptions and Limits*, S. 21; ausführlich zum Fair Dealing bei der Vervielfältigung zum privaten Gebrauch *Hohagen*, *Freiheit der Vervielfältigung*, S. 375 ff.

§ 171 (3) DCPA zwar auch eine Einschränkung des Urheberrechts aus Gründen des *public interest* denkbar<sup>128</sup>, die Anwendung einer solchen ungeschriebene Urheberrechtsschranke ist jedoch auf enge Fälle begrenzt<sup>129</sup>.

Das britische Fair Dealing-Konzept stellt folglich keine dem US-amerikanischen Recht vergleichbare offene Generalklausel zur Verfügung und gibt den Gerichten kaum Spielraum, auch über die vom Gesetzgeber ausdrücklich genannten Nutzungshandlungen hinaus Urheberrechtsschranken zu schaffen. Dem Begriff Fair Dealing kommt stattdessen nur innerhalb der im CDPA ausdrücklich genannten Nutzungshandlungen eine Funktion zu<sup>130</sup>. Zwar hält hierdurch eine gewisse Flexibilität in das britische Urheberrecht Einzug, diese erstreckt sich jedoch nicht – wie in den USA – auf das gesamte Nutzungsspektrum, sondern ist auf bestimmte vom Gesetzgeber konkret bezeichnete Situationen beschränkt. Im Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht erweist sich das britische Konzept daher trotz terminologischer Ähnlichkeit als deutlich enger<sup>131</sup>.

#### D. Die einzelnen Fair Use-Faktoren

##### I. Kurzdarstellung der Leitentscheidungen des US Supreme Court

Seit ihrer Kodifikation in 17 U.S.C. § 107 war die Fair Use-Doktrin immer wieder Gegenstand vielbeachteter Gerichtsverfahren. Die drei wohl bedeutendsten und bekanntesten Entscheidungen – allesamt Urteile des Supreme Court als dem höchsten US-amerikanischen Gericht – werden im Folgenden kurz vorgestellt<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> § 171 (3) DCPA lautet: „Nothing in this Part affects any rule of law preventing or restricting the enforcement of copyright, on grounds of public interest or otherwise“.

<sup>129</sup> Vgl. *Bently/Sherman*, Intellectual Property Law, S. 208 ff.; *Cornish/Llewelyn*, Intellectual Property, Rz. 11-57; *Hohagen*, Freiheit der Vervielfältigung, S. 387 ff.; *Burrell/Coleman*, Copyright Exceptions, S. 80 ff.; siehe auch *Beloff v. Pressdram*, 1 All E.R. 241, 259 ff. (1973); *Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland*, 1999 RPC 655, 663 ff.; *Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland*, 2000 RPC 604, 617 ff.

<sup>130</sup> *Schack*, in: FS Schricker, S. 512.

<sup>131</sup> *Bently/Sherman*, Intellectual Property Law, S. 193; *Cohen/u.a.*, Copyright, S. 494; *Cornish/Llewelyn*, Intellectual Property, Rz. 11-38; *Goldstein*: International Copyright, S. 293; *Hohagen*, Freiheit der Vervielfältigung, S. 15; *Cohen Jehoram*, in: FS Schricker, S. 251; *Spoor*, in: Baulch/Green/Wyburn (Hg.), Boundaries of Copyright, S. 30; vgl. auch *Goddard*, in: Baulch/Green/Wyburn (Hg.), Boundaries of Copyright, S. 360, der die Frage, ob das Recht des Vereinigten Königreichs ein „open system of exceptions“ kenne, klar verneint; zur im Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht geringeren Flexibilität siehe auch *Burrell/Coleman*, Copyright Exceptions, S. 249 ff.

<sup>132</sup> Der US Supreme Court hat sich noch in einer vierten Entscheidung (*Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207 [1990]) zur Fair Use-Doktrin geäußert, der Fall drehte sich aller-

### 1. *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*

Der Fall *Sony v. Universal* hatte die Aufzeichnung von urheberrechtlich geschützten Fernsehsendungen mit Hilfe des Betamax-Heimvideosystems<sup>133</sup> zum Gegenstand. Als Inhaber der Urheberrechte an zahlreichen Fernsehproduktionen sahen die Universal City Studios in der Nutzung der Betamax-Geräte eine Verletzung ihrer Rechte und verklagten den Hersteller Sony als mittelbaren Urheberrechtsverletzer. In erster Instanz verneinte der District Court eine Urheberrechtsverletzung und begründete dies mit der Erwägung, die nichtkommerzielle Benutzung des Heimvideosystems stelle einen Fall von Fair Use dar<sup>134</sup>. Der Court of Appeals for the 9<sup>th</sup> Circuit kam zu einem abweichenden Ergebnis, lehnte die Anwendbarkeit der Fair Use-Doktrin ab und hob das erstinstanzliche Urteil auf<sup>135</sup>. Mit einem knappen 5/4-Votum widersprach der US Supreme Court dem Court of Appeals, bejahte den Fair Use-Einwand und verneinte im Ergebnis eine Haftung der Sony Corporation of America<sup>136</sup>.

In seiner Entscheidung setzte sich der US Supreme Court zunächst mit den Voraussetzungen einer mittelbaren Urheberrechtsverletzung (*contributory infringement*) durch Sony auseinander. Eine mittelbare Herstellerhaftung, so der US Supreme Court, scheidet dann aus, wenn die von Sony belieferten Endkunden ihre Geräte hauptsächlich in nicht urheberrechtsverletzender Weise benutzen<sup>137</sup>. Entscheidend kam es nach Ansicht des Gerichts mithin darauf an, ob das von den Nutzern vorgenommene sog. *time-shifting*, also die Aufzeichnung eines Fernsehprogrammes zur einmaligen zeitversetzten Wiedergabe, eine Urheberrechtsverletzung darstellt.

Hierzu hielt der US Supreme Court zunächst fest, dass die von den Nutzern vorgenommene Aufzeichnung in vielen Fällen bereits deshalb keine

---

dings nur am Rande um 17 U.S.C. § 107, so dass auf eine gesonderte Darstellung verzichtet werden kann.

<sup>133</sup> Das Betamax Format wurde von Sony in den siebziger Jahren als analoges Magnetbandsystem für Endverbraucher entwickelt, konnte sich aber – trotz besserer Bildqualität – letzten Endes auf dem Markt nicht gegen das Video Home System (VHS) von JVC durchsetzen. Auf Betamax basierende Weiterentwicklungen für professionelle Anwender (beispielsweise Betacam oder Betacam SP) werden dagegen bis zum heutigen Tag eingesetzt.

<sup>134</sup> *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corporation of America*, 480 F.Supp 429 (D. Cal. 1979).

<sup>135</sup> *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corporation of America*, 659 F.2d 963 (9<sup>th</sup> Cir. 1981); eine deutsche Übersetzung der Entscheidung ist abgedruckt in: GRUR Int. 1982, 400 (mit Anmerkung Bauer).

<sup>136</sup> *Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984); siehe aus der deutschsprachigen Literatur Bauer, GRUR Int. 1984, 395; Hoebbel, Sammelwerke, S. 361 ff.

<sup>137</sup> Zu diesem Aspekt der Entscheidung *Spindler/Leistner*, GRUR Int. 2005, 773, 776.

Urheberrechtsverletzung darstellte, weil entweder die aufgezeichneten Programme gar keinen Urheberrechtsschutz genossen oder die Aufzeichnung vom Urheberrechtshaber gestattet sei. Auch abseits dieser urheberrechtlich unproblematischen Fälle verneinte der US Supreme Court eine Urheberrechtsverletzung und begründete dies mit der Fair Use-Doktrin. Insbesondere der erste („purpose and character of the use“) und der vierte Fair Use-Faktor („effect of the use upon the potential market for or the value of the copyrighted work“) sprachen nach Ansicht des Gerichts für die Zulässigkeit der Nutzungshandlung. Zwar bestehe im Rahmen des ersten Faktors bei kommerzieller Verwendung eine Vermutung gegen Fair Use, die Betamax-Nutzer zeichneten die Fernsehsendungen aber gerade zu privaten, nichtkommerziellen Zwecken auf. Im Rahmen des vierten Faktors stellte das Gericht die Frage, ob die die privaten Nutzungshandlungen (allein oder in der Summe) zu nachweisbaren wirtschaftlichen Einbußen beim Urheberrechtshaber führten oder solche für die Zukunft erwarten ließen. Einen entsprechenden Nachweis konnten die darlegungspflichtigen Universal City Studios allerdings nicht erbringen. Der US Supreme Court ging daher – wie auch schon die erste Instanz – davon aus, dass durch das *time-shifting* der Markt für die Verwertung der den Universal City Studios zustehenden Urheberrechte nicht beeinträchtigt wird. Auch ohne Einwilligung der Urheberrechtshaber war die Aufzeichnung von Fernsehsendungen nach Ansicht des US Supreme Court daher auf Basis der Fair Use-Doktrin zulässig, womit im Ergebnis auch eine mittelbare Haftung des Herstellers Sony nicht in Betracht kam.

## 2. *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*

Die zweite große Fair Use-Entscheidung des US Supreme Court hatte die Memoiren des 38. Präsidenten der Vereinigten Staaten, Gerald R. Ford (1974 bis 1977), zum Gegenstand. Ford hatte sich kurz nach seinem Ausscheiden aus dem Präsidentenamt mit Harper & Row Publishers, Inc. über die Veröffentlichung seiner Biographie geeinigt. Der Verlagsvertrag räumte Harper & Row nicht nur das Recht zur Publikation des Gesamtwerkes, sondern auch zur Lizenzierung von Vorabexzerpten (*first serial rights*) ein. Den Abdruck eines solchen 7.500 Wörter umfassenden Exzerptes gestattete Harper & Row exklusiv dem Time Magazine gegen Zahlung von \$25.000. Geplant war, den Vorabdruck etwa eine Woche vor dem erstmaligen Erscheinen der Autobiographie („A Time to Heal“) zu veröffentlichen. The Nation, ein Konkurrent des Time Magazine, gelangte auf später nicht mehr aufzuklärende Weise an einen Manuskriptentwurf der Ford-Biographie. Den Herausgebern von The Nation war zwar bewusst, dass ein Abdruck von Teilen der Biographie in The Nation nicht genehmigt worden war, dennoch stellten sie einen 2.250 Wörter umfassenden Artikel

zusammen, der auch einige wörtlich übernommene Stellen (insgesamt etwa 300-400 Wörter) aus der Ford-Biographie enthielt. Der Artikel in *The Nation* wurde kurz vor dem geplanten Erscheinen des Time-Exzerpts veröffentlicht und nahm zentrale und zur damaligen Zeit Aufsehen erregende Punkte der Biographie vorweg. Das *Time Magazine*, dessen Recht zur Vorveröffentlichung nun wertlos geworden war, zog den eigenen Artikel zurück und weigerte sich, die noch ausstehenden \$12.500 an Harper & Row zu bezahlen. Harper & Row verklagte daraufhin die Herausgeber von *The Nation* vor dem District Court for the Southern District of New York und erstritten „actual damages“ in Höhe von \$12.500<sup>138</sup>. Der Court of Appeals for the 2<sup>nd</sup> Circuit hob als Revisionsgericht die Entscheidung des District Court mit der Begründung auf, die Übernahmen aus der Ford-Biographie in *The Nation* seien von der Fair Use-Doktrin gedeckt<sup>139</sup>. In einer 6/3-Entscheidung widersprach der US Supreme Court wiederum dem Revisionsgericht, verneinte den Fair Use-Einwand und hob die Entscheidung des Court of Appeals for the 2<sup>nd</sup> Circuit auf<sup>140</sup>.

Der US Supreme Court unterzog in seiner Entscheidung jeden der in 17 U.S.C. § 107 genannten Faktoren einer gesonderten Prüfung. Bei der Frage nach dem „purpose and character of the use“ (erster Faktor) qualifizierte das Gericht die Nutzungshandlung als grundsätzlich privilegiertes „news reporting“, stellte jedoch klar, dass aus der Nachrichtenqualität der Benutzung allein nicht per se der Schluss auf deren Zulässigkeit gezogen werden könne. Auch die kommerzielle Natur der Benutzung und die Tatsache, dass sich *The Nation* durch den unautorisierten Abdruck den Erwerb einer eigenen Lizenz sparen wollte, sprach nach Ansicht des Gerichts gegen den Fair Use-Einwand. Ebenfalls zu Lasten von *The Nation* wurde die Tatsache ausgelegt, dass ein offensichtlich entwendetes Manuskriptexemplar wesentlich zur Grundlage des Artikels gemacht wurde.

Im Rahmen seiner Untersuchung zur „nature of the copyrighted work“ (zweiter Faktor) stellte das Gericht zunächst fest, dass einige der übernommenen Elemente als faktische Darstellungen zu qualifizieren seien und daher einem nur eingeschränkten Schutz gegen Übernahme unterlägen. Ausschlaggebend für die Auslegung des zweiten Faktors zuungunsten von *The Nation* war schließlich die Tatsache, dass es sich bei den Ford-Memoiren um ein zu diesem Zeitpunkt noch unveröffentlichtes Werk handelte. Nicht zuletzt deshalb, weil Autor und Verlag über Verschwiegen-

---

<sup>138</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 557 F.Supp 1067 (S.D.N.Y. 1983).

<sup>139</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 723 F.2d 195 (2<sup>nd</sup> Cir. 1983).

<sup>140</sup> *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1984); zur Entscheidung – einschließlich der *dissenting votes* – siehe auch *Freys*, ZUM 1985, 500.

heitsvereinbarungen versucht hatten, den Inhalt der Biographie nicht zu früh an die Öffentlichkeit gelangen zu lassen, erkannte der US Supreme Court ein Geheimhaltungsinteresse und damit verknüpftes Erstveröffentlichungsrecht der Urheber an. Der Nation-Artikel stellte einen klaren Eingriff in diese durch das Urheberrecht geschützten Interessen dar und konnte daher nach Ansicht des US Supreme insoweit kaum als fair bezeichnet werden.

In seiner Untersuchung zu „amount and substantiality of the portion used“ (dritter Faktor) setzte das Gericht die wörtlich übernommenen ca. 300-400 Wörter in Beziehung zum Umfang des zitierten und des zitierenden Werkes. Obwohl bei beiden Betrachtungen der übernommene Teil nur einen kleinen Ausschnitt des Gesamtwerkes betrug, ließ das Gericht den dritten Faktor der Fair Use-Analyse gegen The Nation sprechen und begründet dies mit der bereits in der ersten Instanz erfolgten Feststellung, der Artikel habe „essentially the heart of the book“<sup>141</sup> und damit die interessantesten und bewegendsten Passagen der Biographie wiedergeben.

Den vierten Faktor („effect of the use upon the potential market for the value of the copyrighted work“) qualifizierte das Gericht zunächst als „single most important element“<sup>142</sup> und stellte dazu fest, dass bei Urheberrechtsverletzungen nur selten ein derart eindeutiger Schaden vorliege, wie die Harper & Row entgangenen \$12.500. Darüber hinaus – so das Gericht – wurde durch die Benutzungshandlung auch in den potentiellen Markt für die Lizenzierung von *first serial rights* eingegriffen. Im Ergebnis sprachen daher alle Fair Use-Faktoren gegen die Zulässigkeit der Übernahme.

### 3. *Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*

Die dritte große Fair Use-Entscheidung des US Supreme Court drehte sich um das im Jahr 1989 veröffentlichte Album „As Clean As They Wanna Be“ der US-amerikanischen Rapgruppe „2 Live Crew“. Der Tonträger enthielt unter dem Titel „Pretty Woman“ eine parodistische Version des von Roy Orbison und William Dees im Jahr 1964 komponierten Klassikers „Oh, Pretty Woman“. 2 Live Crew übernahm unter Hinweis auf die Originalurheber das charakteristische Bass-Riff der Orbison-Komposition und ersetzte einen Großteil des Original-Textes durch eigene, stark übertriebene Ausführungen. Vor der Veröffentlichung hatten sich die Rapper um eine Genehmigung bemüht und die Zahlung einer Lizenzgebühr angeboten, der Urheberrechtsinhaber Acuff-Rose Music hatte die Genehmigung jedoch verweigert. Als 2 Live Crew ihr Album einschließlich der Parodie ohne Genehmigung veröffentlichte, erhob Accuff-Rose Music Klage we-

---

<sup>141</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 565 (1984).

<sup>142</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1984).

gen Urheberrechtsverletzung. Der District Court wies die Klage mit dem Argument ab, bei der Parodie handele es sich um Fair Use<sup>143</sup>. Zu einem anderen Ergebnis kam der Court of Appeals for the 6<sup>th</sup> Circuit und begründete dies vor allem mit der kommerziellen Natur der Parodie und dem großen Umfang der Übernahme<sup>144</sup>. Der Supreme Court sah dagegen die Benutzung des Original-Songs durch die 2 Live Crew als Fair Use an und hob das Urteil der Revisionsinstanz auf<sup>145</sup>.

Im Rahmen des ersten Faktors („purpose and character of the use“) konzentrierte sich der US Supreme Court auf die Frage, ob durch die Nutzung etwas Neues zum benutzten Werk hinzugefügt wurde. Von einem solchen, im Rahmen der Fair Use-Analyse privilegierten *transformative use*<sup>146</sup> könne – so das Gericht – insbesondere dann ausgegangen werden, wenn der Nutzer das benutzte Werk in einen neuen Zusammenhang stelle oder mit einer neuen Aussage versehe. Dies sei insbesondere bei Parodien, in denen das benutzte Material zugleich Mittel und Gegenstand einer kritischen Aussage ist, der Fall. Anders als in *Sony v. Universal* spielte die Kommerzialisierung der Benutzung dagegen keine besondere Rolle. Das Gericht berücksichtigte an dieser Stelle die Tatsache, dass ein Großteil des urheberrechtsrelevanten Schaffens im Ergebnis in den Vereinigten Staaten mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgt und legte daher zugunsten von 2 Live Crew einen großzügigen Maßstab an.

Bei der Untersuchung des zweiten Faktors („nature of the copyrighted work“) hielt das Gericht fest, dass es sich bei der Orbison-Ballade um ein tendenziell stärker zu schützendes weil sehr kreatives Werk handelte. Da es bei Parodien aber praktisch immer notwendig sei, gerade solche Werke zu verwenden, sei diesem Faktor im vorliegenden Fall bei der Beurteilung der Nutzungshandlung kaum Gewicht beizumessen. Ähnlich verhielt es sich nach Ansicht des US Supreme Court mit dem dritten Faktor („amount and substantiality of the portion used“). Auch hier sei der parodistische Zweck der Benutzung zu berücksichtigen, der gerade die Übernahme der markantesten Teile des parodierten Werkes notwendig mache.

Im Rahmen der Analyse des vierten Fair Use-Faktors („effect of the use upon the potential market for or the value of the copyrighted work“) stellte das Gericht zunächst fest, dass insoweit nicht nur der Markt für das benutzte Werk selbst, sondern auch der potentielle Markt für (Rap-) Be-

---

<sup>143</sup> *Acuff-Rose Music, Inc. v. Luther R. Campbell*, 754 F.Supp 1150 (MD Tenn. 1991).

<sup>144</sup> *Acuff-Rose Music, Inc. v. Luther R. Campbell*, 972 F.2d 1429 (6<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>145</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569 (1994); ausführlich zu der Entscheidung Hasse, Parodie versus Parody, S. 205 ff.

<sup>146</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 (1994); bei der Einführung des Begriffs „transformative“ bezieht sich der U.S. Supreme Court auf *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1990).

arbeitungen zu berücksichtigen sei. Aufgrund ihres transformativen Charakters könne aber, so der US Supreme Court, im Fall von Parodien seltener ein für die Fair Use-Analyse relevanter Marktschaden festgestellt werden. Da Original und Parodie unterschiedlichen Zwecken diene, sei die Parodie regelmäßig kein Marktsubstitut für das Originalwerk. Es könne zwar durchaus sein, dass die in der Parodie geübte Kritik das benutzte Werk herabsetze und damit den Wert des Originals schmälere, ein solcher Schaden sei aber nichts Ungewöhnliches und aus urheberrechtlicher Sicht irrelevant. Weiterhin könnten auch keine Verluste aus Lizenzeinnahmen auf dem (potentiellen) Markt für (Rap-) Bearbeitungen festgestellt werden, da es unwahrscheinlich sei, dass die Urheberrechtsinhaber eine kritische Parodie des eigenen Werkes lizenzieren würden. Unter Berücksichtigung der Ausführungen zu den übrigen Faktoren bejahte das Gericht daher im Ergebnis den Fair Use-Einwand.

## II. Erster Faktor: „Purpose and character of the use“

„The purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes“ wird in 17 U.S.C. § 107 als erster Faktor zur Berücksichtigung in der Fair Use-Analyse vorgegeben. Zu Beginn der Fair Use-Prüfung wird damit – unter Berücksichtigung der im Einleitungssatz von § 107 beispielhaft aufgezählten Handlungen – zunächst ein Blick auf den mit der Nutzung verfolgten Zweck geworfen. Besondere Bedeutung kommt dabei der Frage zu, ob es sich bei den zu untersuchenden Handlungen um *transformative use* handelt (1). Einen zweiten Schwerpunkt bildet die Frage nach der Kommerzialität der Benutzung (2). Schließlich können im Rahmen des ersten Faktors auch weitere Punkte, etwa das Verhalten von Nutzer und Urheberrechtsinhaber, berücksichtigt werden (3).

### 1. Transformativität der Benutzung als Leitmotiv

#### a) Entwicklung der Rechtsprechung

Die Auslegung des „purpose of the use“ wird unter anderem von der Frage dominiert, inwieweit der Nutzer das benutzte Werk in einen neuen Zusammenhang stellen muss. Vor der Kodifizierung der Doktrin durch den 1976 Copyright Act galt es in der Rechtsprechung als gesichert, dass Fair Use nur dann einschlägig sein könne, wenn die Benutzung *productive* (später synonym *transformative*<sup>147</sup>) ist, d.h. wenn das benutzte Werk durch die

<sup>147</sup> Der Begriff *transformative use* geht auf *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1990) zurück und wurde in *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 (1994) vom US Supreme Court übernommen; zur Synonymität von *productive use* und *transformative use* siehe *Bunker*, 7 Comm. L. & Policy 1, 5 (2002).

Nutzungshandlung einem neuen Zweck zugeführt wird. Der Einsatz des benutzten Werkes zu seinem ursprünglichen Verwendungszweck (*intrinsic use*) sollte dagegen in keinem Fall durch die Fair Use-Doktrin privilegiert werden<sup>148</sup>. Als Folge dieses Gedankens ging die damals herrschende Rechtsprechung beispielsweise davon aus, dass die bloße Reproduktion eines Werkes – auch zum privaten Gebrauch – keinen Anwendungsfall der Fair Use-Doktrin darstellen könne<sup>149</sup>.

Eine grundlegende Änderung dieser Jahrzehnte geltenden Rechtsprechung stellte die Entscheidung des US Supreme Court in *Sony v. Universal* dar<sup>150</sup>. Bei der in diesem Fall von den Nutzern des Betamax-Heimvideo-systems vorgenommenen Aufzeichnung von Fernsehsendungen zum privaten Gebrauch wurde der Verwendungszweck der vervielfältigten Werke nicht verändert, womit die vom Gericht zu beurteilende Nutzungshandlung ein Paradebeispiel für einen *intrinsic use* darstellte. Der Court of Appeals for the 9<sup>th</sup> Circuit folgte noch der eben geschilderten traditionellen Auffassung und weigerte sich, die bloße Reproduktion der Fernsehprogramme durch die Betamax-Nutzer als Fair Use anzusehen<sup>151</sup>. Der US Supreme Court hob dagegen das Urteil des Court of Appeals auf und schränkte in seiner Entscheidung die Bedeutung des *productive use*-Erfordernisses im Rahmen der Fair Use-Untersuchung deutlich ein. Zwar könne die Einordnung einer Nutzung als *productive* eine Rolle spielen, dies sei jedoch in keinem Fall allein entscheidend<sup>152</sup>. Zur Begründung führte das Gericht an, die Betonung der Produktivität der Benutzung sei für sich genommen nicht geeignet, um zulässige von unzulässigen Handlungen abzugrenzen. So ließen sich durchaus Nutzungshandlungen finden, die nicht notwendigerweise einen *productive use* darstellten, gleichwohl aber eindeutig als Fair Use angesehen werden müssten. Dies sei auch dem Gesetzgeber bei der Kodifizierung der Doktrin nicht entgangen. So werde im *House Report* neben den klassischen Fällen produktiver Werknutzung beispielsweise auch die Vervielfältigung für blinde Personen ausdrücklich als Anwendungsfall der Fair

---

<sup>148</sup> Vgl. *Seltzer*, Exemptions and Fair Use, S. 23 ff.; ausführlich zu den Ursprüngen des *transformative use*-Gedankens *Bunker*, 7 Comm. L. & Policy 1, 3 ff. (2002); *Lape*, 58 Alb. L. Rev. 677 (1995).

<sup>149</sup> Zum traditionellen Ansatz *Seltzer*, Exemptions and Fair Use, S. 24 ff.; als Ausnahme zur Unzulässigkeit eines „*intrinsic use*“ vor dem 1976 Copyright Act wird die Entscheidung *Williams & Wilkins v. United States*, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973) angesehen; *Seltzer*, ebd., S. 25.

<sup>150</sup> 464 U.S. 417 (1984); ausführliche Darstellung des Sachverhaltes oben S. 38 f.

<sup>151</sup> *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corporation of America*, 659 F.2d 963, 970 ff. (9<sup>th</sup> Cir. 1981); siehe dazu auch die Anmerkung von *Bauer*, GRUR Int. 1982, 405, 406.

<sup>152</sup> *Sony v. Universal* 464 U.S. 417, 455 (1984); dem US Supreme Court insoweit zustimmend *Bauer*, GRUR Int. 1984, 395, 399.

Use-Doktrin identifiziert<sup>153</sup>. In diesem und ähnlichen Fällen, so das Gericht, sei es nicht erforderlich, dass die Kopie einen anderen Grund habe als etwa die (auch durch das Originalwerk bezweckte) Unterhaltung des (blinden) Nutzers. Der Verwendungszweck von Original und Kopie sei daher in diesen Situationen identisch, was der Anwendbarkeit der Fair Use-Doktrin nach Ansicht des Gesetzgebers aber nicht entgegenstehe. Es sei daher zu kurz gegriffen, wenn sich die Fair Use-Analyse einseitig auf die Unterscheidung *productive/intrinsic use* konzentriere<sup>154</sup>.

Die eben beschriebene Abkehr von einer allzu starken Schwerpunktsetzung auf die Produktivität der Benutzung währte allerdings nur etwa 10 Jahre. In *Campbell v. Acuff-Rose*<sup>155</sup>, der bislang letzten höchstinstanzlichen Entscheidung zur Fair Use-Doktrin aus dem Jahr 1994, griff der US Supreme Court in seinen Ausführungen zum ersten Fair Use-Faktor wieder die traditionelle Abgrenzung auf und betonte:

„The central purpose of this investigation is to see [...] whether the new work [...] adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is ‚transformative‘“<sup>156</sup>.

Zur Begründung führte das Gericht an, die Fair Use-Doktrin sei gerade dafür geschaffen, transformative Werkschöpfungen zu ermöglichen, da auf diese Weise der Verfassungsauftrag „to promote the Progress of Science and useful Arts“ (US Const. art. 1 cl. 8 sec. 8) gefördert werde<sup>157</sup>. Zwar sei die Einordnung einer Benutzung als *transformative use* keine zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Fair Use-Doktrin, je höher aber der transformative Gehalt der Handlung eingestuft werden könne, desto weniger müssten im Rahmen des ersten Faktors weitere Elemente – wie etwa die Kommerzialität der Benutzung – berücksichtigt werden<sup>158</sup>. Im konkret zu beurteilenden Fall waren nach Ansicht des US Supreme Court die Voraussetzungen für einen *transformative use* erfüllt. Die in Frage stehende Pretty-Woman-Abwandlung der Rapgruppe 2 Live Crew wurde vom Gericht als Parodie eingeordnet, für die es genretypisch sei, dass über die

<sup>153</sup> *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 455 (Fn. 40) (1984); siehe auch den *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 73.

<sup>154</sup> Zu diesem Aspekt der Sony-Entscheidung siehe auch *Bunker*, 7 Comm. L. & Policy 1, 4 f. (2002); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [1] [b]; *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 218.

<sup>155</sup> 510 U.S. 569 (1994); ausführliche Darstellung des Sachverhaltes oben S. 41 ff.

<sup>156</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 (1994); bei der Einführung des Begriffs *transformative* bezieht sich der US Supreme Court auf *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1990).

<sup>157</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

<sup>158</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

transformative Verfremdung des Originalwerkes Kritik am verwendeten Material geübt werde.

#### b) Inhaltliche Anforderungen an die Transformativität

Charakteristisch für transformative Werke ist nach der eben geschilderten Rechtsprechung, dass der Benutzer das Erstwerk als „Rohmaterial“ verwendet und aus seinem ursprünglichen Bezug herausnimmt<sup>159</sup>. Die auf diese Weise gewonnenen Werkelemente werden dann in einen neuen Zusammenhang gestellt mit der Folge, dass sich der durch das neue Werk vermittelte Inhalt oder die mit dem Werk verbundene Aussage vom Erstwerk unterscheidet<sup>160</sup>. Bei der Frage, wie hoch der transformative Abstand vom Originalwerk sein muss, um den Fair Use-Einwand bejahen zu können, sind sich die US-amerikanischen Gerichte allerdings bislang nicht einig geworden<sup>161</sup>. Auf der einen Seite finden sich Urteile, nach denen es nicht erforderlich ist, dass der Nutzer starke kreativ-inhaltliche Änderungen oder Verfremdungen am Originalwerk vornimmt, solange nur der Sinnzusammenhang eines Werkes verändert wird. Wie ein Urteil des Court of Appeals for the 1<sup>st</sup> Circuit aus dem Jahr 2000 zeigt, kann es beispielsweise für die Transformativität ausreichen, wenn zu einem anderen Zweck angefertigte Photographien (im entschiedenen Fall aus einem Modellportfolio) im Rahmen eines Zeitungsartikels zur Berichterstattung über die abgebildete Person verwendet werden<sup>162</sup>. Ebenfalls als transformativ eingeordnet wurde die Wiedergabe verkleinerter Bilder (*thumbnails*) durch Internetsuchmaschinen. Die Gerichte gingen hier davon aus, dass die ursprünglich (beispielsweise) zum Zwecke der Unterhaltung geschaffenen Bilder von der

<sup>159</sup> Deutlich *Leval*, 36 J. Cop. Soc’y USA 167, 170 (1989) („The question we face is whether the secondary work is merely a repackaging or republication or whether the quoted matter is used as a *raw material* for the creation of new information – new understandings [Herv. im Original]“).

<sup>160</sup> Ausführlich *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1990); vgl. auch die aus anderer Perspektive geführte Umschreibung von *transformative use* als aktive Teilnahme am Kulturleben durch *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1659, 1768 f. (1988).

<sup>161</sup> Zur Unsicherheit über die Bedeutung des Begriffs *transformative* siehe *Madison*, 45 Wm. & Mary L. Rev. 1525, 1670 (2004) („As a beacon of fair use, the transformative use standard has become all things to all people“); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [1] [b]; *Zimmermann*, 47 J. Cop. Soc’y USA 252, 251 (1998) („Under the circumstances, it would not be surprising for an observer to conclude that ‚transformative‘ is a Humpty Dumpty sort of a word“); generell kritisch zur Konstruktion des *transformative use* *Goldstein*, Copyright, S. 10:43 („the question whether a use is in fact ‚transformative‘ can only add yet another unpredictable element to a defense that is by nature indeterminate at best“).

<sup>162</sup> *Núñez v. Caribbean International News Corp.*, 235 F.3d 18, 23 (1<sup>st</sup> Cir. 2000) („It is this transformation of the works into news [...] that weighs in favor of fair use under the first faktor of § 107“.)

Suchmaschine als *reference tool* verwendet und damit funktionell einem neuen Zweck zugeführt wurden<sup>163</sup>. Auf der anderen Seite existieren Entscheidungen, in denen die Transformativität der Benutzung trotz deutlicher inhaltlicher Abweichungen und Bezugswechsel zwischen Erst- und Zweitwerk verneint wurde<sup>164</sup>. Bei der Frage nach der inhaltlichen Ausformung des *transformative use*-Erfordernisses zeigt sich damit wiederum die bereits an anderer Stelle aufgezeigte Einzelfallabhängigkeit der Fair Use-Analyse<sup>165</sup>.

#### c) Bedeutung von transformative use innerhalb der Fair Use-Analyse und Vergleich mit § 24 UrhG

Welche Bedeutung der Frage nach der Transformativität nach *Campbell v. Acuff-Rose* innerhalb der Fair Use-Analyse zukommt, lässt sich nicht eindeutig beantworten. Der US Supreme Court bemüht sich, seiner früheren Rechtsprechung nicht offen zu widersprechen und räumt unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Sony v. Universal* ein, die Transformativität der Benutzung sei nicht „absolutely necessary“ für die Beurteilung einer Handlung als Fair Use<sup>166</sup>. In der seit *Campbell v. Acuff-Rose* ergangenen Rechtsprechung spielt die Frage nach *transformative use* dennoch nicht selten eine maßgebliche und häufig entscheidende Rolle<sup>167</sup>. Dies gilt insbesondere für Fälle künstlerischer Betätigung und bei Parodien.

Im Vergleich mit dem deutschen Recht drängt sich eine Parallele zwischen *transformative use* und der in Deutschland vorgenommenen Abgren-

---

<sup>163</sup> Siehe jüngst *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc./Google, Inc.* 2007 DJDAR 6903, 6909 (9<sup>th</sup> Cir. 2007) („Indeed, a search engine may be more transformative than a parody because a search engine provides an entirely new use for the original work [...]“); zur Behandlung von Thumbnails nach US-amerikanischem Recht *Ott*, ZUM 2007, 119. 120 ff.

<sup>164</sup> Siehe etwa *Castle Rock Ent. v. Carol Publishing Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 142 (2<sup>nd</sup> Cir. 1994) mit Kritik von *Bunker*, 7 Comm. L. & Policy 1, 9 ff. (2002); *Columbia Pictures Industries, Inc. v. Miramax Films Corp.*, 11 F.Supp.2d 1179, 1182, 1188 (C.D. Cal. 1998); *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1401 (9<sup>th</sup> Cir. 1997) mit Kritik von *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [1] [b]; *Ty, Inc. v. Publications International*, 81 F.Supp.2d 899 (N.D. Ill. 2000).

<sup>165</sup> Siehe dazu bereits oben S. 31 ff.

<sup>166</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

<sup>167</sup> Siehe aus jüngerer Zeit *Andrea Blanch v. Jeff Koons*, 396 F.Supp.2d 476 (S.D.N.Y. 2005); dazu *Huttenlauch*, DAJV-Newsletter 2006, 65; diese in manchen Fällen zu beobachtende Überbetonung des ersten Faktors und damit verbundene Umdeutung der Fair Use-Analyse zu einer „monistischen“ Prüfung, wird in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft kritisch gesehen; siehe hierzu *Bunker*, 7 Comm. L. & Policy 1, 16 ff. (2002); vgl. zur Entwicklung nach *Campbell v. Acuff-Rose* siehe auch *Kudon*, 80 B.U. L. Rev. 579, 596 ff. (2000); kritisch zur Überbetonung des *transformative use* bereits *Weinreb*, 103 Harv. L. Rev. 1137, 1143 f. (1990).

zung zwischen Bearbeitung (§ 23 S. 1 UrhG) und freier Benutzung (§ 24 UrhG) auf<sup>168</sup>. So wird in Deutschland das Verhältnis von Erst- und Zweitwerk im Rahmen einer zulässigen freien Benutzung regelmäßig mit der Formel umschrieben, die entlehnten schutzfähigen Züge des älteren Werkes müssten angesichts der Eigenart des neuen Werkes „verblassen“<sup>169</sup>, was unter anderem dadurch geschehen kann, dass das Werk aus seinem ursprünglichen Bezugspunkt herausgenommen und in einen neuen Zusammenhang gestellt wird. Das Merkmal der Transformativität stellt damit – insbesondere in Bezug auf Parodien – eine der wenigen Gemeinsamkeiten zwischen Fair Use und Freier Benutzung (§ 24 UrhG) dar<sup>170</sup>. Allerdings ist zu beachten, dass inhaltlich durchaus unterschiedliche Grundsätze gelten und die für einen *transformative use* zu überwindenden Hürden mitunter deutlich niedriger liegen als die Schwelle zum „Verblassen“ im Rahmen des § 24 UrhG<sup>171</sup>. Trotz einiger Ähnlichkeiten können Freie Benutzung (§ 24 UrhG) und Transformativität daher keinesfalls gleichgesetzt werden.

## 2. Kommerzielle und nichtkommerzielle Benutzung

### a) Sony v. Universal: Vermutung gegen Fair Use bei kommerzieller Benutzung

Anders als die Frage nach der Transformativität ist der zweite Schwerpunkt des ersten Faktors – die Abgrenzung zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Nutzung – eindeutig im Wortlaut von 17 U.S.C. § 107 angelegt, der ausdrücklich darauf abstellt „whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes“. Welchen Stellenwert die Kommerzialisierung der Nutzungshandlung allerdings innerhalb der Fair Use-Analyse hat, war bis zum Zeitpunkt der Kodifizierung nicht abschließend geklärt<sup>172</sup>. In *Sony v. Universal* nahm der US Supreme Court schließlich erstmals zu dieser Frage Stellung und hielt fest:

<sup>168</sup> Vgl. *Huttenlauch*, DAJV-Newsletter 2006, 65, 67 (Fn. 15).

<sup>169</sup> *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 275; BGH GRUR 1994, 191, 193 – *Asterix Persiflagen*; BGH ZUM 1999, 644, 647 f. – *Laras Tochter*; BGH GRUR 2002, 799, 800 f. – *Stadtbahnfahrzeuge*.

<sup>170</sup> Siehe dazu bereits oben S. 35 f. im Zusammenhang mit der Kritik an der Übersetzung von „Fair Use“ mit „Freier Benutzung“.

<sup>171</sup> Vgl. hierzu nochmals den Fall *Núñez v. Caribbean International News Corp.*, 235 F.3d 18 (1<sup>st</sup> Cir. 2000) (Übernahme von Photos aus einem Modellportfolio im Rahmen der Berichterstattung als *transformative use*).

<sup>172</sup> Siehe etwa die widersprüchlichen Entscheidungen in *Henry Holt & Co. v. Liggett & Myers Tobacco Co.*, 23 F.Supp 302, 304 (E.D. Pa. 1938) und *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303, 307 (2<sup>nd</sup> Cir. 1966); dazu *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1659, 1672 Fn. 59 (1988).

„Every commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright, noncommercial uses are a different matter“<sup>173</sup>.

Die vom US Supreme Court aufgestellte Vermutung wirft Probleme auf, die – bei strenger Anwendung der Vermutung<sup>174</sup> – weitreichende Folgen für die US-amerikanische Urheberrechtslandschaft haben könnten<sup>175</sup>. Die Aussage von *Sony* ernst genommen würde praktisch für die gesamte traditionell mit Gewinnerzielungsabsicht arbeitende US-amerikanische Kultur- und Medienindustrie selbst in typischen Fair Use-Fällen stets eine Vermutung gegen die Zulässigkeit der Nutzung bestehen<sup>176</sup>. Dies würde sogar für Bereiche gelten, die – wie etwa im Fall „news reporting“ – im Einleitungssatz zu 17 U.S.C. § 107 oder in den Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich als Beispielfälle genannt sind<sup>177</sup>. Es verwundert daher nicht, dass die Vermutung aus *Sony v. Universal* bis heute starker Kritik aus der Rechtswissenschaft ausgesetzt ist<sup>178</sup>.

---

<sup>173</sup> *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 451 (1984); wiederholt in *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 562 (1985).

<sup>174</sup> *Patry*, Fair Use Privilege, S. 430 bezweifelt, dass der US Supreme Court tatsächlich eine zwingende Vermutung gegen Fair Use bei kommerziellen Werken aufstellen wollte; zum einen handele es sich – da die Entscheidung im Ergebnis keine Kommerzialisierung annahm – ohnehin lediglich um ein im Vorübergehen („made in passing“) geäußertes *dictum*; zum anderen erscheine die Passage im Zusammenschau mit anderen Stellen des Urteils als deutlich weniger streng.

<sup>175</sup> Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des von den Gerichten bei der Bestimmung der Kommerzialisierung angelegten großzügigen Maßstabes; so finden sich beispielsweise Entscheidungen, in denen Gerichte die Verkaufsaktivitäten von nonprofit-Organisationen (*Lish v. Harper's Magazine Foundation*, 807 F.Supp. 1090, 1101 [S.D.N.Y. 1992]) oder die Tätigkeit von nicht unmittelbar an der Gewinnerwirtschaftung beteiligten internen Forschungsabteilungen (*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 802 F.Supp. 1, 16 [S.D.N.Y. 1992]) als „kommerziell“ charakterisiert haben; eine vergleichbare Beurteilung lässt sich auch für indirekte gewerbliche Vorteile, etwa bei der Ausstrahlung nichtgesponserter Sendungen durch ein Fernsehunternehmen feststellen (*Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F.Supp 1137, 1144 [S.D.N.Y. 1980]); für weitere Beispiele aus dem Bereich der Online-Nutzung siehe *Rieder*, Copyrightverletzungen, S. 201 ff.

<sup>176</sup> Vgl. die von *Justice Brennan* in seinem *dissenting vote* geäußerte Kritik, *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 592 (1985); siehe auch *Salinger v. Random House, Inc.*, 650 F.Supp 413, 425 (S.D.N.Y. 1986) („the statute somewhat unrealistically paints the world into two corners—the venal commercial and the altruistic instructive“); *Sundeman v. Seajay Society, Inc.*, 142 F.3d 194, 202 f. Fn. 14 (4<sup>th</sup> Cir. 1998).

<sup>177</sup> Zur Unstimmigkeit zwischen der Einleitung von 17 U.S.C. § 107 und dem Kommerzialisierungskriterium im ersten Faktor *Rosenthal*, 73 St. John's L. Rev. 1239, 1250 (1999).

<sup>178</sup> Kritisch *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [1] [c]; *Goldstein*, Copyright, S. 10:32 ff.; siehe auch *Oekonomidis*, Zitierfreiheit, S. 240 f. mit dem noch vor

Zu den geschilderten praktischen Problemen kommt hinzu, dass aus der Rechtsprechung nicht eindeutig hervorgeht, was inhaltlich unter dem Begriff der Kommerzialität zu verstehen ist. In *Sony v. Universal* erweckt der US Supreme Court den Eindruck, als werde „kommerziell“ mit „Gewinnerzielungsabsicht“ gleichgesetzt und als Gegenteil von nonprofit verstanden<sup>179</sup>. In *Harper & Row v. Nation Enterprises* legt das Gericht dagegen ohne weitere Erklärung ein abweichendes Begriffsverständnis zugrunde und stellt darauf ab, ob der Nutzer ein urheberrechtlich geschütztes Werk ausbeuten wollte, ohne den sonst üblichen Preis dafür zu zahlen<sup>180</sup>.

#### b) Entscheidungspraxis der Gerichte nach *Sony v. Universal*

In der Entscheidungspraxis der Gerichte wurde nach *Sony v. Universal* die dort geäußerte Vermutung zwar regelmäßig zitiert, aber nicht immer ernst genommen. So lassen sich zwar Urteile finden, in denen der Gewinnerzielungsabsicht des Nutzers eine wichtige Rolle innerhalb der Fair Use-Analyse zugewiesen wird<sup>181</sup>, daneben existieren aber auch Entscheidungen, in denen trotz eindeutiger Kommerzialität der Benutzung der Fair Use-Einwand zugelassen und der Gewinnerzielungsabsicht des Nutzers dabei keine allzu große Beachtung geschenkt wurde<sup>182</sup>. Auch der US Supreme Court relativierte bereits in *Harper & Row v. Nation Enterprises* die Bedeutung der Kommerzialität<sup>183</sup>. In *Campbell v. Acuff-Rose* setzte sich das

---

*Sony v. Universal* ergangenen Hinweis, dass die Unterscheidung zwischen kommerziellen und nicht kommerziellen Werken nicht überschätzt werden sollte.

<sup>179</sup> Vgl. *Fisher*, 101 Harv. L. Rev. 1659, 1673 (1988) mit dem Hinweis auf das wiederum unterschiedliche Verständnis von „commercial“ in *Justice Blackmun's dissenting vote* in *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 496 (1984).

<sup>180</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 562 (1985); diesem Ansatz zustimmend *Patry*, Fair Use Privilege, S. 427 f. (Ausführung des Gerichts „captures the core of commerciality“); vgl. auch *Roger v. Koons*, 960 F.2d 301, 309 (2<sup>nd</sup> Cir. 1992); *American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 37 F.3d 881, 890 (2<sup>nd</sup> Cir. 1994); *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1015 (9<sup>th</sup> Cir. 2001) („Commercial 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“); dazu *Gampp*, GRUR Int. 2003, 991, 993.

<sup>181</sup> Etwa *Roger v. Koons*, 960 F.2d 301, 309 (2<sup>nd</sup> Cir. 1992), wobei der Court of Appeals for the 2<sup>nd</sup> Circuit allerdings klar zu erkennen gibt, dass die endgültige Entscheidung auch von der Analyse der übrigen Fair Use-Faktoren abhängt; zu dieser Entscheidung siehe auch *Huttenlauch*, DAJV-Newsletter 2006, 65, 66 f.; *Ames*, 93 Colum. L. Rev. 1473 (1993).

<sup>182</sup> Für den Fall des Reverse Engineering *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1522 f. (9<sup>th</sup> Cir. 1992).

<sup>183</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 562 (1985) („The fact that a publication was commercial as opposed to nonprofit is a separate factor that tends to

höchste US-amerikanische Gericht schließlich dezidiert mit der an *Sony v. Universal* geäußerten Kritik auseinander und betonte, es sei nicht Absicht des Kongresses, die im ersten Satz von 17 U.S.C. § 107 genannten Fälle nur aufgrund ihrer Kommerzialität einer Regelvermutung gegen Fair Use zu unterziehen. Im konkreten Fall der 2 Live Crew-Parodie weigerte sich der US Supreme Court daher, aus der Kommerzialität der Benutzung eine „hard evidentiary presumption“ zu formen und forderte stattdessen, die Gewinnerzielungsabsicht nur als eine Tatsache unter mehreren zu behandeln und mit den anderen Gegebenheiten des Falles abzuwägen<sup>184</sup>. Die von der Rapgruppe 2 Live Crew mit dem Verkauf ihres Albums verfolgte Gewinnerzielungsabsicht schadete daher einer Anwendung der Fair Use-Doktrin im entschiedenen Fall nicht.

Nach geltender Rechtsprechung spielt die Kommerzialität der Benutzung folglich nur noch eine untergeordnete Rolle und wird von den Gerichten häufig nur am Rande behandelt<sup>185</sup>. Insbesondere dann, wenn die vorhergehende Untersuchung des „purpose of the use“ bereits eine eindeutige Tendenz des ersten Faktors zugunsten des Fair Use-Einwandes erkennen lässt, hat die Frage nach der Kommerzialität kaum noch entscheidende Bedeutung<sup>186</sup>. Gerade für traditionell mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Handlungen aus dem Medien- oder Kulturbereich wird die Analyse des ersten Faktors daher nach geltender Rechtslage in erster Linie von der Frage nach der Transformativität bestimmt.

### 3. Weitere relevante Punkte

Neben der Transformativität des Werkes und der Kommerzialität der Benutzung können im Rahmen des ersten Faktors noch weitere Punkte relevant werden. Entsprechend der bereits an anderer Stelle angesprochenen Erwähnung von „teaching [...], scholarship, or research“ in der Präambel<sup>187</sup> und dem Hinweis auf „nonprofit educational purposes“ kann es für die Zulässigkeit des Fair Use-Einwandes sprechen, wenn die Nutzungshandlung zu Forschungs- oder Ausbildungszwecken vorgenommen wird<sup>188</sup>.

---

*weigh against a finding of fair use“* (Herv. A.F.); zu diesem Aspekt der Entscheidung siehe auch *Patry, Fair Use Privilege*, S. 431.

<sup>184</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 584 (1994).

<sup>185</sup> Siehe etwa *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 141 (2<sup>nd</sup> Cir. 1998).

<sup>186</sup> In *Andrea Blanch v. Jeff Koons*, 396 F.Supp.2d 476, 481 (S.D.N.Y. 2005) fällt zur Kommerzialität der Benutzung lediglich der Satz „Both works were created for commercial purposes“; siehe zur Entscheidung auch *Huttenlauch*, DAJV-Newsletter 2006, 65.

<sup>187</sup> Siehe dazu oben S. 27 f.

<sup>188</sup> Vgl. *Goldstein, Copyright*, S. 10:45; noch vor der Kodifizierung der Doktrin *Oekonomidis, Zitierfreiheit*, S. 243; eine weitere Privilegierung für Bibliotheken und Forschungseinrichtungen findet sich außerhalb der Fair Use-Doktrin in 17 U.S.C. § 504 (c)

Gleiches kann für die Verwendung von urheberrechtlich geschütztem Material im Rahmen von „news reporting“<sup>189</sup> oder politischen Kampagnen<sup>190</sup> gelten. Häufig werden entsprechende Aspekte aber bereits bei der Untersuchung zum *transformative use* inhaltlich abgedeckt. Darüber hinaus ergeben sich aus den Gesetzgebungsmaterialien weitere Hinweise auf bestimmte Privilegien, unter anderem für Filmarchive, blinde Personen oder für die Anfertigung von Kalligraphien<sup>191</sup>. In allen Fällen besteht aber keine generelle Vermutung dafür, dass eine in 17 U.S.C. § 107 oder in den Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich genannte Nutzungshandlung immer auch eine faire Benutzung darstellt<sup>192</sup>.

Zusätzlich ist es möglich, im Rahmen des „Charakters“ der Benutzung (oder als eigener zusätzlicher Faktor<sup>193</sup>) sowohl das Verhalten des Nutzers als auch des Urheberrechtsinhabers zu berücksichtigen. So kann etwa die Frage, ob der Nutzer die Verwendung des Originalwerkes leugnet oder dessen Herkunft verschleiert, Einfluss auf die Fair Use-Analyse haben<sup>194</sup>. Darüber hinaus kann es eine Rolle spielen, wenn der Urheberrechtsinhaber gegenüber dem Nutzer früher selbst die Handlung vorgenommen hat, von der er jetzt behauptet, sie sei eine Verletzung seiner Rechte<sup>195</sup>. In einer Reihe weiterer Entscheidungen berücksichtigten die Gerichte zudem die Gut- oder Bösgläubigkeit des Nutzers<sup>196</sup>. Letzteres wird in der Rechtswis-

---

(2); die Vorschrift schränkt die „statutory damages“ unter anderem für Fälle ein, in denen Angestellte einer solchen Einrichtung bei einer Urheberrechtsverletzung davon ausgingen (und ausgehen durften), dass die Vervielfältigung als faire Benutzung angesehen wird.

<sup>189</sup> Vgl. nochmals den Fall *Núñez v. Caribbean International News Corp.*, 235 F.3d 18, 23 (1<sup>st</sup> Cir. 2000); für den Fall zufälliger Reproduktion im Rahmen einer Berichterstattung *Italian Book Corp. v. American Broadcasting Cos.*, 458 F.Supp 65, 71 (S.D.N.Y. 1978); *Goldstein*, Copyright, S. 10:45 f.; zurückhaltend zur Bedeutung des „news reporting“ *Patry*, Fair Use Privilege, S. 487 ff. (mit vielen weiteren Beispielen).

<sup>190</sup> Mit ausdrücklicher Bezugnahme auch auf das 1<sup>st</sup> Amendment *Keep Thomson Governor Committee v. Citizens for Gallen Committee*, 457 F.Supp 957, 961 (D.N.H. 1978).

<sup>191</sup> *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 73 f; *Goldstein*, Copyright, S. 10:45, 10:47; siehe dazu auch *Patry*, Fair Use Privilege, S. 441 (Blinde Personen), S. 449 f. (Kalligraphien).

<sup>192</sup> Für die Bedeutung des „news reporting“ siehe *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 561 (1985); zum Zusammenhang zwischen erstem Fair Use-Faktor und den in der Präambel beispielhaft aufgezählten Nutzungshandlungen siehe auch bereits oben S. 51.

<sup>193</sup> Zur Möglichkeit zusätzlicher Faktoren siehe oben S. 26 f.

<sup>194</sup> Vgl. *Iowa State University Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 621 F.2d 57, 62 (2<sup>nd</sup> Cir. 1980); *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 309 (2<sup>nd</sup> Cir. 1992); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [1] [c]; zur Bedeutung der Quellenangabe für die Fair Use-Analyse *Oekonomidis*, Zitierfreiheit, S. 245.

<sup>195</sup> *Wright v. Warner Books, Inc.*, 748 F.Supp 105, 113 (S.D.N.Y. 1990).

<sup>196</sup> *Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F.Supp 1137, 1146 (S.D.N.Y. 1980); *Núñez v. Caribbean International News Corporation*, 235

senschaft und Teilen der Rechtsprechung allerdings als nicht unproblematisch angesehen. Kritiker weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass moralische Erwägungen im US-amerikanischen Urheberrecht bei der Rechtsentstehung kaum eine Rolle spielten und daher auch im Rahmen der Urheberrechtsschranken nicht berücksichtigt werden sollten<sup>197</sup>. Die Fair Use-Doktrin sei – auch wenn sie häufig als Teil des *equity* bezeichnet werde – eine gesetzliche Konstruktion, bei der es nicht auf moralisch korrektes Verhalten ankomme<sup>198</sup>. Erwägungen zur Gut- oder Bösgläubigkeit des Nutzers seien daher an dieser Stelle fehl am Platze und sollten stattdessen bei den Rechtsfolgen einer Urheberrechtsverletzung oder bei der Bestimmung der Haftung berücksichtigt werden<sup>199</sup>.

### III. Zweiter Faktor: „Nature of the copyrighted work“

Als zweiter Faktor innerhalb der Fair Use-Analyse ist nach 17 U.S.C. § 107 „the nature of the copyrighted work“ zu beachten. US-amerikanische Gerichte stellen dabei zum einen auf die im Originalwerk ausgedrückte Kreativität ab und fragen, ob das benutzte Werk eher faktisch oder kreativ ist (1). Zum anderen spielt es eine Rolle, ob das Originalwerk vor der Benutzung bereits veröffentlicht war oder nicht (2). Darüber hinaus kann ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien berücksichtigt werden, ob es sich um ein vergriffenes Werk handelt (3).

#### 1. Unterscheidung zwischen faktischen und kreativen Werken

##### a) Grundgedanken

Hintergrund der Unterscheidung zwischen faktischen und kreativen Werken<sup>200</sup> im Rahmen des zweiten Fair Use-Faktors ist die im US-amerikani-

---

F.3d 18, 23 (1<sup>st</sup> Cir. 2000); vgl. auch den Hinweis in *Time, Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp 130, 146 (S.D.N.Y. 1968).

<sup>197</sup> Ausführlich *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1126 ff. („Copyright is not a privilege reserved for the well-behaved“); *ders.*, 36 J. Cop. Soc’y USA 167, 176 (1989); *Leval* behandelt die Gut- oder Bösgläubigkeit allerdings nicht im Rahmen des ersten Fair Use-Faktors, sondern als eigenständigen zusätzlichen Faktor.

<sup>198</sup> Vgl. das *concurring vote* von Judge *Jacobs* in *NXIVM Corp. v. Ross Inst.*, 364 F.3d 471, 483 (2<sup>nd</sup> Cir. 2004); *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1127 (1990); siehe in diesem Zusammenhang auch den Hinweis von *Patry*, Fair Use Privilege, S. 4 f. (Fair Use als *common law*-Verteidigung gegenüber dem gesetzlichen Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers und daher kein Produkt des *equity*).

<sup>199</sup> *Goldstein*, Copyright, S. 10:47 f.

<sup>200</sup> Terminologisch findet sich hierfür zum Teil auch die Bezeichnung *informational works* und *creative works of entertainment*; *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 496 f. (1984) (Sondervotum *Justice Blackmun*); *Patry*, Fair Use Privilege, S. 505.

schen Urheberrecht traditionell geltende<sup>201</sup> und in 17 U.S.C. § 102 (b) gesetzlich fixierte *idea/expression*-Dichotomie, nach der sich der Urheberrechtsschutz nicht auf die dem Werk zugrunde liegenden Tatsachen, Ideen oder Motive erstreckt<sup>202</sup>. Dem Gedanken dieser grundlegenden Lehre entsprechend, werden bei der Frage nach dem Umfang des Urheberrechts nicht-kreative Werkelemente herausgefiltert und der Urheberrechtsschutz ausschließlich auf die original vom Schöpfer stammenden Werkteile beschränkt. Die im Werk zum Ausdruck kommenden Tatsachen, Ideen oder Motive sind und bleiben dagegen gemeinfrei. In der Fair Use-Doktrin äußert sich die Trennung zwischen *idea* und *expression* unter anderem dadurch, dass die Doktrin von den Gerichten immer dann deutlich großzügiger angewendet wird, wenn das benutzte Werk schwerpunktmäßig faktische Elemente enthält<sup>203</sup>. Umgekehrt erschweren die Gerichte die Anwendung von Fair Use, wenn das benutzte Originalwerk als kreativ eingeordnet werden kann<sup>204</sup>.

Eine klare Entscheidung zwischen faktisch und kreativ ist in der Praxis allerdings nur selten möglich, da ein Werk im Regelfall sowohl faktische als auch kreative Elemente enthält, die zudem häufig eng miteinander verwoben sind. Lässt sich in derartigen Situationen feststellen, dass schwerpunktmäßig eine Art von Werkelementen übernommen wurde, so bestimmt die entsprechende Kategorie die Fair Use-Analyse zum zweiten Faktor<sup>205</sup>. Wurden dagegen in gleicher Weise faktische und kreative Werkelemente verwendet, so heben sich die beiden Einflüsse gegenseitig auf und der zweite Faktor hat insoweit keine Relevanz für die Fair Use-Analyse<sup>206</sup>.

---

<sup>201</sup> Siehe *Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879).

<sup>202</sup> Tatsachen werden im Rahmen der *idea/expression*-Dichotomie den in 17 U.S.C. § 102 (b) genannten „discoveries“ zugeordnet; *Cohen/Loren/u.a.*: Copyright, S. 96 f.

<sup>203</sup> Siehe etwa *New York Times, Co. v. Roxbury Data Interface, Inc.*, 434 F. Supp 217, 221 (D.N.J. 1977) sehr deutlich *New Era Publications International v. Carol Publishing Group*, 904 F.2d 152, 157 (2<sup>nd</sup> Cir. 1990) („the scope of fair use is greater with respect to factual than non-factual works“); *Goldstein*, Copyright, S. 10:49 f.

<sup>204</sup> Vgl. *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 237 f. (1990); *Sony v. Universal*, 410 U.S. 417, 455 (1984); *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 586 (1994) (zweiter Faktor „calls for recognition that some works are closer to the core of intended copyright protection than others“); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [2] [a]; *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 224 („The scope of fair use is, of course, reciprocal to the degree of protection“).

<sup>205</sup> Vgl. *New Era Publications International v. Carol Publishing Group*, 904 F.2d 152, 157 (2<sup>nd</sup> Cir. 1990).

<sup>206</sup> *Marcus v. Rowley*, 695 F.2d 1171, 1176 (9<sup>th</sup> Cir. 1983); *Goldstein*, Copyright, S. 10:49.

## b) Bedeutung der Unterscheidung

Große Bedeutung kommt der Unterscheidung zwischen faktischen und kreativen Werkelementen im Bereich der Computertechnologie und dort insbesondere bei der Frage nach der Zulässigkeit des *reverse engineering* zu. Bei diesem aus technischen Gründen in aller Regel mit einer Vervielfältigung des Werkes verbundenem Vorgang wird der auf einem Datenträger enthaltene Objektcode in einen von Menschen lesbaren Quellcode umgewandelt<sup>207</sup>. Erst durch diese Dekompilierung lassen sich die Funktionalität eines Computerprogrammes beobachten und interoperable (Konkurrenz-) Produkte entwickeln. Die US-amerikanische Rechtsprechung bejaht in diesen Fällen regelmäßig den Fair Use-Einwand und begründet dies unter anderem mit dem Hinweis auf den zweiten Faktor und die Natur des genutzten Werkes. So sei es nur durch die Dekompilierung des im Originalwerk enthaltenen Objektcodes möglich, die nach der *idea/expression*-Dichotomie nicht geschützten (faktischen) Werkelemente (z.B. Interface-Informationen) auszulesen. Der Objectcode des dekompierten Computerprogrammes sei aus diesem Grunde weniger schutzwürdig als andere Werke<sup>208</sup> und die Fair Use-Doktrin daher in diesen Fällen großzügiger anzuwenden.

Außerhalb des *reverse engineering* hat die Frage nach der Abgrenzung von kreativen und faktischen Werkelementen deutlich weniger Gewicht<sup>209</sup>, bei Parodien hat sie sogar praktisch gar keine Bedeutung. In derartigen Fällen gehen die Gerichte davon aus, dass es für eine parodistische Werkschöpfung fast ausnahmslos üblich und notwendig sei, gerade hochkreative und in der Öffentlichkeit als solche bekannte Werke und dort wiederum die markantesten und kreativsten Stellen als Vorlage zu verwenden. Für Parodien als an sich gewünschte Kunstform sei es daher nicht angebracht, bloß wegen des kreativen Gehalts des benutzten Werkes den Fair Use-Einwand zu verneinen<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> Ausführlich zur technischen Seite des *reverse engineering* Georgenson, 5 Alb. L.J. Sci. & Tech. 291, 294 ff. (1996); siehe auch Patry, Fair Use Privilege, S. 468.

<sup>208</sup> *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1526 (9<sup>th</sup> Cir. 1992); *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 975 F.2d 832, 843 (Fed. Cir. 1992); Goldstein, Copyright, S. 10:51.

<sup>209</sup> *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [2] [a].

<sup>210</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 586 (1994); vgl. auch Patry, Fair Use Privilege, S. 498.

## 2. Unterscheidung zwischen veröffentlichten und unveröffentlichten Werken

a) Ausgangspunkt: Trennung zwischen gesetzlichem Urheberrecht und common law copyright bis zum 1976 Copyright Act

Neben der Frage nach der im benutzten Werk enthaltenen Kreativität spielt es im Rahmen des zweiten Faktors eine Rolle, ob das Originalwerk vor der Benutzung vom Rechtsinhaber bereits veröffentlicht wurde. Die von den Gerichten bis zum heutigen Tage zu beobachtende Zurückhaltung in der Anwendung der Fair Use-Doktrin auf unveröffentlichte Werke wurzelt in der bis zum 1976 Copyright Act existierenden Trennung zwischen dem gesetzlichen (bundesstaatlichen) Urheberrecht für (mit *copyright notice*) veröffentlichte Werke und dem (einzelstaatlichen) *common law*-Urheberrecht für unveröffentlichte Werke. Die (damals ausschließlich als Richterrecht bestehende) Fair Use-Doktrin fand nur für veröffentlichte Werke Anwendung und konnte nicht auf die Benutzung unveröffentlicher Werke übertragen werden<sup>211</sup>. Im Rahmen der durch den 1976 Copyright Act erfolgten Reform wurde das gesetzliche (bundesstaatliche) Urheberrecht auf unveröffentlichte Werke ausgedehnt und dem Autor als Teil des Distributionsrechts (17 U.S.C. § 106 [3]) ein gesetzliches Erstveröffentlichungsrecht zugewiesen<sup>212</sup>. Während des Gesetzgebungsverfahrens zum 1976 Copyright Act wurde auch die Frage nach einer fairen Benutzung unveröffentlicher Werke diskutiert<sup>213</sup> und die Trennung zwischen der fairen Benutzung veröffentlichter und unveröffentlicher Werke bewusst aufrecht erhalten. Eine faire Benutzung unveröffentlicher Werke sollte danach – wie aus dem *Senate Report* zum 1976 Copyright Act hervorgeht – zwar nicht schlichtweg unzulässig, dafür aber nur mit starken Einschränkungen möglich sein:

---

<sup>211</sup> *Stanley v. Columbia Broadcasting System*, 221 P.2d 73, 78 (Cal. 1950); siehe auch *Patry*, Fair Use Privilege, S. 534 f.; *Miller*, 40 J. Cop. Soc’y USA 349, 352 ff. (1993); *Oekonomidis*, Zitierfreiheit, S. 247 f.; *Oekonomidis* vermutete noch vor Erlass des 1976 Copyright Act zu Recht, dass auch nach der (sich damals abzeichnenden und die faire Benutzung auch unveröffentlicher Werke ermöglichenden) Kodifizierung die Gerichte inhaltlich an der Trennung zwischen veröffentlichten und unveröffentlichten Werken festhalten würden.

<sup>212</sup> 17 U.S.C. § 106 (3) gibt dem Autor das Recht „to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership [...]“; darin ist nach Ansicht des Gesetzgebers zugleich ein Erstveröffentlichungsrecht enthalten; vgl. den *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 62; *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 552 (1985).

<sup>213</sup> Ausführlich *Patry*, Fair Use Privilege, S. 535 ff.

„The applicability of the fair use doctrine to unpublished works is narrowly limited since, although the work is unavailable, this is the result of a deliberate choice on the part of the copyright owner. Under ordinary circumstances the copyright owner’s ‚right of first publication‘ would outweigh any needs of reproduction for classroom purposes“<sup>214</sup>.

#### b) Harper & Row v. Nation Enterprises

Diese Vorgabe griff der US Supreme Court in *Harper & Row v. Nation Enterprises*<sup>215</sup> auf und hielt fest:

„First publication is inherently different from other § 106 rights in that only one person can be the first publisher [...]. Because the potential damage to the author from judicially enforced ‚sharing‘ of the first publication right with unauthorized users of his manuscript is substantial, the balance of equities in evaluating such a claim of fair use inevitably shifts“<sup>216</sup>.

Das Interesse des Autors, selbst darüber zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk an die Öffentlichkeit gelangen soll, spielte in der darauf folgenden Fair Use-Analyse eine prominente Rolle. Für den US Supreme Court war es insbesondere bedeutsam, dass der Urheberrechtsinhaber im Vorfeld der Publikation mit allen Interessenten Verschwiegenheitsvereinbarungen abgeschlossen hatte, um eine ungewollte Vorveröffentlichung möglichst zu verhindern. Darüber hinaus hatte Harper & Row dem Time-Magazin (das die autorisierte Version abdrucken sollte) eine Vorlagepflicht auferlegt und sich damit die Möglichkeit vorbehalten, noch Einfluss auf den Inhalt des Artikels zu nehmen. Diese Vorkehrungen wurden – so der US Supreme Court – durch den nicht autorisierten Abdruck im Nation-Magazin grob umgangen und damit das Geheimhaltungsinteresse des Urheberrechtsinhabers so offensichtlich verletzt, dass man die Benutzung des Ford-Manuskriptes durch The Nation kaum noch als „fair“ bezeichnen konnte<sup>217</sup>.

Nach *Harper & Row v. Nation Enterprises* spielt es folglich insbesondere eine Rolle, ob der Urheberrechtsinhaber an einem unveröffentlichten Werk den Willen hat, dieses (in absehbarer Zeit) zu veröffentlichen. Ist dies der Fall, so ist der für den Urheberrechtsinhaber durch die Benutzung seines Werkes zu erwartende Schaden ungleich größer, was tendenziell gegen den Fair Use-Einwand spricht. Dies gilt vor allem dann, wenn der Nutzer – wie im Fall *Harper & Row v. Nation Enterprises* – dem Urheberrechtsinhaber bzw. dessen Lizenznehmer durch die frühzeitige Veröffentli-

---

<sup>214</sup> *Senate Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4A), S. 64; die Bezugnahme auf „reproduction for classroom purposes“ schränkt die Aussage inhaltlich nicht ein, vgl. *Patry*, Fair Use Privilege, S. 538 f.

<sup>215</sup> Ausführliche Darstellung des Sachverhaltes oben S. 39 ff.

<sup>216</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 553 (1985).

<sup>217</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 563 f. (1985).

chung bewusst zuvorkommen will<sup>218</sup>. Derartige, kurz vor der Veröffentlichung stehende Werke genießen daher im Rahmen des zweiten Fair Use-Faktors den größten Schutz

Die nach *Harper & Row v. Nation Enterprises* ergangenen Entscheidungen griffen die Differenzierung zwischen veröffentlichten und unveröffentlichten Werken mehrfach auf. Obwohl der US Supreme Court in seiner Leitentscheidung klargestellt hatte, dass die Frage nach der Veröffentlichung nicht die einzige zu untersuchende Tatsache im Rahmen der Fair Use-Analyse darstellt<sup>219</sup>, betonte die Rechtsprechung in einigen auf *Harper & Row* folgenden Urteilen diesen Aspekt sehr stark und tendierte dazu, eine faire Benutzung nicht veröffentlichter Werke praktisch immer auszuschließen<sup>220</sup>. Diese Entwicklung des zweiten Faktors in Richtung auf eine *per se rule* wurde von Historikern, Autoren und Buchverlagen als äußerst problematisch angesehen. So bestand die Befürchtung, die damalige Rechtsprechung könne eine deutliche Hürde für die historische Forschung darstellen<sup>221</sup>. Darüber hinaus, so die Betroffenen, werde insbesondere die Veröffentlichung nicht autorisierter Biographien enorm erschwert, da bei derartigen Werken praktisch immer auf nichtveröffentlichtes Material (etwa Briefe oder andere Aufzeichnungen) zurückgegriffen werden müsse, was

---

<sup>218</sup> Zu diesem Aspekt *Leval*, 36 J. Cop. Soc’y USA 167, 173 (1989) („such a practice unreasonably diminishes the rewards for authorship and is therefore contrary to the copyright purpose“); *Pomputius*, 15 Colum.-VLA J.L. & Arts 161, 191 ff. (1991); *Leman*, 18 J. Corp. L. 619, 647 f. (1993).

<sup>219</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 554 (1985) unter Bezugnahme auf den *Senate Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4A), S. 64.

<sup>220</sup> Vgl. *Salinger v. Random House*, 811 F.2d 90, 95 ff. (2<sup>nd</sup> Cir, 1987); *New Era Publications Internationale v. Henry Holt & Co.*, 873 F.2d 576, 583 (2<sup>nd</sup> Cir. 1989); dazu *Leman*, 18 J. Corp. L. 619, 626 ff., 630 ff. (1993); *Miller*, 40 J. Cop. Soc’y USA 349, 356 ff. (1993); siehe auch *Goldstein*, Copyright, S. 10:53; *Patry*, Fair Use Privilege, S. 544 f.; *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 226; die Befürchtung, die Aussage des US Supreme Court führe zu einer „categorical presumption“ wurde bereits von *Justice Brennan* in seinem dissenting vote in *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 595 (1985) erahnt; zur Rechtsprechung nach *Harper & Row v. Nation Enterprises* siehe auch *Zissu*, 43 J. Cop. Soc’y USA 7, 9 ff. (1994).

<sup>221</sup> Vgl. etwa die noch vor den Urteilen in *Salinger* und *New Era Publications* artikulierten Befürchtungen von *Benedict*, 91 Am. Hist. Rev. 859, 874 f. (1986); siehe auch *Hoebbel*, Sammelwerke, S. 372 ff.; anders dagegen *Re*, 58 St. John’s L. Rev. 597 (1984), der noch vor der Entscheidung in *Harper & Row v. Nation Enterprises* die Hoffnung äußerte, der US Supreme werde – anders als der Court of Appeals for the 2<sup>nd</sup> Circuit – die Interessen der Urheberrechtsinhaber an ihrem unveröffentlichten Material stärker betonen.

nun aber nicht mehr ohne weiteres möglich sei<sup>222</sup>. Das Prozessrisiko wurde von Autoren und Verlagen zum Teil als so hoch eingestuft, dass es in einigen Fällen vor der Veröffentlichung nicht autorisierter Biographien sogar zu einer Selbstzensur kam<sup>223</sup>.

c) Reaktion des Kongresses und Änderung von 17 U.S.C. § 107

Im Jahr 1992 schloss sich der Kongress schließlich diesen Bedenken an und ergänzte 17 U.S.C. § 107 um folgenden Satz<sup>224</sup>:

„The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors“.

Durch die Erwähnung der übrigen Faktoren und den Hinweis, die nicht erfolgte Veröffentlichung „itself“ reiche nicht aus, um den Fair Use-Einwand zu verneinen, stellte der Kongress klar, dass es im Rahmen des zweiten Faktors keine *per se rule* zuungunsten des Nutzers geben dürfe und dass stattdessen – wie auch sonst – die Fair Use-Entscheidung als *case by case*-Analyse getroffen werden solle. Die aus *Harper & Row v. Nation Enterprises* stammende Grundregel, im Rahmen des zweiten Faktors den Veröffentlichungsstatus des benutzten Werkes zu beachten, bleibt zwar auch nach der Gesetzesänderung erhalten, wird in ihrer Bedeutung aber abgeschwächt<sup>225</sup>.

Die Behandlung des Publikationsstatus im Rahmen des zweiten Fair Use-Faktors lässt sich damit wie folgt zusammenfassen: Den größten Schutz genießen in Anlehnung an *Harper & Row v. Nation Enterprises* unveröffentlichte Werke, die vom Urheberrechtsinhaber oder dessen Lizenznehmer zur baldigen Veröffentlichung vorgesehen sind. Gegen Fair Use spricht hier zum einen das Geheimhaltungsinteresse des Urheberrechtsinhabers, zum anderen der bei einer nicht-autorisierten Veröffentlichung zu erwartende Schaden. Der letzte Satz von 17 U.S.C. § 107 stellt allerdings ausdrücklich klar, dass der Status des Werkes als „unpublished“

---

<sup>222</sup> Für ein fiktives Beispiel der praktischen Probleme bei der Veröffentlichung einer nicht autorisierten Biographie nach *Salinger* und *New Era Publications* siehe *LeFevre*, 55 *Law & Contemp. Probs.* 153 (1992).

<sup>223</sup> *LeFevre*, 55 *Law & Contemp. Probs.* 153, 168 f. (1992).

<sup>224</sup> Act of October 24, 1992, 102 *Pub. L. No.* 102-492, 106 *Stat.* 3145 (1992); zu den Interessenkonflikten und der Kontroverse um Änderung von 17 U.S.C. § 107 *LeFevre*, 55 *Law & Contemp. Probs.* 153, 170 f. (1992); *Leman*, 18 *J. Corp. L.* 619, 632 ff. (1993).

<sup>225</sup> *Goldstein*, *Copyright*, S. 10:53; *Sundeman v. Seajay Society, Inc.*, 142 *F.3d* 194 (4<sup>th</sup> *Cir.* 1998); *Patry*, *Fair Use Privilege*, S. 548 begrüßt die Gesetzgebung als vorsichtigen und gemäßigten Ansatz, mit dem die Grundsätze der bisherigen Entscheidungen (nach *Patry* auch *Salinger* und *New Era*) nicht aufgehoben werden; stattdessen – so *Patry* – werden die Gerichte durch die Gesetzesänderung nur zur Vorsicht gegenüber einer *per se rule* gemahnt.

auch in diesen Fällen nicht zwingend zur Versagung des Fair Use-Einwandes führen muss. Weniger Schutz kommt unveröffentlichten und nicht zur Veröffentlichung vorgesehenen Werken zu. Zwar spricht auch hier das Geheimhaltungsinteresse des Urhebers gegen den Fair Use-Einwand, ein wirtschaftlicher Schaden ist in diesen Fällen jedoch nicht unbedingt zu erwarten. Den schwächsten Stand haben schließlich veröffentlichte Werke, bei denen weder ein Geheimhaltungsinteresse noch ein besonderer zu erwartender „Veröffentlichungsschaden“ gegen Fair Use spricht.

#### d) Hinweis: Erstveröffentlichungsrecht in den USA und Deutschland

Aus dem Blickwinkel des deutschen Rechts bleibt noch festzuhalten, dass sich das eben beschriebene und durch die Fair Use-Doktrin (tendenziell) geschützte Erstveröffentlichungsrecht vom deutschen Veröffentlichungsrecht nach § 12 UrhG unterscheidet. Zwar wurzelt das deutsche Recht wie sein US-amerikanisches Pendant im Interesse des Urhebers, den Veröffentlichungszeitpunkt selbst zu bestimmen und den Inhalt des Werkes geheim halten zu können<sup>226</sup>, im Übrigen bestehen aber deutliche Unterschiede. Beim deutschen § 12 UrhG handelt es sich um eine Vorschrift des Urheberpersönlichkeitsrechts, die primär die ideelle Beziehung des Autors zu seinem Werk und nicht dessen wirtschaftliche Verwertbarkeit zum Gegenstand hat<sup>227</sup>. Das US-amerikanische Erstveröffentlichungsrecht aus 17 U.S.C. § 106 (3) ist dagegen primär dem vermögensrechtlichen Bereich zuzuordnen. Über die Berücksichtigung des Erstveröffentlichungsrechts im Rahmen der Fair Use-Doktrin erkennt das US-amerikanische Urheberrecht an, dass der Veröffentlichungszeitpunkt für den ökonomischen Wert eines Werkes relevant ist und dass die Lizenzierung von *prepublication rights* eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben kann<sup>228</sup>. Dem Urheberrechtsinhaber soll damit bewusst die Möglichkeit offen gehalten werden, den ökonomisch sinnvollsten Zeitpunkt und die wirtschaftlich rentabelste Methode für die Veröffentlichung seines Werkes zu wählen. Eine

---

<sup>226</sup> *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 395; das Geheimhaltungsinteresse spielt in den USA bei der Bestimmung des Veröffentlichungsstatus eine bedeutende Rolle: So wurden etwa standardisierte Prüfungsaufgaben, die beim Copyright Office als „secure test“ registriert worden waren, trotz Verbreitung als „unpublished“ eingestuft, *College Entrance Examination Board v. Cuomo*, 788 F.Supp 134, 141 (N.D.N.Y. 1992); vgl. auch *Chicago Board of Education v. Substance, Inc.*, 354 F.3d 624, 627 (7<sup>th</sup> Cir. 2003); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [2] [b]; *Goldstein*, Copyright, S. 10:51 f.

<sup>227</sup> Zu § 12 UrhG als Teil des Urheberpersönlichkeitsrechts im engeren Sinne Dreier/Schulze, Vor § 12 Rz. 2.

<sup>228</sup> Vgl. *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 225; *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 555 (1985); *LeFevre*, 55 Law & Contemp. Probs. 153, 168 (1992); *Leval*, 36 J. Cop. Soc’y USA 167, 177 f. (1989).

Anerkennung des persönlichkeitsrechtlichen Interesses an der (Erst-) Veröffentlichung findet dadurch nicht statt. Die Geheimhaltung des Werkes bezieht sich damit im deutschen und US-amerikanischen Recht auf unterschiedliche Aspekte des Urheberrechtsschutzes.

### 3. Vergriffene Werke

Als zusätzlicher Punkt im Rahmen des zweiten Faktors lässt sich den Gesetzgebungsmaterialien entnehmen, dass es im Rahmen der Fair Use-Analyse berücksichtigt werden kann, ob das benutzte Werk vergriffen ist. Begründet wird eine entsprechende Privilegierung mit der Erwägung, der Nutzer habe eine größere Rechtfertigung für die Vervielfältigung, wenn das Werk über normale Vertriebskanäle nicht mehr zu beschaffen sei<sup>229</sup>. Trotz dieser ausdrücklichen Erwähnung im Gesetzgebungsverfahren wird die faire Benutzung vergriffener Werke in der gerichtlichen Praxis jedoch nicht bevorzugt. Im Gegenteil finden sich sogar Entscheidungen, in denen die Tatsache, dass es sich um ein vergriffenes Werk handelt, im Ergebnis sogar zum Nachteil des Nutzers ausgelegt wurde<sup>230</sup>. Die Gerichte führten dabei (im Rahmen des vierten Faktors) das Argument an, die Urheber vergriffener Werke seien – da sie nicht mehr am Verkauf von Werkexemplaren partizipieren können – wirtschaftlich darauf angewiesen, Lizenzgebühren zu erhalten. Außerdem beeinträchtigt die ungebremste Vervielfältigung den potentiellen zukünftigen Markt, beispielsweise für Neuauflagen des vergriffenen Werkes<sup>231</sup>.

### IV. Dritter Faktor: „Amount and substantiality of the portion used“

Nach 17 U.S.C. § 107 ist als dritter Faktor „the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole“ in die Fair Use-Analyse miteinzubeziehen. Der Wortlaut des Copyright Act gibt damit zum einen die Berücksichtigung quantitativer Elemente (1), zum anderen die Berücksichtigung qualitativer Elemente (2) vor.

---

<sup>229</sup> Senate Report on the Copyright Act of 1976 (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4A), S. 64, der diesen Punkt unter demselben Aspekt wie die Frage nach der Veröffentlichung des Werkes behandelt.

<sup>230</sup> Vgl. *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F.Supp 1522, 1534 (S.D.N.Y. 1991).

<sup>231</sup> *Craft v. Kobler*, 667 F.Supp 120, 129 (S.D.N.Y. 1987); vgl. auch *Meeropol v. Nizer*, 560 F.2d 1061, 1070 (2<sup>nd</sup> Cir. 1977); siehe hierzu auch *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [2] [a].

### 1. Quantitativer Maßstab („amount“)

Bei der Frage nach dem quantitativ zulässigen Umfang gilt als naheliegende Grundregel, dass die Möglichkeiten einer fairen Benutzung sinken, je mehr vom Originalwerk übernommen wird<sup>232</sup>. Begründet wird diese Beziehung zwischen quantitativem Umfang und Fair Use-Einwand mit wirtschaftlichen Erwägungen: Je mehr der Benutzer vom Originalwerk übernimmt, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit spürbarer wirtschaftlicher Auswirkungen beim Urheberrechtsinhaber<sup>233</sup>.

Da es sich beim Umfang der Übernahme lediglich um einen Aspekt innerhalb der mehrere Faktoren umfassenden Fair Use-Prüfung handelt, kann aus der Relation zwischen geschütztem Originalwerk und übernommenen Werkteilen nicht *per se* auf die (Un-) Zulässigkeit der Nutzungshandlung geschlossen werden. Dem dritten Faktor kommt daher keine allein entscheidende Bedeutung zu. Dies hat unter anderem zur Folge, dass auch der in quantitativer Hinsicht größte denkbare Eingriff – die Übernahme des kompletten Originalwerkes – in Einzelfällen zulässig sein kann<sup>234</sup>. Beispielsweise haben US-amerikanische Gerichte den Fair Use-Einwand trotz vollständiger Übernahme für das *reverse engineering* von Computerprogrammen zugelassen und dies damit begründet, die vorübergehende Vervielfältigung des kompletten Werkes sei im Rahmen des Dekompilationsvorganges zwingend technisch notwendig, um später einen Teil des Werkes (bzw. die ohnehin urheberrechtlich nicht geschützten Interface-Informationen) auslesen zu können<sup>235</sup>. Auch im Fall *Sony v. Universal* schadete es nicht, dass die Nutzer der Betamax-Geräte beim *time-shifting* Komplettaufzeichnungen einzelner Sendungen vornahmen. Das Gericht berücksichtigte hier insbesondere die Tatsache, dass die Urheberrechtsinhaber an den Fernsehprogrammen auch im Normalfall des reinen On-Air-Empfanges den Benutzern von Fernsehgeräten den kostenfreien Genuss des gesamten Werkes gestatteten<sup>236</sup>. Als weitere Fälle sind vollständige Vervielfältigungen etwa bei Abhandlungen im Stile eines wissenschaftli-

<sup>232</sup> *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F.Supp 144, 153 (E.D. Pa.); *Goldstein*, Copyright, S. 10:55; *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1122 (1990).

<sup>233</sup> Vgl. *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 226 („logical intuition“); *Leval* 36 J. Cop. Soc’y USA 167, 174 (1989) schränkt aus diesem Grund die eigenständige Bedeutung des dritten Faktors deutlich ein: „This factor is probably significant only as a clue to the final factor – market impact“; dem tendenziell zustimmend *Weinreb*, 103 Harv. L. Rev. 1137, 1146 (1990).

<sup>234</sup> Generell tendiert die Übernahme eines kompletten Werkes allerdings stark gegen Fair Use; ausführlich hierzu *Patry*, Fair Use Privilege, S. 552 ff.

<sup>235</sup> *Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1526 f. (9<sup>th</sup> Cir. 1992) („Where the ultimate (as opposed to direct) use is as limited as it was here, the factor is of very little weight“).

<sup>236</sup> *Sony v. Universal*, 410 U.S. 417, 449 f. (1984).

chen Großzitates (vgl. § 51 Nr. 1 UrhG) oder bei sehr kurzen Originalwerken denkbar<sup>237</sup>.

Ein ähnlich großzügiger Maßstab gilt für Parodien. Die US-amerikanischen Gerichte erkennen hier an, dass die Übernahme größerer Teile des parodierten Werkes zum Wesen effektiver parodistischer Werkschöpfung gehört und messen dem dritten Faktor insoweit keine allzu große Bedeutung zu. Dem Schöpfer einer Parodie wird von den Gerichten zugestanden, bei den Adressaten seines Werkes den Eindruck des parodierten Originalwerkes heraufzubeschwören (*conjure up*)<sup>238</sup>. Soweit es hierfür notwendig ist, darf der Parodist – auch und gerade unter Übernahme der charakteristischen Elemente des Originalwerkes – dafür sorgen, dass die Adressaten der Parodie erkennen können, welches Werk parodiert wird<sup>239</sup>. Im Ergebnis kann dies bedeuten, dass im Einzelfall – wie das Beispiel *Campbell v. Acuff-Rose*<sup>240</sup> zeigt – in recht großzügigem Umfang auf das Originalmaterial zurückgegriffen werden darf.

## 2. Qualitativer Maßstab („substantiality“)

Neben dem rein quantitativen Verhältnis zwischen Originalwerk und dem Umfang der Übernahme durch den Nutzer, kommt es bei der Analyse des dritten Faktors maßgeblich auf qualitative Kriterien an. Wie diese Kriterien inhaltlich zu verstehen sind, wurde vom US Supreme Court insbesondere in der Entscheidung *Harper & Row v. Nation Enterprises*<sup>241</sup> analysiert. Obwohl das Nation Magazin in diesem Fall nur etwa 300-400 Wörter aus der insgesamt weit umfangreicheren Ford-Biographie übernommen hatte, kam der US Supreme Court zu dem Ergebnis, der dritte Fair Use-Faktor tendiere gegen den Fair Use-Einwand. Zur Begründung führte das Gericht an, der Nation-Artikel enthalte die interessantesten und bewegendsten Passagen des im Erscheinen befindlichen Werkes. Die Zitate machten zwar nach absolutem Maßstab nur einen unbedeutenden Teil der Ford-Memoiren aus, bei qualitativer Betrachtung seien die verwendeten

<sup>237</sup> *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1123 (1990); vgl. auch *Belmore v. City Pages, Inc.*, 880 F.Supp 673, 678 f. (D. Minn. 1995); diese Fälle sind mit den im deutschen Recht bekannten Konstellationen des „großen Kleinzitates“ vergleichbar (siehe dazu unten S. 102 f.).

<sup>238</sup> Zur Formel des „conjure up“ *Walt Disney Productions v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 757 (9<sup>th</sup> Cir. 1978); *Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 623 F.2d 252, 253 (Fn. 1) (2<sup>nd</sup> Cir. 1980); *DC Comics, Inc. v. Unlimited Monkey Business, Inc.*, 598 F.Supp 110, 118 (N.D. Ga. 1984); *Goldstein, Copyright*, S. 10:57.

<sup>239</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 588 (1994); *Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432, 438 f. (9<sup>th</sup> Cir. 1986); *Eveready Battery Co. v. Adolph Coors Co.*, 765 F.Supp 440, 447 (N.D. Ill. 1991); *Goldstein, Copyright*, S. 10:57; *Patry, Fair Use Privilege*, S. 498 ff.

<sup>240</sup> Ausführlich oben S. 41 ff.

<sup>241</sup> Ausführlich zum Sachverhalt oben S. 39 ff.

Abschnitte aber „essentially the heart of the book“<sup>242</sup>. Sofern der Nutzer folglich die qualitativ entscheidenden Stellen des Originalwerkes übernimmt, wird der Frage nach dem quantitativen Umfang der Benutzung keine allzu große Bedeutung mehr zugemessen<sup>243</sup>.

Die konkrete Bestimmung der Qualität der verwendeten Passagen gestaltet sich allerdings häufig problematisch<sup>244</sup>. Einerseits darf allein aus der Tatsache, dass bestimmte Werkteile vom Benutzer als übernehmenswert angesehen wurden, nicht *per se* auf deren inhaltliche Bedeutung geschlossen werden<sup>245</sup>. Andererseits kommt dem Stellenwert der übernommenen Passagen im Werk des Nutzers aber durchaus eine Indizwirkung zu. Zwar stellt 17 U.S.C. § 107 seinem Wortlaut nach als Bezugspunkt nur auf das „copyrighted work as a whole“ und damit ausschließlich auf das Verhältnis zwischen Gesamt (Original-) Werk und den vom Nutzer verwendeten Werkteilen ab<sup>246</sup>, diese gesetzliche Einschränkung lässt US-amerikanische Gerichte jedoch bis hin zum US Supreme Court unbeeindruckt. Stattdessen wird nicht selten beim dritten Fair Use-Faktor im Rahmen des qualitativen Maßstabes zusätzlich die Relation zwischen übernommenen Werkteilen und dem Werk des Nutzers berücksichtigt<sup>247</sup>. Im Fall *Harper & Row v. Nation Enterprises* sprach es etwa nach Ansicht des US Supreme Court gegen den Fair Use-Einwand, dass die zitierten Passagen aus der Ford-Biographie eine „key role“ im Nation-Artikel spielten und dessen Dreh- und Angelpunkt darstellten<sup>248</sup>. Der Begriff „heart of the book“ kann sich damit so-

---

<sup>242</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 564 f. (1985); bei der zitierten Passage bezieht sich der US Supreme Court auf das erstinstanzliche Urteil *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 557 F.Supp 1067, 1072 (S.D.N.Y. 1983).

<sup>243</sup> Vgl. *Goldstein*, Copyright, S. 10:55; weitere Beispiele, in denen die Qualität der verwendeten Werkteile eine bedeutende Rolle spielten sind *Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 503 F.Supp 1137, 1145 (S.D.N.Y. 1980); *Telerate Systems, Inc. v. Caro*, 689 F.Supp 221, 229 (S.D.N.Y. 1988); *Iowa State University Research Found., Inc. v. American Broadcasting Companies*, 621 F.2d 57, 61 f. (2<sup>nd</sup> Cir. 1980).

<sup>244</sup> Ausführlich zu den verschiedenen Ansätzen und praktischen Problemen bei der Feststellung des „heart of the book“ *LeFevre*, 55 Law and Contemporary Problems 153, 162 ff. (1992).

<sup>245</sup> *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [3]; *Religious Technology Center. v. Lerma*, 908 F.Supp 1362, 1367 (E.D. Va. 1995); *Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting, Inc.*, 305 F.3d 924, 941 (9<sup>th</sup> Cir. 2002).

<sup>246</sup> Vgl. *Goldstein*, Copyright, S. 10:56.

<sup>247</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 565 f. (1985); *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90, 98 f. (2<sup>nd</sup> Cir. 1987); *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731, 739 (2<sup>nd</sup> Cir. 1991); vgl. auch *Iowa State University Research Found., Inc. v. American Broadcasting Companies*, 621 F.2d 57, 61 f. (2<sup>nd</sup> Cir. 1980).

<sup>248</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 566 (1985); ähnlich *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90, 98 f. (2<sup>nd</sup> Cir. 1987) mit dem Hinweis, erst die verwendeten Zitate hätten dazu geführt „[to] make the book worth reading“.

wohl auf das Originalwerk als auch auf das Werk des Benutzers beziehen<sup>249</sup>.

*V. Vierter Faktor: „Effect of the use upon the potential market“*

Als vierten Faktor schreibt 17 U.S.C. § 107 die Berücksichtigung des „effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work“ vor. Der durch diesen Faktor vorgezeichneten Beachtung der negativen Auswirkungen einer Benutzung auf den Wert des Originalwerkes wird von US-amerikanischen Gerichten ein hoher Stellenwert innerhalb der Fair Use-Analyse zuerkannt (1). Neben den vom Urheberrechtsinhaber tatsächlich bedienten Märkten kommen hierbei auch noch nicht betretene potentielle Märkte in Betracht (2). Im Fall von kritischen Werken und Parodien sind werkartbedingt einige zusätzliche Besonderheiten zu beachten (3). Einen eigenständigen, allerdings bislang in erster Linie Theorie gebliebenen Ansatz zur Behandlung des vierten Faktors stellt schließlich der von *Nimmer/Nimmer* entwickelte *functional test* dar (4).

*1. Grundstruktur und Bedeutung des vierten Faktors innerhalb der Fair Use-Analyse*

Der vierte Fair Use-Faktor sichert dem Urheberrechtsinhaber die wirtschaftliche Verwertbarkeit seines Werkes. Je stärker die negativen Auswirkungen einer Benutzung auf den ökonomischen Wert eines Werkes sind, desto mehr müssen andere Aspekte zur Begründung des Fair Use-Einwandes ins Feld geführt werden<sup>250</sup>. Zu beachten ist jedoch, dass der wirtschaftliche Wert eines Werkes sich ausschließlich nach den urheberrechtlich geschützten Werkteilen bestimmt. Es kann daher – wie auch an anderen Stellen der Fair Use-Analyse<sup>251</sup> – erforderlich sein, geschützte und nicht geschützte Werkelemente mit Hilfe der *idea/expression*-Dichotomie voneinander zu separieren. Der im Rahmen des vierten Faktors relevante Markt bestimmt sich demnach ausschließlich nach der vom Schöpfer stammenden *expression*. Gemeinfreie Werkteile, insbesondere die im Werk enthaltenen Daten und Fakten dürfen dagegen ohne urheberrechtliche Be-

<sup>249</sup> Vgl. auch *Salinger v. Random House, Inc.*, 650 F.Supp 413, 423 (S.D.N.Y. 1986) („These passages are not the heart of Salinger’s letters, nor of Hamilton’s book“); *Miller/Davis*, Intellectual Property, S. 363 schlagen für die Bezugnahme auf das Werk des Nutzers den Begriff *reverse proportionality* vor.

<sup>250</sup> Vgl. *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180, 183 (2<sup>nd</sup> Cir. 1981) („The less adverse effect that an alleged infringing use has on the copyright owner’s expectation of gain, the less public benefit need be shown to justify the use.“); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [4].

<sup>251</sup> Siehe dazu oben S. 53 f. zur Unterscheidung von faktischen und kreativen Werkelementen im Rahmen des zweiten Faktors.

schränkung von Dritten übernommen werden. Ein ausschließlich darauf zurückzuführender Schaden spielt im Rahmen des vierten Fair Use-Faktors keine Rolle<sup>252</sup>.

Klare Fälle eines zu berücksichtigenden Marktschadens liegen vor, wenn sich die Nutzungshandlung unmittelbar beim Rechtsinhaber auswirkt. Dies sind zum einen Situationen, in denen Original- und Zweitwerk in direkter Konkurrenz miteinander stehen und das Werk des Nutzers unmittelbar die Nachfrage nach dem Originalwerk bedient<sup>253</sup>. Zum anderen kann es sein, dass dem Urheberrechtsinhaber auch ohne direkten Wettbewerb ein messbarer Schaden entsteht. Ein Beispiel hierfür findet sich im Fall *Harper & Row v. Nation Enterprises*<sup>254</sup>. Dort machte es der Artikel im Nation-Magazin dem Urheberrechtsinhaber Harper & Row unmöglich, den Inhalt der Ford-Biographie vor deren Veröffentlichung noch exklusiv als *first serial right* zu lizenzieren. Das Time-Magazin (dem eine solche Lizenz gewährt worden war) weigerte sich daraufhin, die noch ausstehenden Lizenzgebühren zu entrichten, womit Harper & Row nachweisbar ein Schaden in Höhe von \$12.500 entstand<sup>255</sup>.

Nicht selten taucht im Rahmen des vierten Faktors das Problem auf, dass eine einzelne Nutzungshandlung für sich genommen nur minimalen Schaden beim Urheberrechtsinhaber verursacht, alle Nutzungen zusammen genommen aber spürbare Folgen zeitigen. Dies kann beispielsweise in Konstellationen geschehen, in denen – wie im Fall *Sony v. Universal* – zu erwarten ist, dass sich eine bestimmte Benutzung weiter ausbreiten wird, sofern das Gericht sie für zulässig erachtet. In diesen Fällen untersuchen US-amerikanische Gerichte die in Frage stehende Nutzungshandlung und den dadurch verursachten aktuellen Schaden nicht isoliert, sondern fragen in einer hypothetischen Gesamtbetrachtung, welcher Schaden bei weiterer Verbreitung der Nutzung in Zukunft vernünftigerweise erwartet werden könne<sup>256</sup>. Dieser hypothetisch-kumulative Effekt ähnelt der aus dem euro-

---

<sup>252</sup> Siehe die Entscheidung des Court of Appeals for the 2<sup>nd</sup> Circuit in *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 723 F.2d 195, 208 (2<sup>nd</sup> Cir. 1983); das Urteil wurde zwar vom US Supreme Court aufgehoben (471 U.S. 539 [1985]), dieser Aspekt der Entscheidung dabei allerdings nicht beanstandet; vgl. auch *Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90, 96 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987); *Wright v. Warner Books, Inc.*, 953 F.2d 731, 739 (2<sup>nd</sup> Cir. 1991); *Africa Inst., Inc. v. Palmer*, 970 F.2d 1067, 1078 (2<sup>nd</sup> Cir. 1992); *Patry, Fair Use Privilege*, S. 560.

<sup>253</sup> Vgl. *Wainwright Sec. Inc. v. Wall Street Transcript Corp.*, 558 F.2d 91, 96 f. (2<sup>nd</sup> Cir. 1977); *Schechter/Thomas, Intellectual Property*, S. 230; *Goldstein, Copyright*, S. 10:58.

<sup>254</sup> Darstellung der Entscheidung oben S. 39 ff.

<sup>255</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 567 (1985) („Rarely will a case of copyright infringement present such clear-cut evidence of actual damage“).

<sup>256</sup> *Sony v. Universal*, 410 U.S. 417, 451 (1984); *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 590 (1994); *American Geophysical Union v. Texaco*, 60 F.3d 913, 927 (Fn. 12) (2<sup>nd</sup>

päischen Kartellrecht bekannten *Bündeltheorie*<sup>257</sup> und reicht als Grundlage für den vierten Fair Use-Faktor aus.

Das Gewicht des vierten Faktors innerhalb der Fair Use-Analyse ist unklar. Als häufig wiederholte Standardaussage erkennen US-amerikanische Gerichte in Anlehnung an *Harper & Row v. Nation Enterprises* und *Nimmer/Nimmer* dem Markteffekt der Nutzungshandlung regelmäßig den Status als „undoubtedly the single most important element of fair use“ zu<sup>258</sup>. Diese Grundaussage wird allerdings bei einem Blick auf die tatsächliche Entscheidungspraxis der Gerichte nicht bestätigt. So zeigt eine jüngere von *David Nimmer* durchgeführte Untersuchung von 60 Fair Use-Entscheidungen, dass nur in weniger als 50 Prozent der untersuchten Fälle das Teilergebnis des vierten Faktors mit dem Gesamtergebnis der Fair Use-Analyse korrespondiert. Nach dieser Studie lag der Einfluss des vierten Faktors im Vergleich mit den anderen Faktoren sogar nur an dritter Stelle<sup>259</sup>. Darüber hinaus sprechen einige Passagen in *Campbell v. Acuff-Rose* dagegen, dem vierten Faktor eine größere Bedeutung zuzuerkennen als den anderen Faktoren<sup>260</sup>. Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird das Gewicht des vierten Faktors relativiert. Vorgeschlagen wird beispielsweise, dem vierten Faktor lediglich negativen Einfluss auf die Fair Use-Analyse zuzuerkennen. So soll es zwar deutlich gegen Fair Use sprechen, wenn die Benutzung zu nachweisbaren oder potentiellen Schäden beim Urheberrechtsinhaber führt. Der umgekehrte Fall – also bei Nutzungshandlungen ohne aktuelle oder in Zukunft zu erwartende Schäden – soll dage-

---

Cir. 1994); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [4]; *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 227.

<sup>257</sup> Ausführlich und m.w.N. zur kartellrechtlichen *Bündeltheorie* im Rahmen des Art. 81 Abs. 1 EGV *Emmerich*, Kartellrecht, Rz. 84 ff.

<sup>258</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 417 U.S. 539, 566 (1984) unter Bezugnahme auf *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A]; siehe auch *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 238 (1990); ähnlich *Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381, 1385 (6<sup>th</sup> Cir. 1996) (vierter Faktor als „primus inter pares“); *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 227; kritisch *Patry*, Fair Use Privilege, S. 561 ff.

<sup>259</sup> *D. Nimmer*, 66 Law & Contemp. Probs. 263, 280 (2003); siehe dort auch Fn. 25 mit dem Hinweis, dass bei Anwendung des *functional test* (dazu unten S. 70 ff.) ein leicht erhöhter Einfluss des vierten Faktors festzustellen wäre.

<sup>260</sup> Nach *Patry*, Fair Use Privilege, S. 564 lässt sich insbesondere die Aussage des US Supreme Court „nor may the four statutory factors be treated in isolation, one from another“ (510 U.S. 569, 578) [1994]) nicht mit einer bevorzugten Behandlung des vierten Faktors vereinbaren; *Patry* ist daher der Ansicht, der US Supreme Court in *Campbell* „politely abandoned *Harper & Row*’s ill-advised citation to *Nimmer* on the relative importance of the fourth factor“ (Herv. im Original); dieser Auffassung folgt auch der Court of Appeals for the 2<sup>nd</sup> Circuit in *American Geophysical Union v. Texaco*, 60 F.3d, 913, 926 (2<sup>nd</sup> Cir. 1994) und *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 145 (2<sup>nd</sup> Cir. 1998).

gen nicht automatisch für die Zulässigkeit einer fairen Benutzung sprechen<sup>261</sup>.

## 2. Berücksichtigung potentieller Märkte

Der Wortlaut von 17 U.S.C. § 107 erlaubt ausdrücklich, bei der Untersuchung zum vierten Fair Use-Faktor auch den Einfluss der Nutzungshandlung auf potentielle Märkte in die Fair Use-Analyse einzubeziehen. Die hierfür in Frage kommenden, vom Urheberrechtsinhaber noch nicht bedienten Märkte betreffen zum einen Produkte, die auf dem urheberrechtlich geschützten Werk aufbauen und dieses umwandeln oder ergänzen (z.B. die Entwicklung eines Quiz-Buches zu einer bekannten Fernsehserie<sup>262</sup>). Darüber hinaus kommt auch ein potentieller Markt für die unveränderte Übernahme urheberrechtlich geschützter Werkteile, etwa im Rahmen einer Buchbesprechung, in Betracht. Der in diesem Fall für den Urheberrechtsinhaber zu befürchtende Schaden besteht in den durch die Benutzung des Werkes entgangenen Lizenzgebühren.

Insbesondere die zweite Variante eines potentiellen Marktes birgt Risiken in sich. Aufgrund der fortschreitenden technologischen Entwicklung wäre es mittlerweile machbar und rentabel, beispielsweise durch den Einsatz von online-Lizenzsystemen selbst für kleinste Benutzungen Entgelte zu erheben. Es ließe sich damit ohne weiteres behaupten, dass in den allermeisten urheberrechtsrelevanten Situationen auch eine Lizenz hätte erlangt werden können, womit bei praktisch jeder denkbaren Benutzung immer auch ein potentieller Markt betroffen wäre – und sei es nur für die Verwendung einer kurzen Passage im Rahmen eines einfachen Zitates<sup>263</sup>. Eine derartige Argumentation würde jedoch den vierten Fair Use-Faktor ad absurdum führen und selbst die in der Präambel angeführten traditionell fairen Benutzungen – beispielsweise im Rahmen der Berichterstattung durch die Medien oder bei wissenschaftlichen Publikationen – deutlich erschweren. Darüber hinaus stellt eine derartige Betrachtung auch einen Zirkelschluss dar, da dem Urheberrechtsinhaber nur dann Lizenzeinnahmen entgehen können, wenn dieser auch rechtmäßigerweise eine Lizenzgebühr hätte verlangen dürfen. Letzteres setzt aber gerade die Feststellung voraus,

---

<sup>261</sup> Vgl. *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1124 (1990).

<sup>262</sup> *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc.*, 150 F.3d 132 (2<sup>nd</sup> Cir. 1994).

<sup>263</sup> *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 228; vgl. auch *Leval* 103 Harv. L. Rev. 1105, 1124 (1990); *Patry*, Fair Use Privilege, S. 557 f.; *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1, 44 ff. (1997).

dass die in Rede stehende Handlung keine durch die Fair Use-Doktrin gedeckte zulässige Nutzung darstellt<sup>264</sup>.

Zu Recht erkennen die US-amerikanischen Gerichte daher nicht jede denk- und durchführbare Verwertungsmöglichkeit als potentiellen Markt im Sinne des vierten Faktors an. Stattdessen finden nur diejenigen Tätigkeiten Berücksichtigung, von denen traditionell oder vernünftigerweise erwartet werden kann, dass sie vom Urheberrechtsinhaber selbst wahrgenommen oder von diesem lizenziert werden<sup>265</sup>. Weiterer Nachweise, beispielsweise einer Absicht, tatsächlich entsprechende Lizenzen vergeben zu wollen, bedarf es dann nicht mehr<sup>266</sup>. Umgekehrt wird bei traditionell lizenzfreien Benutzungen kein potentieller Markt angenommen, beispielsweise bei Zitaten im Rahmen von Buchbesprechungen<sup>267</sup>.

### 3. Besonderheiten bei kritischen Werken und Parodien

Bei Parodien und anderen kritischen Werken können sich im Rahmen der Analyse zum vierten Fair Use-Faktor Besonderheiten ergeben. So ist bei der Frage nach einer direkten Konkurrenz zwischen Original- und Zweitwerk und einem dadurch möglicherweise verursachten unmittelbaren Schaden in aller Regel davon auszugehen, dass sich beide Werke auf unterschiedlichen Märkten bewegen und unterschiedliche Zielgruppen ansprechen. Ein Beispiel hierfür findet sich in der Entscheidung *New Era Publications International v. Carol Publishing Group*, bei der sich eine unkritische autorisierte und eine kritische nicht-autorisierte Biographie des Scientology-Gründers L. Ron Hubbard gegenüberstanden. Das Gericht hielt in diesem Fall fest, dass potentielle Kunden der autorisierten Biographie nicht allein deshalb vom Kauf des Buches abgehalten würden, weil noch eine weitere, kritische und nicht-autorisierte Biographie zu erhalten

---

<sup>264</sup> *William & Wilkins Co. v. United States*, 487 F.2d, 1345, 1357 Fn. 19 (Ct. Cl. 1973); *Goldstein*, Copyright, S. 10:59; siehe auch *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 228; *Loren*, 5 J. Intell. Prof. L. 1, 38 ff. (1997).

<sup>265</sup> Vgl. *New Era Publications International v. Henry Holt & Co.*, 873 F.2d 576, 583 (2<sup>nd</sup> Cir. 1989); *American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 929 f. (2<sup>nd</sup> Cir. 1994); *Goldstein*, Copyright, S. 10:60 ff.; *Patry*, Fair Use Privilege, S. 558 f.; siehe auch den auf den „normal market“ abstellenden *Senate Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4A), S. 65.

<sup>266</sup> Vgl. *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 145 f. (2<sup>nd</sup> Cir. 1994); umgekehrt *Núñez v. Caribbean International News Corp.*, 235 F.3d 18, 25 (1<sup>st</sup> Cir. 2000) mit der Feststellung, die Tatsache, dass der Urheberrechtsinhaber gar nicht versucht habe, das urheberrechtlich geschützte Material entsprechend zu verwerten, spreche gegen die Annahme eines potentiellen Marktes.

<sup>267</sup> *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 229.

sei<sup>268</sup>. Die in entsprechenden Werken (und darüber hinaus auch bei Parodien) geäußerte Kritik am verwendeten Werkmaterial führt zudem dazu, dass der Urheberrechtsinhaber dem Nutzer kaum freiwillig eine entsprechende Lizenz erteilen würde<sup>269</sup>. Ein (potentieller) Markt für die Lizenzierung des Originalwerkes wird durch die faire Benutzung damit nicht beeinträchtigt.

Daneben ist – ähnlich wie bereits bei der Übernahme nicht geschützter Werkelemente<sup>270</sup> – zu beachten, dass nicht jeder für den Urheberrechtsinhaber entstehende Schaden im Rahmen des vierten Fair Use-Faktors Berücksichtigung finden kann. Relevant im Zusammenhang mit Parodien und kritischen Werken sind vielmehr nur diejenigen wirtschaftlichen Auswirkungen, die sich gerade daraus ergeben, dass der Genuss des Zweitwerkes den des Originalwerkes ersetzt und infolgedessen die Nachfrage nach dem Originalwerk auf das Werk des Nutzers umgeleitet wird. Nur insoweit wird auch tatsächlich in den (potentiellen) Absatzmarkt des verwendeten Werkes eingegriffen. Keine Rolle spielt es dagegen, wenn aus anderen Gründen ein wirtschaftlicher Schaden eintritt, insbesondere wenn die im Zweitwerk geäußerte Kritik dazu führt, dass das Interesse am Originalwerk nachlässt<sup>271</sup>. Gegen die ökonomischen Auswirkungen eines Nachfragerückganges als Folge einer negativen Buch- oder Theaterkritik bietet der vierte Fair Use-Faktor damit keinen Schutz<sup>272</sup>. Insgesamt hat der vierte Faktor bei kritischen Werken und insbesondere bei Parodien damit keinen allzu großen Einfluss auf das Ergebnis der Fair Use-Analyse.

#### 4. Der functional test (Nimmer/Nimmer)

Einen eigenständigen Ansatz zur Behandlung des vierten Fair Use-Faktors stellt der von *Melville B.* und *David Nimmer* vertretene *functional test* dar<sup>273</sup>. Beide plädieren dafür, bei der Frage nach dem Markteffekt Original- und Zweitwerk primär im Hinblick auf deren Funktion zu betrachten.

<sup>268</sup> *New Era Publications International v. Carol Publishing Group*, 904 F.2d 152, 159 f. (2<sup>nd</sup> Cir. 1990).

<sup>269</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 592 (1994).

<sup>270</sup> Siehe dazu oben S. 65 f.

<sup>271</sup> Zu dieser Unterscheidung vgl. *Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432, 438 (9<sup>th</sup> Cir. 1986); *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 591 f. (1994); *Patry*, Fair Use Privilege, S. 480.

<sup>272</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 591 f. (1994); *New Era Publications International v. Henry Holt & Co.*, 695 F.Supp. 1493, 1522 f. (S.D.N.Y. 1988); *New Era Publications International v. Carol Publishing Group*, 904 F.2d 152, 160 (2<sup>nd</sup> Cir. 1990), mit dem Hinweis, dass starke Kritik am Originalwerk die Nachfrage nach diesem auch positiv beeinflussen kann; *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [A] [4]; *Leval* 103 Harv. L. Rev. 1105, 1125 (1990); *Landes/Posner*, Economic Aspects, S. 150; *Patry*, Fair Use Privilege, S. 561.

<sup>273</sup> Ausführlich *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [B].

Als Beispiel nennt *Nimmer* die Verfilmung eines Romans. Für diesen klaren Fall einer nicht über Fair Use gerechtfertigten Urheberrechtsverletzung sei es unerheblich, dass Original- und Zweitwerk unterschiedlichen Werkkategorien angehörten, auf unterschiedlichen Märkten spielten und sich die Verfilmung nicht negativ (sondern umgekehrt häufig eher positiv) auf den Absatz des Romans auswirke. Bei funktioneller Betrachtung sei dagegen allein entscheidend, dass das Urheberrecht dem Rechtsinhaber die weitgehende Verwertung des Werkes zuweise – und zwar sowohl in seiner ursprünglichen Gestalt (Roman) als auch in anderen Werkkategorien (Film). Da die Verfilmung funktionell immer auch eine Verwertung des Werkes in Originalform darstelle, sei es aus Sicht der Fair Use-Doktrin unerheblich, dass Original und Zweitwerk auf unterschiedlichen Märkten spielten<sup>274</sup>. Bei einer solch funktionellen Betrachtung müsse man daher von einer Beeinträchtigung des Marktes ausgehen.

Umgekehrt kann es nach *Nimmer* sein, dass sich Original und Zweitwerk stark ähneln, aber dennoch strukturell unterschiedliche Nachfragen bedienen. Als Beispiel nennt *Nimmer* den Abdruck von Songtexten im Rahmen eines Magazin-Artikels<sup>275</sup>. Hier gehörten zwar Original und Benutzung derselben Werkkategorie (Sprachwerk) an, der Abdruck des Songtextes stelle aber keine Verwertung des Werkes in seiner ursprünglichen Funktion dar. Ein potentieller Markt sei daher auch nicht betroffen. Gleiches gelte etwa für die Reproduktion urheberrechtlich geschützten Materials in Gerichtsentscheidungen oder für den *incidental use*, also die Verwendung eines Werkes als unwesentliches Beiwerk<sup>276</sup>. *Nimmers functional test* kann damit insbesondere Fair Use-Situationen erklären, die zwar klassischerweise als zulässig gelten, aufgrund fehlender Transformativität<sup>277</sup> aber dennoch Probleme aufwerfen.

Neben der inhaltlichen Komponente hat der *functional test* auch Auswirkungen auf die Schwerpunktsetzung innerhalb der Fair Use-Analyse. So weitet *Nimmers* Ansatz die bereits von den Gerichten tendenziell ange deutete<sup>278</sup> große Bedeutung des vierten Fair Use-Faktors zum „central fair

---

<sup>274</sup> Vgl. *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [B] [1]; mit demselben Beispiel und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Nimmer Marvin Worth Productions v. Superior Films Corp.*, 319 F.Supp 1269, 1274 f. (S.D.N.Y. 1970); *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301, 312 (2<sup>nd</sup> Cir. 1992).

<sup>275</sup> *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [B] [1] unter Bezugnahme auf *Shapiro Bernstein & Co. v. P.F. Collier Son Co.*, 26 U.S.P.Q. 40 (S.D.N.Y. 1934); *Broadway Music Corp. v. F-R Publishing Co.*, 31 F.Supp 817 (S.D.N.Y. 1940); *Karll v. Curtis Publishing Co.*, 39 F.Supp 836 (E.D. Wisc. 1941).

<sup>276</sup> *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [D] [2], [3] (m.w.N.).

<sup>277</sup> Zu diesem die Fair Use-Analyse zum ersten Faktor prägenden Begriff siehe oben S. 43 ff.

<sup>278</sup> Siehe oben S. 67.

use determinant“ aus und markiert den vierten Faktor als (derzeit) einzigen verlässlichen Fixpunkt innerhalb der Fair Use-Analyse<sup>279</sup>.

Während die Literatur den Ansatz *Nimmers* zum Teil umfassend begrüßt<sup>280</sup>, wird der *functional test* von der Rechtsprechung bislang nur zurückhaltend und nur im Hinblick auf seine inhaltliche Komponente (also nicht im Hinblick auf die Bedeutungserweiterung des vierten Faktors) angewendet. Es lassen sich einige Entscheidungen finden, in denen die Instanzgerichte direkt auf *Nimmer* und insbesondere auf die von ihm entwickelten Beispiele Bezug nehmen<sup>281</sup>. Auch der US Supreme Court nähert sich im Zusammenhang mit der Beurteilung von Parodien zumindest terminologisch den Ausführungen *Nimmers* an und hält fest: „parody and original usually serve different market functions“<sup>282</sup>. Eine umfassende Übernahme des *functional test* einschließlich der mit dem Test verbundenen überragenden Bedeutung des vierten Faktors innerhalb der Fair Use-Analyse ist damit jedoch bislang nicht verbunden<sup>283</sup>. Der Test ist damit in erster Linie von wissenschaftlichem Interesse und spielt in der Rechtsrealität eine eher untergeordnete Rolle.

#### VI. Gemeinsames Leitmotiv, Überlappung und Rangfolge der Faktoren

Als durchgehendes und in allen Faktoren relevantes Motiv tauchen immer wieder wirtschaftliche Erwägungen auf<sup>284</sup>. Ausdrücklich erwähnt das Gesetz dies zwar nur für den vierten (Markteffekt) und ersten Faktor (Kommerzialität), die ökonomischen Auswirkungen der Benutzung spielen jedoch auch bei Faktor zwei und drei eine nicht unbedeutende Rolle. Beispielsweise wird das zur strengeren Anwendung der Fair Use-Doktrin auf unveröffentlichte Werke führende Geheimhaltungsinteresse unter anderem

<sup>279</sup> *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 13.05 [B] [1]; siehe aber auch *Nimmer* 66 Law & Contemp. Probs. 263, 280 (Fn. 57) (2003); *Nimmer* unterzieht die 60 von ihm untersuchten Fälle dem *functional test*, kommt zu dem aus seiner Sicht enttäuschenden Ergebnis, dass der vierte Faktor nur in 59% der Fälle (verglichen mit 50% ohne *functional test*) den Ausschlag gibt und räumt daher ein, dass der vierte Faktor zwar bedeutend, nicht aber einzig relevant ist.

<sup>280</sup> *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 229 f. („helpful way to determine which potential markets are properly considered under the fourth fair use factor“); trotz des Stellenwertes des *functional test* in *Nimmers* Werk gehen manche rechtswissenschaftliche Abhandlungen allerdings überhaupt nicht auf den Test ein.

<sup>281</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 274.

<sup>282</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 410 U.S. 569, 991 (1994).

<sup>283</sup> *Nimmer/Nimmer*, § 13.05 [B] [4] unter Hinweis auf die in *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 590 Fn. 21 (1994) enthaltene Aussage, dass selbst bei positiver Tendenz des vierten Faktors der Fair Use-Einwand im Ergebnis verneint werden könnte.

<sup>284</sup> *Seltzer*, Exemptions and Fair Use, S. 33, geht mit Blick auf *Folsom v. Marsh* von einer „generally economic orientation“ (Herv. im Original) der Faktoren aus; zur Bedeutung wirtschaftlicher Erwägungen siehe auch *Loren*, 5 J. Intell. Prof. L. 1, 27 ff. (1997).

mit der Erwägung begründet, der Urheberrechtsinhaber solle selbst darüber entscheiden können, welcher Zeitpunkt für die Veröffentlichung des Werkes am rentabelsten sei<sup>285</sup>. Auch bei der Frage nach dem quantitativen und qualitativen Umfang wird von einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Ausmaß der Übernahme und dem für den Urheberrechtsinhaber zu erwartenden Schaden ausgegangen<sup>286</sup>. In allen Fällen sind die wirtschaftlichen Auswirkungen der Benutzung für den Urheberrechtsinhaber nicht bloß Korrektiv, sondern häufig Kernpunkt der richterlichen Argumentation. Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass dies im Vergleich mit dem deutschen Recht einen wesentlichen Unterschied darstellt.

Das eben beschriebene ökonomische Leitmotiv führt zu einer Überlappung der einzelnen Faktoren. Besonders offensichtlich ist dies bei dem bereits erwähnten Gleichlauf zwischen quantitativem Umfang der Übernahme (dritter Faktor) und dem dadurch verursachten Effekt auf den Wert des übernommenen Werkes (vierter Faktor). Denkbar ist daneben jedoch auch eine Überlappung von erstem und viertem Faktor, insbesondere im Hinblick auf den Grad der Transformativität. Es ist davon auszugehen, dass nicht-transformative Werke eher geeignet sind, in Konkurrenz zu dem benutzten Werk zu treten und sich daher regelmäßig negativ auf dessen Wert auswirken<sup>287</sup>. Umgekehrt haben transformative Werke tendenziell keinen negativen Einfluss auf den Wert des benutzten Werkes<sup>288</sup>. Der mit der Benutzung verfolgte Zweck (erster Faktor) kann schließlich auch für den zulässigen Umfang der Übernahme (dritter Faktor) relevant sein und erlaubt beispielsweise bei Parodien und kritischen Werken umfangreichere Übernahmen<sup>289</sup>.

Welche Rangfolge die einzelnen Faktoren in der abschließenden Gesamtabwägung<sup>290</sup> einnehmen, kann nicht zweifelsfrei beantwortet werden. Der Blick ins Gesetz hilft nicht weiter, da 17 U.S.C. § 107 keine Auskunft

---

<sup>285</sup> Siehe dazu oben S. 60 f.

<sup>286</sup> Siehe dazu oben S. 62.

<sup>287</sup> *Oasis Publishing Co, Inc. v. West Publishing Co*, 924 F.Supp 918, 929 (D. Minn. 1996); für wissenschaftliche und kritische Werke *Oekonomidis*, Zitierfreiheit, S. 240.

<sup>288</sup> Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 591 (1994); *Dr. Seuss Enterprises v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1403 (9<sup>th</sup> Cir. 1997); *Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc.*, 150 F.3d 132, 145 (2<sup>nd</sup> Cir. 1998); *Leval*, 13 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 19, 22 f. (1994); *Bunker*, 7 *Comm. L. & Policy*, 1, 19 f.

<sup>289</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*. 510 U.S. 569, 586 f. (1994) unter Hinweis auf *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 449 f. (1984) und *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 564 (1985); ähnlich auch *Leval*, 103 *Harv. L. Rev.* 1105, 1123 (1990) („an important inquiry is whether the selection and quantity of the material taken are reasonable in relation to the purported justification“).

<sup>290</sup> Zur Einzel- und Gesamtabwägung innerhalb der Fair Use-Analyse siehe bereits oben S. 25.

über die Gewichtung der Faktoren gibt<sup>291</sup>. Auch die Rechtsprechung liefert keine eindeutige Antwort und betont in bestimmten Fallkonstellationen – etwa bei Parodien – die Transformativität der Benutzung, während zugleich nach wie vor die Bedeutung des vierten Faktors als „single most important element“ zumindest formal hervorgehoben wird. Ähnliches lässt sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur beobachten, wo ebenfalls entweder der Transformativität<sup>292</sup> oder – wie etwa bei *Nimmers functional test* – dem Markteffekt der Benutzung eine zentrale Funktion innerhalb der Fair Use-Analyse zukommt<sup>293</sup>. Beide Schwerpunktsetzungen haben insofern eine gewisse Berechtigung, als sowohl die Transformativität als auch der Markteffekt – wie gezeigt – in die Auslegung der übrigen Faktoren hineinstrahlen können. Eine absolute Rangfolge der Faktoren ist damit allerdings nicht verbunden und wäre letztlich auch mit dem Charakter der Fair Use-Untersuchung als *case by case*-Analyse<sup>294</sup> nicht vereinbar. Zudem zeigt der Blick auf die Entwicklung der Doktrin, dass sowohl Rechtsprechung<sup>295</sup> als auch Gesetzgebung<sup>296</sup> immer wieder bemüht waren, ein ausgeglichenes Verhältnis der Faktoren untereinander herzustellen und keinem Faktor eine allein entscheidende Bedeutung zukommen zu lassen. Es verwundert daher nicht, dass auch bei empirischer Betrachtung der gerichtlichen Entscheidungspraxis kein eindeutiger Vorrang des einen vor dem anderen Faktor festgestellt werden kann<sup>297</sup> und sich insbesondere auch die Betonung des vierten Faktors durch die Rechtsprechung als Lippenbekenntnis erweist. Die Bedeutung der einzelnen Faktoren bei der anschlie-

---

<sup>291</sup> So auch *Hoebbel*, *Sammelwerke*, S. 346; kritisch *Seltzer*, *Exemptions and Fair Use*, S. 19; vgl. auch *Triangle Publications v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.*, 626 F.2d 1171, 1175 (5<sup>th</sup> Cir. 1980) (im Ergebnis auf Grundlage der zur Fair Use-Doktrin ergangenen Entscheidungen jedoch von einem Vorrang des vierten Faktors ausgehend).

<sup>292</sup> So *Leval*, 103 *Harv. L. Rev.* 1105, 1116 (1990) („Factor One is the soul of fair use“); etwas vorsichtiger noch *ders.*, 36 *J. Cop. Soc’y USA* 167, 170 (1989) (Bedeutung des ersten Faktors „should approach (if not equal or exceed) the market impact factor which the Supreme Court has labelled the most important“); ebenfalls die Bedeutung des ersten Faktors betonend *Tonninger*, *Copyright und Urheberrecht*, S. 223 („im Fall des persönlichen Gebrauchs fast schon alleine ausschlaggebend“).

<sup>293</sup> *Nimmer/Nimmer*, *On Copyright § 13.05 [B]*; siehe dazu auch oben S. 70 ff.; ebenfalls den vierten Faktor als wichtigsten ansehend *Seltzer*, *Exemptions and Fair Use*, S. 32; nach *Seltzer* steht der zweite Fair Use-Faktor an zweiter und der erste Faktor an dritter Stelle (S. 33).

<sup>294</sup> Siehe dazu oben S. 31 ff.

<sup>295</sup> Vgl. nur die in *Sony v. Universal* bei kommerziellen Werken geäußerte Vermutung und ihre deutliche Einschränkung in *Campbell v. Acuff-Rose*, oben S. 48 ff.

<sup>296</sup> Vgl. nur die Entwicklung der Rechtsprechung zur Benutzung unveröffentlicher Werke und ihre gesetzgeberische Korrektur, oben S. 56 ff.

<sup>297</sup> Vgl. *Nimmer*, 66 *Law & Contemp. Probs.* 263, 280 (2003).

ßenden Abwägung lässt sich damit nicht abstrakt, sondern immer nur im Einzelfall bestimmen.

## Kapitel 2: Der Schranken katalog des Urheberrechtsgesetzes

### A. Urheberrechtsgewährung und -einschränkung im deutschen Recht

Im deutschen Recht hat der Gesetzgeber die Vorschriften über die Entstehung (§ 2 ff. UrhG) und den Inhalt (§ 15 ff. UrhG) des Urheberrechts bewusst weit gefasst und flexibel ausgestaltet (I). Im Kontrast dazu sind die Schranken des Urheberrechtsgesetzes in einem enumerativen Katalog von Einzelausnahmen enthalten (II), der – allerdings nur in wenigen Ausnahmefällen – durch weitere Schranken außerhalb des Urheberrechtsgesetzes ergänzt wird (III).

#### I. Umfassende Rechtsgewährung als Charakteristikum des deutschen Urheberrechts

Der Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes wird von einer Kombination aus unbestimmten Rechtsbegriffen und beispielhaften Aufzählungen umschrieben. Einzige Voraussetzung für den Schutz nach dem Urheberrechtsgesetz ist danach das Vorliegen einer „persönlichen geistigen Schöpfung“ (vgl. § 2 Abs. 2 UrhG). Weitere Kriterien – beispielsweise die nach KUG und LUG noch erforderliche Einordnung des Werkes in eine bestimmte Kategorie<sup>298</sup> – sind für die Entstehung des Urheberrechtsschutzes im Grundsatz irrelevant<sup>299</sup>. § 2 Abs. 1 UrhG zählt zwar sieben Werkkategorien auf, die „insbesondere“ zu den „geschützten Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst“ zählen, aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich jedoch, dass es sich hierbei um eine nicht abschließende und lediglich illustrative Aufzählung handelt<sup>300</sup>. Das Urheberrechtsgesetz weist damit einen äußerst flexiblen Anwendungsbereich auf, der nicht nur die zum Zeitpunkt seines Erlasses bekannten Werkkategorien umfasst, sondern sich

---

<sup>298</sup> Siehe § 1 LUG, §§ 1-3, 15a KUG.

<sup>299</sup> In manchen Situationen können sich allerdings aus der Einordnung eines Werkes in eine bestimmte Werkkategorie Auswirkungen auf die Anwendung des Urheberrechtsgesetzes ergeben; dies gilt beispielsweise für die von der Rechtsprechung geforderte besondere Schöpfungshöhe für Werke der angewandten Kunst (dazu BGH GRUR 1995, 581, 582 – *Silberdistel*) oder bei wissenschaftlichen Werken (BGH GRUR 1981, 352, 355 – *Staatsexamensarbeit*).

<sup>300</sup> BGH GRUR 2003, 876, 877 – *Sendeformat*; Schrickel/Loewenheim, § 2 Rz. 74; Wandtke/Bullinger, § 2 Rz. 2; vgl. auch Begr. RegE (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 251.

auch für später entwickelte Werkarten offen zeigt<sup>301</sup>. Deutsches und US-amerikanisches Recht sind sich damit hinsichtlich der Entstehung des Urheberrechtsschutzes in wesentlichen Punkten ähnlich.

Die mit dem Urheberrecht verbundenen ausschließlichen Positionen werden ebenfalls nahezu umfassend geregelt. Eine Ausnahme stellen lediglich die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse dar. Bei der Gesetzgebung wurde bewusst auf die Aufnahme eines allgemeinen Urheberpersönlichkeitsrechts verzichtet<sup>302</sup> und stattdessen in den §§ 12 bis 14 UrhG und weiteren über das Gesetz verteilten Vorschriften einzelne persönlichkeitsrechtliche Aspekte normiert<sup>303</sup>. Die für den Urheberrechtsinhaber häufig bedeutenderen verwertungsrechtlichen Befugnisse sind dagegen umfassend formuliert. Zwar wird die in den §§ 15 ff. geregelte ausschließliche Befugnis zur Verwertung des Werkes in körperlicher und unkörperlicher Form in einzelne Rechtspositionen (etwa das Vervielfältigungsrecht nach § 16 UrhG oder das Verbreitungsrecht nach § 17 UrhG) aufgeteilt, die einzelnen Befugnisse verstehen sich jedoch als Bestandteil eines allgemeinen und umfassenden absoluten Verwertungsrechts<sup>304</sup>. Anders als in den Vorgängervorschriften des KUG und LUG werden damit neue, im Lauf der technischen Entwicklung hinzukommende Verwertungsarten problemlos von den flexiblen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes erfasst und dem Urheberrechtsinhaber zugeordnet. Auf diese Weise wird zugunsten des Urhebers erreicht, „dass möglichst jeder Art der Nutzung seines Werkes seiner Kontrolle unterliegt“<sup>305</sup>.

## II. Struktur des Schrankenataloges

Die Schranken des Urheberrechtsgesetzes bilden regelungstechnisch einen Gegensatz zu den eben vorgestellten Vorschriften über die Urheberrechtsgewährung. Anstelle einer (evtl. durch Beispielsfälle ergänzten) Schrankengeneralklausel hat sich der Gesetzgeber entschieden, die im sechsten Abschnitt (§§ 44a ff.) und weiteren Vorschriften des Urheberrechtsgeset-

---

<sup>301</sup> Begr. RegE (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 251; *Poepfel*, Neuordnung, S. 31 f.

<sup>302</sup> Vgl. Begr. RegE (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 258 f.

<sup>303</sup> Urheberpersönlichkeitsrechtliche Befugnisse außerhalb des vierten Abschnittes ergeben sich unter anderem aus § 25 UrhG (Zugang zu Werkstücken), § 34 UrhG (Zustimmungserfordernis bei der Übertragung von Nutzungsrechten), § 39 UrhG (Änderungsverbot), § 42 UrhG (Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung); weitere Beispiele bei *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 390; *Dreier/Schulze*, Vor § 12 Rz. 3; die §§ 12 bis 14 UrhG werden auch als Urheberpersönlichkeitsrecht im engeren Sinne bezeichnet, *Schricker/Dietz*, Vor §§ 12 ff. Rz. 7; *Dreier/Schulze*, Vor § 12 Rz. 2 f.

<sup>304</sup> Vgl. Begr. RegE (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 260; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 295; *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, § 15 Rz. 22.

<sup>305</sup> Begr. RegE (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 241.

zes enthaltenen Schranken<sup>306</sup> enumerativ in einem Katalog zusammenzufassen. Der Anwendungsbereich der einzelnen Schrankenvorschriften wird durch eine Reihe typischer Tatbestandselemente begrenzt (1) und führt auch in der Rechtsfolge zu einer deutlich stärkeren Differenzierung als das US-amerikanische Recht (2). Eingeschränkt werden durch die Urheberrechtsschranken regelmäßig nur die dem Urheber zustehenden Verwertungsrechte, während das Urheberpersönlichkeitsrecht in aller Regel unberührt bleibt (3).

### 1. Tatbestandsstruktur der einzelnen Urheberrechtsschranken

Jede Einzelausnahme des deutschen Schranken catalogs gilt nur für einen bestimmten und abgegrenzten Bereich. Die einzelnen Schrankenvorschriften des Urheberrechtsgesetzes enthalten daher stets Tatbestandsmerkmale, durch die der Anwendungsbereich der jeweiligen Regelung abgegrenzt wird. Eine Einschränkung kann dabei bei den erfassten Werkarten (sog. Verwertungsbasis), beim Kreis der Nutzer oder bei den von einer Schranke erfassten Nutzungshandlungen erfolgen<sup>307</sup>. Eines oder mehrere dieser eingrenzenden Elemente finden sich in jeder Schrankenvorschrift des Urheberrechtsgesetzes.

In Bezug auf die sog. Verwertungsbasis wird die Anwendung einer Schrankenvorschrift im Hinblick auf bestimmte Werkarten eingeschränkt<sup>308</sup>. Die Verwertungsbasis kann dabei beispielsweise nur veröffentlichte (§ 6 Abs. 1 UrhG) oder erschienene (§ 6 Abs. 2 UrhG) Werke umfassen. Illustrativ hierfür sind etwa Groß- und Kleinzitat im Rahmen von § 51 UrhG. Denkbar ist auch, dass auf eine der in § 2 Abs. 1 UrhG beispielhaft aufgezählten Werkkategorien Bezug genommen wird (z.B. in § 46 Abs. 1 UrhG) oder dass nur Werke bestimmten Inhalts (etwa „Reden über Tagesfragen“ in § 48 Abs. 1 Nr. 1) von der Schrankenregelung erfasst werden. Daneben finden sich jedoch auch Vorschriften, bei denen die Verwertungsbasis keinerlei Einschränkungen unterliegt (etwa § 45 UrhG).

Der Kreis der durch die Schranke privilegierten Nutzer kann den Anwendungsbereich einer Vorschrift ebenfalls deutlich eingrenzen. So gilt etwa die der Rechtspflege dienende Schranke des § 45 Abs. 1 UrhG aus-

---

<sup>306</sup> Weitere Urheberrechtsschranken finden sich etwa in den Sondervorschriften für Datenbanken (§ 55a UrhG) und Computerprogramme (§§ 69d-e UrhG); siehe dazu *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rz. 2.

<sup>307</sup> Ausführlich zur Typisierung der Tatbestandselemente urheberrechtlicher Schranken *Poepfel*, Neuordnung, S. 39 f.

<sup>308</sup> Vgl. *Poepfel*, Neuordnung, S. 39; der Begriff „Verwertungsbasis“ wird auch in der Begründung des Regierungsentwurfes zum Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 6. November 2002 (BT-Drucks. 15/38, S. 19, 21 f.) verwendet.

chießlich für Gerichte, Schiedsgerichte und Behörden. Ebenfalls (wenn auch nicht so stark) eingeschränkt ist der Anwendungsbereich des § 53 Abs. 1 UrhG, der nur natürlichen Personen die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch gestattet.

Darüber hinaus gelten die Schranken des Urheberrechtsgesetzes stets nur für bestimmte Verwertungshandlungen. Häufig findet hier eine Bezugnahme auf die in den §§ 15 ff. UrhG als Bestandteile des allgemeinen Verwertungsrechts niedergelegten Befugnisse statt<sup>309</sup>. So lässt etwa die Vorschrift über die Privatkopie (§ 53 Abs. 1 UrhG) ausschließlich die Vervielfältigung (§ 16 UrhG) des benutzten Werkes zu und kann nicht als Schranke für andere Verwertungsbefugnisse dienen. Daneben finden sich Schrankenvorschriften, in denen die Verwertung an einen bestimmten Zweck gebunden ist (z.B. die „Erläuterung des Inhalts“ bei § 51 Nr. 1 UrhG) oder bei denen die Benutzung nur im Zusammenhang mit bestimmten Werken (Bsp. wiederum § 51 Nr. 1 UrhG: „selbständiges wissenschaftliches Werk“) oder Medien (z.B. „Zeitungen“ bei § 48 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) zulässig ist. Denkbar sind daneben Einschränkungen im Hinblick auf die zulässige Verwertungstechnologie, etwa im Rahmen des § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG, der nur eine Vervielfältigung „auf Papier oder einem ähnlichen Träger mittels beliebiger photomechanischer Verfahren“ gestattet<sup>310</sup>.

## 2. Rechtsfolgendifferenzierung der Urheberrechtsschranken

Die Beschränkungen des Urheberrechtsgesetzes lassen sich nach ihrer Eingriffsintensität in mehrere Gruppen einteilen<sup>311</sup>. Den stärksten Eingriff bedeuten jene Vorschriften, die zur ersatzlosen Aufhebung der betroffenen urheberrechtlichen Befugnisse führen. Hierzu gehören beispielsweise die Benutzung eines Werkes zum Zwecke der Rechtspflege und öffentlichen Sicherheit (§ 46 UrhG), das Zitatrecht (§ 51 UrhG) oder die Nutzung als unwesentliches Beiwerk (§ 57 UrhG). Häufiger sehen die Schrankenregelungen dagegen eine Kompensation für den Rechtsinhaber vor, meist in der Form einer *gesetzlichen Lizenz*. Das ausschließliche Verwertungsrecht des Urheberrechtlichsinhabers wird in diesen Fällen zu einem reinen Vergütungsanspruch herabgestuft<sup>312</sup>. Beispiele für *gesetzliche Lizenzen* sind die Aufnahme von Werken in Sammlungen für Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch (§ 46 UrhG), mit Einschränkung die Vervielfältigung von Zeitungsartikeln und Rundfunkkommentaren (§ 49 UrhG) oder die Vervielfäl-

---

<sup>309</sup> Vgl. Dreier, in: Schricker (Hg.): Informationsgesellschaft, S. 139 ff. (140).

<sup>310</sup> Ausführlich und mit weiteren Beispielen Poeppl, Neuordnung, S. 39 f.

<sup>311</sup> Zur Kategorisierung der Beschränkungen des Urheberrechts nach ihrer Eingriffsintensität siehe Schricker/Melichar, Vor §§ 44a ff. Rz. 6; Dreier/Schulze, Vor §§ 44a ff. Rz. 11 ff.; Hilty, GRUR 2005, 819, 821.

<sup>312</sup> Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 293; Dreier/Schulze, Vor §§ 44a ff. Rz. 11.

tigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch (§§ 53 ff.)<sup>313</sup>. Die Höhe der Vergütung ist nach heutiger Rechtslage in manchen Fällen gesetzlich festgelegt (beispielsweise § 54d UrhG einschließlich zugehöriger Anlage) und wird in anderen Fällen vom Urheberrechtinhaber (z.B. § 46 UrhG) oder einer Verwertungsgesellschaft (z.B. § 49 UrhG) bestimmt<sup>314</sup>. In Bezug auf die Pauschalvergütung im Zusammenhang mit der Privatkopie hat der „zweite Korb“ der Urheberrechtsreform die Rechtslage insoweit verändert, als die gesetzliche Anpassung der Vergütungssätze durch ein marktwirtschaftliches Modell ersetzt wurde<sup>315</sup>. Weitere Beschränkungen des Urheberrechts können sich in Form der Zwangslizenz (§ 5 Abs. 3, § 42a UrhG) oder der zwingenden kollektiven Verwertung (§ 20b UrhG) ergeben. Im Vergleich mit der Fair Use-Doktrin und dem dort geltenden „Alles oder Nichts“-Prinzip<sup>316</sup> stellen die Schranken des Urheberrechtsgesetzes folglich auch hinsichtlich der Rechtsfolge eine deutlich ausdifferenziertere Regelung dar.

### 3. Beschränkung des Urheberpersönlichkeitsrechts?

In aller Regel beziehen sich die Schranken des Urheberrechtsgesetzes ausschließlich auf die Verwertungsrechte und sehen keinen Eingriff in das Urheberpersönlichkeitsrecht vor. Bei den meisten Urheberrechtsschranken ergibt sich dies bereits aus der tatbestandlichen Begrenzung des Anwendungsbereichs auf einzelne, meist an den §§ 15 ff. UrhG orientierten Verwertungshandlungen<sup>317</sup>. Darüber hinaus schützen das Änderungsverbot (§ 62 UrhG) und die Pflicht zur Quellenangabe (§ 63 UrhG) die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers.

Eine – wenn auch enge – Ausnahme zu diesem Grundsatz gilt für das Veröffentlichungsrecht nach § 12 UrhG. Der Eingriff in diese persönlichkeitsrechtliche Position wird zwar regelmäßig dadurch verhindert, dass nur veröffentlichte (§ 6 I UrhG) oder erschienene (§ 6 II UrhG) Werke als Verwertungsbasis in Betracht kommen (vgl. etwa § 51 UrhG). Dennoch existieren einzelne Schrankenvorschriften, die auch auf unveröffentlichte Werke Anwendung finden. Zu nennen sind hier die Benutzung eines Werkes zum Zwecke der Rechtspflege und öffentlichen Sicherheit (§ 45

<sup>313</sup> Zu weiteren Beispielen siehe *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 432; *Schricker/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rz. 6.

<sup>314</sup> Weitere Beispiele bei *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rz. 14.

<sup>315</sup> Siehe hierzu insbesondere § 13a UrhWahrg (n.F.) der bei der Festlegung der Vergütungstarife nach § 54a UrhG den Abschluss eines Gesamtvertrages zwischen der Verwertungsgesellschaft und den betroffenen Herstellern von Speichermedien vorsieht.

<sup>316</sup> Siehe dazu oben S. 34.

<sup>317</sup> Zur Tatbestandsstruktur der Schranken des Urheberrechtsgesetzes siehe bereits oben S. 77 f.

UrhG), die Verwendung als unwesentliches Beiwerk (§ 57 UrhG) und – mit Einschränkung – die Vervielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch (§ 53 I, II Nr. 1, 2 UrhG)<sup>318</sup>. Die Mehrheit der Schranken lässt sich dagegen nicht auf unveröffentlichte Werke anwenden<sup>319</sup>. Im Vergleich mit der Fair Use-Doktrin stellt sich die deutsche Rechtslage folglich als deutlich enger dar. Im US-amerikanischen Recht spricht die Verwendung unveröffentlichten Materials zwar häufig gegen die Zulässigkeit der Nutzungshandlung, als Grundregel können jedoch immer auch unveröffentlichte Werke zum Gegenstand einer fairen Benutzung gemacht werden<sup>320</sup>. So sind im US-Recht – anders als in Deutschland (vgl. § 51 UrhG) – beispielsweise auch Zitate aus noch nicht veröffentlichten Werken (grundsätzlich) zulässig.

### III. Schranken außerhalb des Urheberrechtsgesetzes

#### 1. Allgemeine zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe

Neben den in das Urheberrechtsgesetz aufgenommenen Schranken kommen als Rechtfertigungsgründe für einen Urheberrechtseingriff auch weitere Vorschriften und Rechtsinstitute in Betracht. Dies gilt zunächst für die auch im Urheberrecht (zum Teil im Wege des Analogieschlusses) anwendbaren allgemeinen Rechtfertigungsgründe des BGB, namentlich des Schikaneverbots (§ 226 BGB), der Notwehr (§ 227 BGB) und des Aggressivnotstandes (§ 904 S. 1 BGB)<sup>321</sup>. Anders als möglicherweise im Patentrecht<sup>322</sup> sind jedoch kaum urheberrechtliche Sachverhalte denkbar, in denen tatsächlich die Voraussetzungen der genannten Rechtfertigungsgründe vorliegen<sup>323</sup>.

---

<sup>318</sup> Die Einschränkung bei § 53 UrhG ergibt sich aus dessen Absatz 6, nach dem die Benutzung im Rahmen des § 53 UrhG selbst nicht zu einer Veröffentlichung führen darf; vgl. Schrickler/Melichar, Vor §§ 44a ff. Rz. 12.

<sup>319</sup> Manche Vorschriften (etwa §§ 48, 49, 59 UrhG) setzen normtextlich nicht voraus, dass es sich um ein veröffentlichtes oder erschienenes Werk handelt, allerdings ergibt sich hier „aus der Natur der Sache“ (Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 296), dass eine Veröffentlichung stattgefunden hat.

<sup>320</sup> Siehe dazu die Diskussion beim zweiten Fair Use-Faktor oben S. 56 ff.

<sup>321</sup> Zur Anwendung der genannten Rechtfertigungsgründe außerhalb des BGB Schrickler/Melichar, Vor §§ 44a ff. Rz. 14; Staudinger/Seiler, § 904 Rz. 46 (analoge Anwendung bei Eingriffen in alle subjektiven Privatrechte).

<sup>322</sup> Vgl. BGHZ 116, 122, 134 – *Heliumeinspeisung*.

<sup>323</sup> Schack, FS Schrickler, S. 516; Poeppel, Neuordnung, S. 48 f; Wandtke/Bullinger/v. Wolf, § 97 Rz. 32.

## 2. Übergesetzlicher Notstand und Rückgriff auf das Grundgesetz?

Darüber hinaus wird diskutiert, Eingriffe in das Urheberrecht mit Hilfe des übergesetzlichen Notstandes zu rechtfertigen. Bei Anwendung dieses im Strafrecht entwickelten Instituts<sup>324</sup> wären Urheberrechtseingriffe dann zulässig, wenn die Benutzung des urheberrechtlich geschützten Werkes zum Schutz eines höherwertigen Rechtsgutes geboten ist. Die Rechtsprechung hat den übergesetzlichen Notstand als Urheberrechtsschranke in einigen Fällen zugelassen<sup>325</sup>, in anderen zumindest in Erwägung gezogen<sup>326</sup>. In der rechtswissenschaftlichen Literatur findet die Anwendung des übergesetzlichen Notstandes auf das Urheberrecht dagegen nur wenige Anhänger<sup>327</sup> und wird überwiegend abgelehnt<sup>328</sup>. Der letztgenannten Ansicht hat sich in einer jüngeren Entscheidung auch der Bundesgerichtshof angeschlossen<sup>329</sup>. Die Ablehnung erfolgt zu Recht, da durch einen Rückgriff auf den übergesetzlichen Notstand (der auch sonst im Zivilrecht heute keine Rolle mehr spielt<sup>330</sup>) die ansonsten strengen Voraussetzungen der übrigen Rechtfertigungsgründe – insbesondere des § 904 S. 1 BGB – ausgehebelt würden.

Einen ähnlichen und häufig nur terminologisch unterschiedlichen Ansatz verfolgt, wer durch direkten Rückgriff auf das Grundgesetz und durch unmittelbare Abwägung der widerstreitenden Interessen Urheberrechtsschranken konstruieren will. In diese Richtung deutet ein Urteil des Ober-

---

<sup>324</sup> Zur Entwicklung des übergesetzlichen Notstandes als Rechtfertigungsgrund *Bornkamm*, FS Piper, S. 647; *Schack*, FS Schrickler, S. 517; nach dem Zweiten Weltkrieg wurden übergesetzliche Erwägungen insbesondere bei der Aufarbeitung der sog. „Euthanasiefälle“ diskutiert, siehe BGH NJW 1953, 513, 513 f.; im Zusammenhang mit terroristischen Bedrohungen (Abschuss eines von Terroristen entführten Flugzeuges) ist die Debatte wieder aufgelebt; dazu *Hilgendorf*, in Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt (Hg.), Sicherheit statt Freiheit?, S. 107 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rz. 452a.

<sup>325</sup> LG Berlin GRUR 1962, 207, 210 – *Maifeiern*; ähnlich – obwohl den Begriff des übergesetzlichen Notstandes als möglicherweise „verfehlt“ bezeichnend – OLG Hamburg NJW 1999, 3343, 3344 – *Berufungsschrift*; siehe zu dieser Entscheidung auch BVerfG ZUM 2000, 316, 318.

<sup>326</sup> KG NJW 1995, 3392, 3394 – *Botho Strauß ./. Theater Heute*; die Vorinstanz (LG Berlin NJW 1995, 881, 882) war auf Grundlage einer Abwägung „unterschiedlicher Rechte von Verfassungsrang“ davon ausgegangen, dass die Nutzungshandlung (Abdruck unveröffentlichter Briefe in einer Zeitschrift) gerechtfertigt war; ausführlich zu beiden Urteilen *Bornkamm*, FS Piper, S. 641 ff.; siehe auch *Seifert*, FS Erdmann, S. 206 ff.; *Findeisen*, Auslegung, S. 119 ff.

<sup>327</sup> V.a. Schrickler/Wild, § 97 Rz. 20, die terminologisch allerdings den Begriff „verfassungskonformer Interessenausgleich“ bevorzugt; zustimmend Wandtke/Bullinger/v. Wolf, § 97 Rz. 32.

<sup>328</sup> *Bornkamm*, FS Piper, S. 647 f.; *Poepfel*, Neuordnung, S. 49; *Schack*, FS Schrickler, S. 516 f.; Schrickler/Melichar, Vor §§ 44a ff. Rz. 16; kritisch auch *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 542; *Seifert*, FS Erdmann, S. 209.

<sup>329</sup> BGH GRUR 2003, 956, 957 – *Gies-Adler*.

<sup>330</sup> Vgl. *Schack*, FS Schrickler, S. 517.

landesgerichts Stuttgart, in dem die Vorführung eines Videobandes vor ausgewählten Pressevertretern im Rahmen einer parlamentarischen Diskussion über die medienrechtliche Erteilung einer TV-Sendelizenz als zulässig angesehen wurde<sup>331</sup>. Nach Ansicht des Gerichts konnte die Vorführung des Videobandes auf ein überragendes Interesse der Öffentlichkeit an der Fragen der medienrechtlichen Zulassung von Sendern zum privaten Fernsehprogramm gestützt werden. Dahinter müssten die durch Art. 14 GG geschützten Interessen des Rechtsinhabers zurücktreten<sup>332</sup>. Derartige Ansätze für eine unmittelbare Güter- und Interessenabwägung sehen sich allerdings zu Recht starker Kritik ausgesetzt. Der Gesetzgeber hat der durch Art. 14 GG gebotenen verfassungsrechtlichen Berücksichtigung der Sozialpflichtigkeit des (geistigen) Eigentums in den Schranken des Urheberrechtsgesetzes Rechnung getragen und die widerstreitenden Interessen darin abschließend zum Ausgleich gebracht<sup>333</sup>. Zwar sind durchaus Konstellationen denkbar, in denen aus verfassungsrechtlichen Gründen eine Ausweitung des urheberrechtlichen Schrankenataloges notwendig erscheint, derartige Fälle lassen sich jedoch unter Rückgriff auf eine verfassungskonforme Auslegung der bestehenden Urheberrechtsschranken lösen<sup>334</sup>. Statt einer „freischwebenden Güterabwägung“<sup>335</sup> bleibt die Entscheidungsfindung auf diese Weise in den Vorgaben des Urheberrechtsgesetzes verankert und die Gerichte zumindest im Grundsatz an die vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung gebunden. Sollte die Auslegung des gesetzten Rechtes zu nicht tragbaren, verfassungswidrigen Ergebnissen führen, so bleibt den Gerichten als ultima ratio immer noch die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zur konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG<sup>336</sup>.

---

<sup>331</sup> OLG Stuttgart, ZUM-RD 2003, 586; ähnlich, aber unter formaler Berufung auf einen „rechtfertigenden Notstand als eigenständigen Rechtfertigungsgrund“ bereits LG Hamburg ZUM-RD 1999, 208, 209 f. (Wiedergabe des politisch und historisch bedeutsamen Wortlauts eines Anwaltsschriftsatzes durch einen Buchautor).

<sup>332</sup> OLG Stuttgart, ZUM-RD 2003, 586, 589 f.

<sup>333</sup> BGH GRUR 2003, 956, 957 – *Gies-Adler*; BGH GRUR 2002, 605, 606 – *Verhüllter Reichstag*; ausführlich zur Bedeutung der Sozialpflichtigkeit für die Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung unten S. 171 ff.

<sup>334</sup> *Schack*, FS Schrickler, S. 517 f.; *ders.*: Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 481b; *Schricker/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rz. 14a; gegen eine Interessenabwägung „außerhalb des gesetzlichen Rahmens“ auch *Findeisen*, Auslegung, S. 123 ff.

<sup>335</sup> Zu diesem Begriff *Schack*, FS Schrickler, S. 517.

<sup>336</sup> Vgl. BGH GRUR 2003, 956, 957 – *Gies-Adler* (es sei „allein Aufgabe des *BVerfG*, die Verfassungswidrigkeit der betreffenden gesetzlichen Bestimmung festzustellen [Herv. im Original]“; *Schack*, FS Schrickler, S. 518.

### 3. Überlappung von Schutzrechten

Die Heranziehung externer Schranken kommt ferner in Betracht, wenn sich der Anwendungsbereich des Urheberrechtsgesetzes mit anderen Schutzrechten, namentlich mit dem Markenrecht, überlagert. In diesen Situationen kann sich die Frage stellen, ob der Rechtsinhaber unter Berufung auf sein urheberrechtliches Ausschließlichkeitsrecht eine Nutzung untersagen kann, für die in Bezug auf andere einschlägige Schutzrechte eine Schranke eingreift. Sowohl die europäischen<sup>337</sup> als auch die deutschen Gerichte<sup>338</sup> hatten sich mit dieser Problematik im Zusammenhang mit der Bewerbung von Parfums durch nicht autorisierte Händler zu befassen. Die Hersteller hochwertiger (markenrechtlich geschützter) Parfums versuchten in diesen Fällen, die Abbildung ihrer Produkte in nicht autorisierten Werbebroschüren zu untersagen. Da ihnen aufgrund der markenrechtlichen Erschöpfung kein Unterlassungsanspruch nach dem Markengesetz zustand, beriefen sie sich auf das Urheberrecht am Parfumflakon. Ein solches Ausweichen auf den urheberrechtlichen Schutz erschien aus Sicht der Rechtsinhaber insoweit vielversprechend, als die urheberrechtliche Erschöpfung (vgl. § 17 Abs. 2 UrhG) nur das Verbreitungs-, nicht aber das (bei einer Werbebroschüre ebenfalls betroffene) Vervielfältigungsrecht betrifft und der urheberrechtliche Unterlassungsanspruch damit trotz Inverkehrbringens der Waren formal weiter bestand.

Die Gerichte verneinten dennoch einen Unterlassungsanspruch des Urheberrechtlichsinhabers und begründeten dies insbesondere mit dem Vorrang der Verkehrsfähigkeit vor dem Urheberrechtsschutz und einer ansonsten drohenden unerwünschten Vertriebskontrolle durch den Rechtsinhaber<sup>339</sup>. Soweit das Markenrecht an den in der Werbung abgebildeten Gegenständen erschöpft und die Wiedergabe markenrechtlich zulässig war, konnten sich die Rechtsinhaber nach Ansicht der Gerichte auch nicht auf ihr Urheberrecht an den Flakons berufen. Dass die Schranken des Urheberrechtsgesetzes – auch in erweiternder oder analoger Auslegung – eine entsprechende Nutzungshandlung nicht privilegierten<sup>340</sup> und damit an sich ein Unterlassungsanspruch des Urheberrechtlichsinhabers bestand, schadete hierbei nicht. Erklären lässt sich diese vor dem Hintergrund der Warenverkehrsfreiheit notwendige Urheberrechtseinschränkung dogmatisch wenig befrie-

---

<sup>337</sup> EuGH GRUR Int. 1998, 140 – *Dior/Evora*.

<sup>338</sup> BGH GRUR 2001, 51, 53 – *Parfumflakon*.

<sup>339</sup> EuGH GRUR Int. 1998, 140, 144 – *Dior/Evora*; BGH GRUR 2001, 51, 53 – *Parfumflakon*.

<sup>340</sup> GRUR 2001, 51, 52 f. – *Parfumflakon*; das OLG Hamburg als Berufungsinstanz (Urt. v. 25.9.1997, Az. 2 U 167/95) war dagegen noch von einer entsprechenden Anwendung der Katalogbildfreiheit (§ 58 UrhG) ausgegangen und hatte zudem den Rechtsgedanken von § 59 I UrhG unterstützend herangezogen.

digend mit dem Vergleich der urheberrechtlichen mit den entsprechenden marken- und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften und einer anschließenden Interessenabwägung<sup>341</sup>. Gleichwohl ist jedoch zu berücksichtigen, dass eine solche Schrankentransplantation nur in jenen Fällen in Betracht kommt, in denen sich urheberrechtlicher und markenrechtlicher Schutz auch tatsächlich überlappen. Dies ist jedoch nicht immer der Fall, da die (für die Übertragung der markenrechtlichen Schranken besonders interessanten) Produktverpackungen Werke der angewandten Kunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG) darstellen und daher eine besondere Schöpfungshöhe aufweisen müssen<sup>342</sup>.

#### 4. Kartellrechtliche Zwangslizenz

Auch aus dem Kartellrecht kann sich eine Beschränkung des Urheberrechts – und zwar in Form einer Zwangslizenz – ergeben. Ähnlich wie bei der eben geschilderten Überlappung von Schutzrechten führt auch hier ein urheberrechtsfremdes Regime zur Einschränkung von Ausschließlichkeitsrechten. In Betracht kommt hierbei insbesondere die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV unter Berücksichtigung der Lehre von den wesentlichen Einrichtungen („essential facilities“)<sup>343</sup>. Die vom Europäischen Gerichtshof in diesem Zusammenhang ergangenen Leitentscheidungen betrafen hierbei jeweils Situationen, in denen nur durch die Lizenzierung eines urheberrechtlich geschützten Werkes der Zugang zu einem nachgelagerten Markt geöffnet werden konnte<sup>344</sup>. Beispielhaft für eine solche auch als „bottleneck“ bezeichnete Konstellation steht der Fall IMS Health, in dem der Rechtsinhaber ein Ausschließlichkeitsrecht an einer Datenbankstruktur hielt. Da sich die von IMS eingesetzte Struktur zu einem Branchenstandard entwickelt hatte, waren (potentielle) Mitanbieter auf dem Markt für Pharmainformationen zwingend auf eine entsprechende Lizenz angewiesen. Der Europäische Gerichtshof erkannte daher an, dass IMS Health auf dem Primärmarkt für die Lizenzierung der Datenbank eine marktbeherrschende Stellung im Sinne

---

<sup>341</sup> Vgl. *Schricker* JZ 2001, 463, 463 f. und hierzu *Kur*, FS Dietz, S. 261 ff.; siehe auch a.a.O., S. 265 ff. sowie *dies.*, GRUR Int. 1999, 24, 28 ff. zu den regelungstechnischen Handlungsoptionen des Gesetzgebers.

<sup>342</sup> Die Schutzfähigkeit von Parfumflakons wurde von der Vorinstanz offen gelassen und vom Bundesgerichtshof (GRUR 2001, 51, 52 – *Parfumflakon*) fingiert; zur Schöpfungshöhe bei Werken der angewandten Kunst vgl. BGH GRUR 1995, 581, 582 – *Silberdistel*; allgemein zur Überlappung von Urheber- und Markenrecht *Schricker/Schricker*, Einl. Rz. 35.

<sup>343</sup> Allgemein zu den kartellrechtlichen Regelungen über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen siehe *Schwintowski*, WuW 1999, 842.

<sup>344</sup> Siehe insbesondere die Entscheidungen EuGH, Slg. I-742 – *Magill TV Guide* und EuGH, Slg. 2004 I-5039 – *IMS Health*.

des Art. 82 EGV inne hatte und diese marktbeherrschende Stellung insoweit missbräuchlich ausnutzte, als Mitbewerbern durch die Verweigerung einer Lizenz der Zugang zum Sekundärmarkt für Pharmainformationen verschlossen blieb<sup>345</sup>.

Die Anwendung des Kartellrechts auf das Urheberrecht wirft zahlreiche Fragenkomplexe auf, die im Zusammenhang mit dem Gegenstand der vorliegenden Untersuchung nur am Rande von Bedeutung sind und daher nicht vertieft wiedergegeben werden sollen<sup>346</sup>. Zu beachten ist allerdings, dass die Überschneidung von Kartellrecht und Urheberrecht nur diejenigen Konstellationen betrifft, in denen dem Urheberrechtsinhaber durch sein Ausschließlichkeitsrecht auch tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung vermittelt wird. Dies ist aber nur in wenigen Fällen – beispielsweise den eben beschriebenen „bottleneck“-Situationen – auch tatsächlich der Fall. Im Übrigen schränkt das Kartellrecht den Handlungsspielraum des Urheberrechtsinhaber nicht ein und stellt (potentiellen) Nutzern auch keine Nutzungsbefugnisse in Form von Zwangslizenzen zur Verfügung.

#### *B. Die Zitierfreiheit (§ 51 UrhG a.F.) als Musterfall einer kasuistischen Schranke*

Die in § 51 UrhG geregelte Zitierfreiheit stellte in ihrer bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung (I) einen Musterfall für eine kasuistische Schrankenregelung dar. § 51 UrhG a.F. – dem als Leitgedanke das Allgemeininteresse an freier geistiger Auseinandersetzung zugrunde lag (II) – war normtextlich als abschließender und drei Zitatgruppen („wissenschaftliches Großzitat“, „Kleinzitat“, „Musikzitat“) umfassender Katalog ausgestaltet (III). Bei der Untersuchung der Zulässigkeit einer Nutzungshandlung nach § 51 UrhG a.F. konnten einige allgemeine Voraussetzungen (IV) und besondere Voraussetzungen einzelner Zitatkategorien (V) unterschieden werden.

##### *I. Vorbemerkung zur Neufassung von § 51 UrhG*

Am 5. Juli 2007 hat der Bundestag die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheber-

---

<sup>345</sup> Ausführlich zu deartigen Konstellationen *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, S. 502 ff.; *ders.*, GRUR 2006, 705; *Conde Gallego*, GRUR Int. 2006, 16; *Höppner*, GRUR Int. 2005, 457; *Leupold/Pautke*, EWS 2005, 108; *Thyri*, WuW 2005, 388.

<sup>346</sup> An dieser Stelle sei insbesondere auf die umfangreiche Untersuchung von *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, 2002, verwiesen

berrechts in der Informationsgesellschaft<sup>347</sup> angenommen und die langjährige Diskussion über den „zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform beendet. Das Gesetz ist am 1. Januar 2008 in Kraft getreten<sup>348</sup>. Die Urheberrechtsreform hatte auch Einfluss auf die Gestalt des § 51 UrhG und hat insbesondere dessen abschließende Zitatkategorien zu Regelbeispielen umgeformt. Da sich allerdings gerade an der alten Fassung der Zitierfreiheit der kasuistische Charakter des deutschen Schranken kataloges und die damit verbundenen Auslegungsprobleme demonstrieren lassen, soll an dieser Stelle der Untersuchung die Reform des Urheberrechts durch den „zweiten Korb“ ausgeblendet und die bis zur Urheberrechtsreform geltende Rechtslage dargestellt werden. Auf die reformierte Fassung der Zitierfreiheit wird später im Rahmen der rechtspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten der Urheberrechtsschranken<sup>349</sup> einzugehen sein.

## II. Leitgedanke und Hintergrund der gesetzlichen Regelung

Aufgrund der umfassenden Rechtsgewährung durch das Urheberrechtsgesetz<sup>350</sup> unterliegt geistiges Schaffen einerseits einem weitgehenden Schutz, andererseits führt die gesetzliche Regelung dazu, dass die Bezugnahme auf urheberrechtlich geschützte Werke immer auch eine potentielle Urheberrechtsverletzung darstellt. In dem Bewusstsein, dass der Rückgriff auf frühere Werke einen wichtigen, teilweise sogar wesentlichen Teil des Schöpfungsvorganges ausmachen kann, will der Gesetzgeber mit der Zitierfreiheit dafür Sorge tragen, dass durch das Urheberrechtsgesetz geistiges Schaffen nicht mehr als nötig erschwert wird<sup>351</sup>. Leitgedanke der gesetzlichen Regelungen ist es folglich, „im Interesse des allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts der Freiheit der geistigen Auseinandersetzung mit fremden Gedanken“ zu dienen<sup>352</sup>. Eine Berufung auf § 51

---

<sup>347</sup> BT-Drucks. 16/5939.

<sup>348</sup> Eine Synopse zur alten und neuen Rechtslage im Urheberrechtsgesetz und Urheberrechtswahrnehmungsgesetz kann auf der Webseite des DFG-Graduiertenkollegs „Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit“ an der Universität Bayreuth abgerufen werden: <http://gkrw.uni-bayreuth.de/index.php?id=147> (zuletzt besucht am 12. August 2007).

<sup>349</sup> Siehe dazu unten S. 216 ff.

<sup>350</sup> Siehe dazu oben S. 75 f.

<sup>351</sup> Vgl. zur gesetzgeberischen Intention Begr. RegE (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 243 („Freiheit des geistigen Schaffens“ als berechtigtes Interesse der Allgemeinheit); allgemein zum Hintergrund der urheberrechtlichen Entlehnungsfreiheit *Brauns*, Entlehnungsfreiheit, S. 8 ff.

<sup>352</sup> BGH GRUR 1994, 800, 803 – *Museumskatalog*; siehe auch BGHZ 28, 234, 242 – *Verkehrskinderlied*; BGH GRUR 1973, 216, 217 – *Handbuch moderner Zitate*; BGH GRUR 1986, 59, 60 – *Geistchristentum*; BGH GRUR 1987, 362, 363 – *Filmzitat*; Schricker/Schricker, § 51 Rz. 6; Dreier/Schulze, § 51 Rz. 1; Seydel, Zitierfreiheit, S. 5 f.; zur

UrhG ist dabei nicht ausschließlich der Wissenschaft und Kunst vorbehalten, sondern soll gerade auch im Rahmen medialer Berichterstattung oder im politischen Meinungskampf möglich sein<sup>353</sup>. Die Zitierfreiheit ermöglicht folglich die „Kontaktaufnahme“ späterer Werke mit früher geschaffenen urheberrechtlich geschütztem Material.

### III. Gesetzgeberische Ausgestaltung und Aufbau der Vorschrift

§ 51 UrhG ist als zustimmungs- und vergütungsfreie Urheberrechtsschranke ausgestaltet und führt zur ersatzlosen Aufhebung der betroffenen urheberrechtlichen Befugnisse. Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Regelung der Zitierfreiheit für eine abschließende kasuistische Technik entschieden, nach der die Urheberrechtsschranke in drei Kategorien, nämlich „wissenschaftliches Großzitat“ (§ 51 Nr. 1 UrhG), „Kleinzitat“ (§ 51 Nr. 2 UrhG) und „Musikzitat“ (§ 51 Nr. 3 UrhG) aufgebrochen wird. § 51 UrhG a.F. stellt damit regelungstechnisch den größtmöglichen Kontrast zur US-amerikanischen Fair Use-Generalklausel dar. Zudem weicht die Vorschrift von den eher flexibel gefassten konventionsrechtlichen Vorgaben des Art. 10 der revidierten Berner Übereinkunft ab<sup>354</sup>.

Gesetzgebungstechnisch ist die Vorschrift wie folgt aufgebaut: Der § 51 UrhG einleitende Satz enthält zunächst einige für alle Zitatkategorien geltenden Voraussetzungen. Nur bestimmte Verwertungshandlungen, nämlich „Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe“ sind danach zulässig und müssen zudem auf den „durch den Zweck gebotenen“ Umfang beschränkt werden. Diese allgemeinen Vorgaben der Einleitung werden schließlich in den Nr. 1 bis 3 weiter konkretisiert. Die einzelnen Zitatkategorien unterscheiden sich dabei hinsichtlich des zulässigen Umfanges<sup>355</sup>, der Verwertungsbasis<sup>356</sup>, des Zitatzweckes<sup>357</sup> und hinsichtlich des

---

Funktion der Zitierfreiheit im Zusammenhang mit der Verhinderung von wettbewerbsrechtlichen Monopolstellungen im Medienbereich *Beater*, UFITA 2005/II, 339, 370.

<sup>353</sup> Schrickler/*Schricker*, § 51 Rz. 6; BGHZ 28, 234, 242 – *Verkehrskinderlied*.

<sup>354</sup> Da § 51 UrhG eine weniger weitgehende Beschränkung als Art. 10 I, III RBÜ enthält, ist die deutsche Regelung RBÜ-konform; ausführlich und m.w.N. *Seydel*, Zitierfreiheit, S. 105 f.; die Situation in den nationalen Rechtsordnungen der europäischen Union ähnelt zum Teil der deutschen Rechtslage, zum Teil finden sich aber auch flexibel ausgestaltete Vorschriften zur Zitierfreiheit; für eine kasuistische Regelung siehe etwa Österreich (§ 46 [Werke der Literatur], § 52 [Werke der Tonkunst], § 54 Nr. 3a, 4 [Werke der bildenden Künste] des österreichischen Urheberrechtsgesetzes); eine eher generalklauselartige Regelung – wenn auch nicht so weit gehend wie die US-amerikanische Fair Use-Doktrin – stellt das Fair Dealing-Konzept des britischen CDPA dar (siehe dazu auch oben S. 35 f.).

<sup>355</sup> Vollständige Übernahme in Nr. 1, „Stellen eines Werkes“ in Nr. 2 und Nr. 3.

Charakters des übernehmenden Werkes<sup>358</sup>. Den weitestgehenden Eingriff in die urheberrechtlichen Befugnisse lässt das „wissenschaftliche Großzitat“ nach § 51 Nr. 1 UrhG zu, das jedoch zugleich auch die strengsten Voraussetzungen an eine zulässige Übernahme stellt. Die drei in § 51 UrhG a.F. genannten Zitatkategorien ergänzen sich, können sich überschneiden und sind nebeneinander anwendbar<sup>359</sup>.

#### IV. Gemeinsame Voraussetzungen aller Zitatkategorien

##### 1. Zitatzweck (Belegfunktion)

Obwohl § 51 UrhG nur in seiner Nr. 1 einen konkreten Zitatzweck nennt („Erläuterung des Inhalts“), schließen Rechtsprechung und Literatur aus der Erwähnung der Zweck-Umfang-Relation in der Einleitung zu § 51 UrhG, dass mit jedem zulässigen Zitat immer auch ein bestimmter Zweck erkennbar verfolgt werden muss<sup>360</sup>, der gemeinhin als *Belegfunktion* bezeichnet wird<sup>361</sup>. Diese Grundfunktion des Zitates wird als „innere Verbindung“<sup>362</sup> zwischen zitiertem und zitierendem Werk verstanden, wobei das verwendete Originalmaterial die eigenen Ausführungen des Zitierenden belegt<sup>363</sup>. Zwar muss dies nicht zwingend der einzige mit dem Zitat ver-

<sup>356</sup> Erschienene Werke (§ 6 II UrhG) in Nr. 1 und Nr. 3; veröffentlichte Werke (§ 6 Nr. 1 UrhG) in Nr. 2.

<sup>357</sup> „Zur Erläuterung des wissenschaftlichen Inhalts“ in Nr. 1; keine Qualifikation in Nr. 2 und Nr. 3.

<sup>358</sup> „Selbständiges wissenschaftliches Werk“ in Nr. 1; „selbständiges Sprachwerk“ in Nr. 2; „selbständiges Werk der Musik“ in Nr. 3.

<sup>359</sup> Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 11 f.; Götting, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 125; Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 51 Rz. 6.

<sup>360</sup> Vgl. Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 14; Götting, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 129; Raue, FS Nordemann, S. 336; den Zitatzweck als „entscheidende Voraussetzung für die Anwendung des § 51“ bezeichnend BGHZ 85, 1, 10 f. – *Presseberichterstattung und Kunstwerkwiedergabe I*.

<sup>361</sup> Vgl. BGHZ 50, 147, 155 – *Kandinsky I*; BGH GRUR 1986, 59, 60 – *Geistchristentum*; BGH GRUR 1987, 362, 364 – *Filmzitat*, Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 16; Götting, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 131; ausführlich Brauns, *Entlehnungsfreiheit*, S. 112 ff.

<sup>362</sup> Zu diesem Begriff siehe bereits RGZ 130, 196, 200 – *Codex Aureus* („Die Verbindung zwischen Schriftwerk und Bild muss eine innerliche, den Darstellungs- und Lehrzweck des Worttextes unterstützende sein“); vgl. auch BGHZ 28, 234, 240 – *Verkehrskinderlied*; BGH GRUR 1987, 362, 364 – *Filmzitat*; Dreier/Schulze § 51 Rz. 4; Brauns, *Entlehnungsfreiheit*, S. 111.

<sup>363</sup> Vgl. BGHZ 50, 147, 155 – *Kandinsky I*; OLG Hamburg GRUR 1993, 666, 666 f. – *Altersfoto*; Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 16 (m.w.N.); bei Kleinzitationen werden im Einzelfall Zitate auch über die reine *Belegfunktion* hinaus für zulässig gehalten, so etwa beim Einsatz fremder Werkteile als Devise oder Motto (KG GRUR-RR 2002, 313, 315 – *Das Leben, dieser Augenblick*; Dreier/Schulze, § 51 Rz. 15; Schrickler/Schricker § 51

folgte Zweck sein, bei mehreren Zwecken muss die – nach außen dokumentierte und das verwendete Material als fremde Zutat kennzeichnende<sup>364</sup> – *Belegfunktion* jedoch überwiegen<sup>365</sup>. Kein zulässiger Zitatzweck liegt danach vor, wenn der Benutzer sich durch das Zitat eigene Ausführungen ersparen will<sup>366</sup>, wenn das urheberrechtlich geschützte Material ohne eigenen inhaltlichen Beitrag des Nutzers wiedergegeben wird<sup>367</sup> oder der bloßen Ausschmückung dient<sup>368</sup>. Das Zitat darf folglich nicht um seiner selbst willen wiedergegeben werden<sup>369</sup>.

## 2. Zweck-Umfang-Relation

§ 51 UrhG sieht für alle Zitatkategorien ferner vor, dass eine Übernahme nur in „einem durch den Zweck gebotenen Umfang“ zulässig ist. Wie viel der Zitierende unter dieser Vorgabe vom Originalwerk übernehmen darf, lässt sich nur schwer allgemeingültig beurteilen und hängt von der jeweiligen Zitatkategorie und den konkreten Umständen des Einzelfalles (insbesondere dem konkreten Zitatzweck) ab. Tendenziell kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Benutzer sich nicht auf den für das Zitat zwingend erforderlichen Umfang beschränken muss. Stattdessen darf der Zitierende so viel übernehmen, wie für eine vernünftige und sachgerechte Wahrnehmung des zitierten Werkes und des mit dem Zitat verfolgten Zweckes notwendig ist<sup>370</sup>. Die Übernahme von größeren Passagen ist dabei etwa dann zulässig, wenn – am Beispiel von Zitaten in Sprachwerken – die

---

Rz. 17; *Seydel*, Zitierfreiheit, S. 35) sowie – in Anlehnung an die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG GRUR 2001, 149 – *Germania 3*; ausführlich zu dieser Entscheidung unten S. 102 ff.) – bei künstlerischen Zitaten.

<sup>364</sup> Vgl. OLG München NJW 1999, 1975, 1976 – *Stimme Brechts*; Berlin GRUR 2000, 797, 797 – *Screenshots*; *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 3; *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 51 Rz. 19; *Schricker/Schricker* § 51 Rz. 15; ist das fremde Werkmaterial nicht als solches erkennbar, liegt kein Zitat, sondern ein Plagiat vor, *Loewenheim*, in: Ders. (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 12.

<sup>365</sup> BGHZ 50, 147, 151 – *Kandinsky I*; ähnlich bereits RGZ 130, 196, 207 – *Codex Aureus*.

<sup>366</sup> KG GRUR 1970, 616, 618 – *Eintänzer*; OLG München NJW 1999, 1975, 1976 – *Stimme Brechts*; LG Berlin GRUR 2000, 797, 797 – *Screenshots*; *Möhring/Nicolini/Waldenberger*, § 51 Rz. 5; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 16; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 487.

<sup>367</sup> OLG Frankfurt a.M. ZUM 2005, 477, 481 – *TV-Total*; anders dagegen, wenn die Verwendung des Materials zur Vergabe eines Showpreises („Raab der Woche“) führt, AG Köln ZUM 2003, 77, 78 – *TV Total*.

<sup>368</sup> LG Stuttgart ZUM 2003 156, 157 f. – *Spiegel-TV*; *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 4.

<sup>369</sup> LG Köln, NJW-RR 1999, 118; *Wandtke/Bullinger/Lüft*, § 51 Rz. 4.

<sup>370</sup> *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 19; *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 5; LG Frankfurt a.M. AfP 1995, 687, 688 (zulässig ist „vernünftige und sachgerechte Wahrnehmung des Zitatzweckes“).

übernommenen Passagen nur schwer mit eigenen Worten wiedergegeben werden können<sup>371</sup>.

### 3. Selbständigkeit des zitierenden Werkes

Als weitere für alle Zitatkategorien geltende Voraussetzung verlangt § 51 UrhG, dass es sich beim zitierenden Werk um ein selbständiges handelt. Die Zitierfreiheit setzt danach zunächst voraus, dass das zitierende Werk selbst urheberrechtsschutzfähig ist<sup>372</sup>. Entscheidend hierfür sind lediglich die Voraussetzungen der §§ 1, 2 Abs. 1, 2 UrhG und nicht, ob im Einzelfall auch tatsächlich (noch) urheberrechtlicher Schutz besteht. Läuft folglich für das zitierende Werk die Schutzdauer ab oder bleibt dem Werk – z.B. aufgrund des § 5 UrhG – der urheberrechtliche Schutz aus anderen Gründen als den §§ 1, 2 Abs. 1, 2 UrhG vorbehalten, so ändert dies nichts an der Anwendbarkeit der Zitierfreiheit<sup>373</sup>.

Als weitere Voraussetzung muss das zitierende Werk vom zitierten unabhängig sein. Der Begriff der Unabhängigkeit ist dabei nicht kontextuell, sondern urheberrechtlich zu verstehen und erfordert zunächst, dass es sich beim zitierenden Werk nicht um eine Bearbeitung oder sonstige Umgestaltung (§ 23 UrhG) des zitierten Werkes handelt<sup>374</sup>. Darüber hinaus verlangt § 51 UrhG, dass das zitierende Werk maßgeblich auf einer eigenen schöpferischen Leistung des Zitierenden beruht und auch bei Wegdenken der Zitate noch als eigenständiges existenzfähiges Werk zurückbleibt<sup>375</sup>. Erschöpft sich beispielsweise der Beitrag des Zitierenden in einer (an sich nach § 4 Abs. 1 UrhG schutzfähigen) Zusammenstellung fremder Aussagen als „Handbuch moderner Zitate“<sup>376</sup> oder erscheint das zitierende Werk neben den Zitaten lediglich als Nebensache<sup>377</sup>, so fehlt es an der Unabhän-

<sup>371</sup> BGH GRUR 1986, 59, 60 f. – *Geistchristentum*; Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 19.

<sup>372</sup> LG Berlin GRUR 1978, 108, 110 – *Der Spiegel*; BGH GRUR 1994, 800, 802 – *Museumskatalog*; LG München I AfP 2002, 444, 448 – *Titelblattgestaltung*; Dreier/Schulze, § 51 Rz. 6; Götting, in: Loewenheim (Hg.), *Handbuch des Urheberrechts*, § 31 Rz. 132.

<sup>373</sup> Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 20; Dreier/Schulze, § 51 Rz. 8; Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 51 Rz. 14; Seydel, *Zitierfreiheit*, S. 29.

<sup>374</sup> Dreier/Schulze, § 51 Rz. 7; Götting, in: Loewenheim (Hg.), *Handbuch des Urheberrechts*, § 31 Rz. 133; Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 21; abweichend Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 51 Rz. 12, wonach bei schöpferischen Bearbeitungen i.S.d. § 3 UrhG die Selbständigkeit bejaht werden kann, da diese gegenüber dem Original einen (wenn auch eingeschränkten) Schutz genießen.

<sup>375</sup> Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 22; vgl. auch Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, S. 314; Dreier/Schulze, § 51 Rz. 7; etwas enger Fromm/Nordeman/Vinck, § 51 Rz. 3 mit der zusätzlichen Forderung, das Zitat dürfe „im Verhältnis zur eigenen Schöpfung des Zitierenden [nur] eine völlig untergeordnete Rolle“ spielen.

<sup>376</sup> BGH GRUR 1973, 216, 217 f. – *Handbuch moderner Zitate*.

<sup>377</sup> BGH GRUR 1994, 800, 802 – *Museumskatalog*.

gigkeit des zitierenden Werkes und eine Berufung auf § 51 UrhG ist nicht möglich<sup>378</sup>.

#### 4. Verbot der Substitutionskonkurrenz

Ebenfalls für alle Zitat kategorien ist zu beachten, dass die Benutzung des urheberrechtlich geschützten Werkes nicht zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung der Werkverwertung führen darf. Relevant wird dies insbesondere dann, wenn durch das Zitat bereits so viel vom zitierten Werk mitgeteilt wird, dass der Rückgriff auf das Grundwerk für den verständigen Nutzer überflüssig wird<sup>379</sup>. Bildhaft werden derartige Situationen häufig als *Substitutionskonkurrenz* zwischen Zitat und Originalwerk bezeichnet<sup>380</sup>.

Das Verbot der *Substitutionskonkurrenz* ist nicht im Wortlaut des § 51 UrhG angelegt, sondern ermöglicht als „ungeschriebenes Korrektiv“, Wertungsspielräume innerhalb des § 51 UrhG auszufüllen<sup>381</sup>. In erster Linie geht es dabei um die verwertungsrechtlichen Interessen des Urhebers und den Marktwert des von ihm geschaffenen Werkes. Darüber hinaus können auch ideelle Interessen berücksichtigt werden, etwa wenn die Auswahl und Anordnung der Zitate ein unzutreffendes Bild vom Gesamtwerk des Urhebers vermitteln<sup>382</sup>. Da die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers bereits über die §§ 62, 63 UrhG Berücksichtigung finden, wird dies jedoch die Ausnahme bleiben. Insbesondere kann sich der Urheberrechtshaber nicht gegen die mit dem Zitat verbundene Kritik an seinem Werk zur Wehr setzen<sup>383</sup>.

---

<sup>378</sup> Götting, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 133; Schriicker/Schriicker, § 51 Rz. 22; Seydel, Zitierfreiheit, S. 29 f.

<sup>379</sup> BGHZ 28, 234, 243 – *Verkehrskinderlied*; BGH GRUR 1986, 59, 60 – *Geistchristentum*; BGH GRUR 1987, 362, 364 – *Filmzitat*; BGH GRUR-RR 2002, 313, 315 – *Das Leben, dieser Augenblick*; Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 51 Rz. 22; Seydel, Zitierfreiheit, S. 36 f.

<sup>380</sup> Schriicker/Schriicker, § 51 Rz. 23; Götting, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 135.

<sup>381</sup> Schriicker/Schriicker, § 51 Rz. 24 schlägt vor, das Verbot der unzumutbaren Beeinträchtigung unter anderem bei der Auslegung des Zitatzwecks und den Tatbestandsmerkmalen „einzelne Werke“ (Nr. 1) und „Stellen“ eines Werkes (Nr. 2, 3) zu berücksichtigen; vgl. auch Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 51 Rz. 22.

<sup>382</sup> BGH GRUR 1973, 216, 218 – *Handbuch moderner Zitate*; Schriicker/Schriicker, § 51 Rz. 23; Wandtke/Bullinger/Lüft, § 51 Rz. 6; Götting, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 135.

<sup>383</sup> Schriicker/Schriicker, § 51 Rz. 23; Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 51 Rz. 22; für den Fall des Bildzitates (v.a.) im Zusammenhang mit politischer Auseinandersetzung KG UFITA 54 (1969), 296, 300 f. – *Extra-Dienst* (scharfe Kritik gehört zum „Wesen des politischen Kampfes“ und muss vom Urheberrechtshaber daher hingenommen werden); Fromm/Nordemann/Vinck, § 51 Rz. 9.

## V. Besondere Voraussetzungen der einzelnen Zitatkategorien

### 1. Wissenschaftliches Großzitat (§ 51 Nr. 1 UrhG a.F.)

Als erste Einschränkung begrenzt § 51 Nr. 1 UrhG den Anwendungsbereich des wissenschaftlichen Großzitates auf Zitate in „wissenschaftlichen Werken“. Rechtsprechung und Literatur orientieren sich bei der inhaltlichen Ausfüllung dieses im Urheberrechtsgesetz selbst nicht näher bestimmten Begriffs am Hintergrund des § 51 UrhG als Vorschrift zur Förderung des allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritts<sup>384</sup>. Diesem Leitgedanken entsprechend wird die „Wissenschaftlichkeit“ nicht institutionell im Sinne klassischer (Hochschul-) Forschung, sondern funktionell als ernsthafte, methodisch geordnete Suche nach Erkenntnis verstanden<sup>385</sup>. Folge dieses funktionellen Verständnisses ist unter anderem, dass auch populärwissenschaftliche Werke die Privilegierung des § 51 Nr. 1 UrhG in Anspruch nehmen können<sup>386</sup>. Das Streben nach Erkenntnis und damit die Wissenschaftlichkeit ist dagegen regelmäßig zu verneinen bei Musikwerken, Werken der bildenden Kunst, Belletristik, Bühnenwerken, politischen Darstellungen und geschäftlicher Werbung<sup>387</sup>.

Als weitere Voraussetzung des wissenschaftlichen Großzitates muss das zitierte Werk bereits erschienen (§ 6 Abs. 2 UrhG) sein. Zitiert der Nutzer dennoch aus einem noch nicht erschienenen Werk, so wird die Benutzung nach umstrittener Ansicht der Rechtsprechung ab dem Zeitpunkt zulässig, zu dem das zitierte Werk erscheint<sup>388</sup>. Darüber hinaus ist der Zitatzweck beim wissenschaftlichen Großzitat eingeschränkt. Zulässig sind Zitate da-

---

<sup>384</sup> Zu den Leitgedanken und dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung siehe bereits oben S. 85.

<sup>385</sup> Schrickler/Schricker § 51 Rz. 31; Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 51 Rz. 24; diese Auffassung entspricht inhaltlich auch dem im Rahmen der verfassungsrechtlichen Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 III 1 GG) entwickelten Wissenschaftsbegriff; BVerfGE 35, 79, 113 – *Hochschul-Urteil* (Wissenschaft als „alles, was nach Inhalt und Form als ernsthafte planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“); siehe dazu auch *Per-nice*, in: Dreier (Hg.) Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 5 III (Wissenschaft) Rz. 24.

<sup>386</sup> LG Berlin GRUR 1962, 207, 209 – *Maifeiern*; Brauns, Entlehnungsfreiheit, S. 39 ff.; Dreier/Schulze, § 51 Rz. 8; Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 31; einschränkend (populärwissenschaftliche Werke nur, falls das Schwergewicht nicht auf Unterhaltung liegt) Seydel, Zitierfreiheit, S. 45 f.; Fromm/Nordemann/Vinck, § 51 Rz. 6; (anders noch die 1. Aufl. 1966, § 51 Rz. 6) die Anwendung von § 51 Nr. 1 auf derartige Werke generell ablehnend *Leinveber* GRUR 1966, 479, 480; *ders.* GRUR 1969, 130, 130.

<sup>387</sup> Ausführlich und mit weiteren Beispielen Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 32 f.; Dreier/Schulze, § 51 Rz. 8; Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 51 Rz. 24, 34 f. Möhring/Nicolini/Waldenberger, § 51 Rz. 13.

<sup>388</sup> LG Köln, UFITA 78 (1977), 270, 272 f. – *unveröffentlichte Dissertation*; zustimmend Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 38; Dreier/Schulze, § 51 Rz. 12; ablehnend Fromm/Nordemann/Vinck, § 51 Rz. 6d; Möhring/Nicolini/Waldenberger, § 51 Rz. 10.

nach nur „zur Erläuterung des Inhalts“ – und zwar des zitierenden Werkes<sup>389</sup>.

Eines der umstrittensten Merkmale von § 51 Nr. 1 UrhG ist dessen Beschränkung auf die Wiedergabe „einzelner Werke“. Bei der Auslegung des Begriffes stehen sich zwei Ansichten gegenüber. In der ersten Auslegungsvariante wird die in § 51 Nr. 1 UrhG enthaltene Beschränkung als absolute Grenze gesehen. „Einzelne Werke“ können danach immer nur „einige wenige“ sein<sup>390</sup>. Eine derartige absolute Beschränkung wird dem Leitgedanken der Zitierfreiheit jedoch nicht gerecht und lässt unberücksichtigt, dass im Einzelfall auch die Übernahme mehrerer Werke benutzungsbedingt notwendig sein kann, ohne dass gleichzeitig die Interessen des oder der Urheber unangemessen beeinträchtigt würden. Beispielsweise ließe sich ein wissenschaftliches Werk über moderne Kunst nur schwer verwirklichen, wenn nur „einige wenige“ Werke abgebildet werden dürften<sup>391</sup>. Vorzuziehen ist daher die in der rechtswissenschaftlichen Literatur vertretene differenzierende Auffassung, die bei der Auslegung des Begriffes „einzelne Werke“ danach unterscheiden will, ob nur die Werke eines Urhebers oder mehrerer Urheber wiedergegeben werden<sup>392</sup>. Da im ersten Fall Beeinträchtigungen des Urhebers näher liegen, sollen nach dieser Auffassung nur „einige wenige“ Werke angeführt werden dürfen. In der zweiten Konstellation (zu der etwa das bereits genannte Beispiel eines wissenschaftlichen Werkes über moderne Kunst gehört) steigt die Zahl der zulässigerweise zitierbaren Werke mit der Anzahl der zitierten Urheber. Eine Grenze liegt freilich dort, wo die Zitate nicht mehr der „Erläuterung des Inhalts“ dienen oder wo aufgrund der bloßen Anzahl der Zitate (etwa bei einer reinen Zitatsammlung) das zitierende Werk nicht mehr als selbständig bezeichnet werden kann.

Erfüllt eine Benutzung die eben dargestellten Voraussetzungen eines wissenschaftlichen Großzitates, so ist – falls der Zitatzweck dies erfordert – die Wiedergabe des gesamten Werkes zulässig<sup>393</sup>. Typische Beispiele für

---

<sup>389</sup> Ausführlich *Brauns*, Entlehnungsfreiheit, S. 46 ff.; *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 13; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 39;.

<sup>390</sup> BGHZ 50, 147, 158 – *Kandinsky I*; OLG München ZUM 1989, 529, 531; LG München I AfP 1994, 326, 328; *Möhring/Nicolini/Waldenberger*, § 51 Rz. 9.

<sup>391</sup> Vgl. zu diesem Beispiel *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 313.

<sup>392</sup> *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 313; *Brauns*, Entlehnungsfreiheit, S. 32 f.; *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 11; *Götting*, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 141; *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 51 Rz. 28; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 34; *Seydel*, Zitierfreiheit, S. 51.

<sup>393</sup> Begr. RegE (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff), UFITA 45 (1965), 240, 283; § 51 Nr. 1 UrhG setzt allerdings nicht zwingend voraus, dass auch das gesamte Werk wiedergegeben wird; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 37; *Götting*, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 143; *Brauns*, Entlehnungsfreiheit, S. 44 f.

wissenschaftliche Großzitate sind der Abdruck einzelner Gedichte in einer Literaturgeschichte, einzelner Werke der bildenden Künste in einer Kunstgeschichte oder die Wiedergabe von Textpassagen oder Photographien in historischen Werken<sup>394</sup>.

## 2. Kleinzitat (§ 51 Nr. 2 UrhG a.F.)

Im Vergleich mit § 51 Nr. 1 UrhG sind die Voraussetzungen für das Kleinzitat deutlich leichter zu erfüllen. § 51 Nr. 2 UrhG setzt keine Wissenschaftlichkeit voraus und schränkt die Privilegierung im Hinblick auf das zitierende Werk nur insoweit leicht ein, als Kleinzitate ausweislich des Gesetzeswortlauts nur in Sprachwerken (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) zulässig sind<sup>395</sup>. Hinsichtlich des zitierten Werkes besteht dagegen keine entsprechende Beschränkung, so dass bei Kleinziten urheberrechtlich geschütztes Material aus allen Werkgattungen übernommen werden darf<sup>396</sup>. Zudem muss das zitierte Werk – anders als beim wissenschaftlichen Großzitat – nicht erschienen (§ 6 Abs. 2 UrhG), sondern nur veröffentlicht (§ 6 Abs. 1 UrhG) sein<sup>397</sup>.

Der Anwendungsbereich des Kleinzitates im Hinblick auf den zulässigen Umfang der Übernahme ist indes stark – und zwar auf „Stellen eines Werkes“ – eingeschränkt. Was genau unter dieser auch als „kleine Ausschnitte aus geschützten Werken“<sup>398</sup> paraphrasierten Voraussetzung zu verstehen ist, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles mit Hilfe einer Kombination aus absoluten und relativen Maßstäben bestimmen<sup>399</sup>. Die relative Komponente besagt dabei, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes immer nur ein Bruchteil, nicht aber das gesamte Werk als Kleinzitat verwendet werden kann<sup>400</sup>. Gleichzeitig führt der relative Maßstab zu dem nahe liegenden Schluss, dass aus längeren Werken umfangreicher zitiert werden darf als aus kürzeren<sup>401</sup>. Darüber hinaus besteht für die Länge eines Kleinzitates eine absolute Obergrenze, die jedoch ebenfalls

<sup>394</sup> Zu weiteren Beispielen siehe *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 489; *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 13.

<sup>395</sup> Zur Erweiterung des Kleinzitates (§ 51 Nr. 2 UrhG) auf alle Werkarten siehe unten S. 102 f.

<sup>396</sup> *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 14.

<sup>397</sup> *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 47.

<sup>398</sup> *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 314.

<sup>399</sup> *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 14; *Fromm/Nordemann/Vinck*, § 51 Rz. 7; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 44; AG Köln ZUM 2003, 77, 78 – *TV Total*.

<sup>400</sup> Diese Einschränkung wurde durch die Rechtsprechung im Rahmen des „großen Kleinzitates“ mittlerweile aufgegeben, siehe dazu unten S. 102 f.

<sup>401</sup> *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 44.

nicht statisch festgelegt wird<sup>402</sup>. Bei der Bestimmung im Einzelfall spielt nicht nur der mit dem Zitat verfolgte Zweck, sondern insbesondere auch die Eigenart des zitierten Werkes eine entscheidende Rolle. So sind etwa Zitate aus kleineren Werken (z.B. aus einem dreistrophigen Kinderlied) nur dann sinnvoll möglich, wenn der Nutzer einen – relativ betrachtet – größeren Teil des Werkes (z.B. eine Strophe) übernehmen darf<sup>403</sup>. Gleiches gilt, wenn die vom Urheber verwendete Wortwahl und die dadurch begründete Eigenart des zitierten Werkes die Übernahme längerer Passagen notwendig erscheinen lassen<sup>404</sup>.

Beispiele für Kleinzitate finden sich häufig in wissenschaftlichen Werken, sofern dort wörtliche Passagen anderer Autoren und nicht nur deren (nicht urheberrechtsschutzfähige) wissenschaftliche Theorien übernommen werden. Denkbar sind darüber hinaus auch der Abdruck einzelner Verse eines Gedichtes in einer Abhandlung oder der Abdruck von Auszügen aus einer Komposition in einer Kritik<sup>405</sup>.

### 3. Musikzitat (§ 51 Nr. 3 UrhG a.F.)

Als dritte Kategorie sieht § 51 Nr. 3 UrhG schließlich das Musikzitat vor. Sowohl das zitierende als auch das zitierte Werk müssen bei dieser Form des Zitates den Musikwerken (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG) angehören. Das zitierte Werk muss zudem – wie bei § 51 Nr. 1 UrhG – erschienen (§ 6 Abs. 2 UrhG) sein<sup>406</sup>. Besondere Bedeutung im Rahmen des Musikzitates erlangt das Merkmal der Selbständigkeit des zitierenden Werkes. Selbständigkeit ist dabei etwa dann zu bejahen, wenn ein Komponist eine fremde Tonfolge lediglich „anklingen“ lässt, nicht aber, wenn die fremde Tonfolge – etwa bei Variationen – die Grundlage des zitierenden Werkes bildet<sup>407</sup>. Dem Schöpfer des zitierenden Werkes bleibt in diesen Fällen auch die Flucht in die freie Benutzung (§ 24 I UrhG) versperrt. Selbst wenn das

---

<sup>402</sup> Die Rechtsprechung illustriert dies mit der beständig wiederholten Formulierung, bei der Bestimmung des zulässigen Umfanges sei kein arithmetischer Maßstab anzulegen; BGHZ 28, 238, 242 – *Verkehrskinderlied*; BGH GRUR 1986, 59, 60 – *Geistchristentum*; zustimmend Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 44; etwas enger Fromm/Nordemann/Vinck, § 51 Rz. 7.

<sup>403</sup> BGHZ 28, 238, 242 f. – *Verkehrskinderlied*.

<sup>404</sup> BGH GRUR 1986 59, 60 f. – *Geistchristentum*.

<sup>405</sup> Mit diesen Beispielen *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 491.

<sup>406</sup> Ausführlich zu den Voraussetzungen des Musikzitates *Hertin*, GRUR 1989, 159.

<sup>407</sup> Vgl. *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 315; Schrickler/Schricker, § 51 Rz. 49; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 493; von offenbar niedrigeren Voraussetzungen ausgehend *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 51 Rz. 50, wonach das zitierende Werk auch eine Bearbeitung i.S.d. § 3 UrhG sein kann.

verwendete Werk angesichts der Eigenart des neuen Werkes „verblasst“<sup>408</sup> und somit die Voraussetzungen des § 24 I UrhG vorlägen, verhindert der „starre Melodieschutz“ des § 24 II UrhG eine Anwendung der freien Benutzung, falls die Melodie des benutzten Werkes erkennbar dem anderen Werk zugrunde gelegt wurde<sup>409</sup>.

Nicht zuletzt aufgrund der Anforderungen an die Selbständigkeit des zitierenden Werkes und des „starrten Melodieschutzes“ nach § 24 II UrhG ist die praktische Bedeutung des Musikzitates gering. Als eines der rar gesäten Beispiele wird in diesem Zusammenhang häufig die Wiedergabe des Walhall-Motivs von Richard Wagner in der Oper „Feuersnot“ von Richard Strauß (1901) genannt<sup>410</sup>. Denkbar sind Musikzitate daneben zur Erinnerung an einen Komponisten oder zur Herstellung bestimmter Assoziationen<sup>411</sup>.

#### VI. Vergleichende Analyse: Kriterien für die Zulässigkeit von Zitaten nach § 51 UrhG a.F. und Vergleich mit der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin

Ein Vergleich der Kriterien für die Zulässigkeit einer Nutzung unter der Zitierfreiheit nach § 51 UrhG mit der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin zeigt einige Gemeinsamkeiten aber auch deutliche Unterschiede. Beiden Rechtsinstituten ist unter anderem gemeinsam, dass sie Nutzungshandlungen bevorzugen, die das benutzte Werk nicht um seiner selbst willen wiedergeben, sondern es in einen neuen Zusammenhang stellen. Die Fair Use-Doktrin tut dies durch die ausdrückliche Erwähnung von „criticism, comment, news reporting, teaching [...], scholarship, or research“ in der Präambel zu 17 U.S.C. § 107 und durch die explizite Betonung des *transfor-*

<sup>408</sup> Zu der von *Eugen Ulmer* entwickelten und zu ständiger Rechtsprechung gewordenen Formel, nach der eine freie Benutzung vorliegt, wenn die entlehnten schutzfähigen Züge des älteren Werkes angesichts der Eigenart des neuen Werkes „verblasen“ siehe *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 275; BGH GRUR 1994, 191, 193 – *Asterix Persiflagen*; BGH ZUM 1999, 644 647 f. – *Laras Tochter*; BGH GRUR 2003, 256, 258 – *Gies-Adler*.

<sup>409</sup> Begründet wird diese umstrittene und im Gesetzesentwurf ursprünglich nicht vorgesehene (vgl. dazu Begr. RegE BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff, UFITA 45 [1965], 240, 266 f.) Vorschrift mit der tragenden Funktion der Melodie insbesondere bei Werken der U-Musik: derartige Werke seien einer größeren Ausbeutungsgefahr ausgesetzt und benötigten daher größeren Schutz; zustimmend *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 388; kritisch zur unterschiedslosen Anwendung von § 24 Abs. 2 UrhG auch auf Fälle der E-Musik *Schricker/Loewenheim*, § 24 Rz. 27; *Fromm/Nordemann/Vinck*, § 24 Rz. 13; die Vorschrift „in ihrer absoluten Starrheit im Lichte der Kunstfreiheitsgarantie für schlicht verfassungswidrig“ haltend *Schmieder* UFITA 93 (1982), 63, 69.

<sup>410</sup> *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 315; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 50.

<sup>411</sup> *Wandtke/Bullinger/Lüft*, § 51 Rz. 18; vgl. auch *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 51 Rz. 54; ausführlich und mit weiteren Beispielen *Hertin*, GRUR 1989, 159, 163.

*motive use* in der Rechtsprechung. Der Zitierfreiheit liegt entsprechend die Förderung der geistigen Auseinandersetzung zugrunde. Daraus folgt auch, dass sowohl die Zitierfreiheit als auch die Fair Use-Doktrin eine Privilegierung bestimmter Nutzungszwecke, beispielsweise wissenschaftlicher Nutzungen, vorsehen. Im deutschen Recht äußert sich dies darin, dass (Groß-) Zitaten (§ 51 Nr. 1 UrhG) umfangreichere Übernahmen zugestanden werden als anderen – nichtwissenschaftlichen – Zitaten. Das US-amerikanische Recht bevorzugt entsprechende Nutzungshandlungen nicht nur durch die Erwähnung in der Präambel und die Privilegierung von *transformative use*, sondern auch dadurch, dass eine fehlende Gewinnerzielungsabsicht (wie bei den meisten wissenschaftlichen Nutzungen) für den Fair Use-Einwand spricht.

Eine weitere Gemeinsamkeit der Rechtsinstitute besteht darin, dass der Umfang der Übernahme bei der Untersuchung der Zulässigkeit einer Nutzungshandlung eine Rolle spielt. Die Fair Use-Doktrin berücksichtigt dies im Rahmen des dritten Faktors, der ausdrücklich auf den „amount [...] of the use“ abstellt. Der zulässige Umfang der Übernahme variiert dabei unter anderem im Hinblick auf den mit der Benutzung verfolgten Zweck. Ganz ähnlich lässt auch das deutsche Recht Zitate nur „in einem durch den Zweck gebotenen“ Umfang zu und schränkt die Zitierfreiheit im Rahmen des Kleinzitates auf „Stellen eines Werkes“ ein. Unter anderem aufgrund dieser Ähnlichkeiten kann davon ausgegangen werden, dass viele Anwendungsfälle der Zitierfreiheit im US-amerikanischen Recht als Fair Use angesehen würden.

Neben diesen Gemeinsamkeiten bestehen zwischen den Rechtsinstituten jedoch auch tiefgreifende strukturelle Unterschiede. Dies beginnt bereits damit, dass die Zitierfreiheit wesentlich stärker auf die Nutzungshandlung selbst abstellt. So kommt der Einordnung der in Frage stehenden Nutzung in eine der sog. Zitatkategorien eine entscheidende Bedeutung zu. Kann beispielsweise das zitierende Werk im Rahmen des § 51 Nr. 1 UrhG als „selbständiges wissenschaftliches Werk“ eingeordnet werden, so führt dies dazu, dass die Übernahme gesamter „einzelne[r] Werke [...] zur Erläuterung des Inhalts“ von der Zitierfreiheit gedeckt ist. Im US-amerikanischen Recht bringt die Qualifizierung als wissenschaftliches Werk zwar auch eine Privilegierung mit sich, dennoch müssen aber nach wie vor alle Fair Use-Faktoren geprüft werden. Ob danach die Übernahme gesamter Werke zulässig ist, kann nie mit Sicherheit vorhergesagt werden.

Etwas verallgemeinernd kann als weiterer Unterschied festgestellt werden, dass die Fair Use-Doktrin wesentlich stärker die Folgen der Handlung in die Analyse miteinbezieht als dies unter der deutschen Zitierfreiheit der Fall ist. Viele Leitaspekte der US-amerikanischen Schrankengeneralklausel können aus dem Blickwinkel dieser Folgenorientierung betrachtet werden.

Die Privilegierung des *transformative use* folgt aus der Erwägung der mit der Benutzung verbundenen positiven gesellschaftlichen Folgen und den infolge der Transformativität gerade nicht zu erwartenden negativen Auswirkungen für den Urheberrechtsinhaber. Ähnliches gilt im Rahmen des dritten Faktors, der kürzere Übernahmen mit dem Argument bevorzugt, dies habe weniger Folgen für die Verwertung des Originalwerkes. Ausdrücklich stellt schließlich der vierte Faktor auf den „effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work“ ab. Die Fair Use-Doktrin erscheint damit als ein *Regulierungsinstrument*, mit dem gezielt bestimmte Folgen herbeigeführt und andere vermieden werden sollen. Im Vergleich dazu ignoriert die Zitierfreiheit des Urheberrechtsgesetzes weitgehend die durch die Benutzung verursachten Auswirkungen. Während im Leitmotiv der Zitierfreiheit noch Erwägungen zur gesellschaftlichen Wirkung von Zitaten (Förderung der geistigen Auseinandersetzung) auftauchen, spielt dies in der Rechtsanwendung praktisch kaum eine Rolle. Zwar können negative wirtschaftliche Folgen der Benutzung unter dem Stichwort der *Substitutionskonkurrenz* berücksichtigt werden, dies jedoch nur als „ungeschriebenes Korrektiv“.

### *C. Handhabung der Schranken des Urheberrechtsgesetzes: Auslegungsgrundsätze und -tendenzen*

#### *I. Behandlung der Schranken durch die Rechtsprechung*

##### *1. Ausgangspunkt: Traditionell enge Auslegung und Analogieverbot*

Die deutsche Rechtsprechung geht traditionell von dem Grundsatz aus, die urheberrechtlichen Schranken seien eng auszulegen und nicht analogiefähig<sup>412</sup>. Diese in Bezug auf alle Schrankenvorschriften vorgenommene restriktive Handhabung wird vor allem in älteren Entscheidungen mit dem formalen Hinweis auf die normtextliche Ausgestaltung und die systematische Stellung der Normen begründet. Die urheberrechtlichen Schranken seien eine Abweichung von der als Regelfall zu verstehenden umfassenden Rechtsgewährung. Bereits aus dieser Stellung der Urheberrechtsschranken als Ausnahmenvorschriften ergebe sich eine generelle Pflicht zur engen Auslegung<sup>413</sup>. In jüngeren Urteilen weist die Rechtsprechung zudem darauf

---

<sup>412</sup> St. Rspr. BGHZ 50, 147, 152 – *Kandinsky I*; BGH GRUR 1985, 874, 876 – *Schulfunksendung*; BGH GRUR 1992, 386, 387 – *Altenwohnheim II*; BGHZ 134, 250, 263 f. – *CB Infobank I*; BGH GRUR 2002, 605, 605 f. – *Verhüllter Reichstag*; BGH GRUR 2001, 51, 52 – *Parfumflakon*; noch zu KUG und LUG RGZ 128, 102, 113 – *Schlagerliedbuch*.

<sup>413</sup> RGZ 128, 102, 113 – *Schlagerliedbuch*; BGH GRUR 1985, 874, 875 – *Schulfunksendung*; BGHZ 134, 250, 264 – *CB Infobank I*; etwas weniger deutlich BGH GRUR 1992, 386, 387 – *Altenwohnheim II*; zustimmend *Loewenheim*, GRUR 1996, 636, 641; v.

hin, dass es Aufgabe des Urheberrechtsgesetzes sei, den Urheber an der Nutzung seines Werkes möglichst zu beteiligen. Die (auch verfassungsrechtlich geschützte) Stellung des Urhebers dürfe daher durch eine zu starke Ausdehnung der urheberrechtlichen Schranken nicht übermäßig beeinträchtigt werden<sup>414</sup>.

Als weiteres Argument für eine enge Auslegung findet sich der Hinweis auf den auch im deutschen Recht zu beachtenden Dreistufentest. Nach diesem aus der revidierten Berner Übereinkunft (Art. 9 Abs. 2 RBÜ) stammenden und mittlerweile unter anderem in das TRIPS-Abkommen (Art. 13) und die Richtlinie 2001/29/EG zum Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft (Art. 5 Abs. 5) übernommenen Grundsatz dürfen die beteiligten Staaten urheberrechtliche Schranken nur „in gewissen/bestimmten Sonderfällen“ einführen, wenn gleichzeitig sichergestellt ist, dass die Verwertungshandlung „weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers/Rechtsinhabers unzumutbar verletzt“<sup>415</sup>. Die Rechtsprechung leitet aus diesen internationalen Vorgaben eine Pflicht zur engen Auslegung der nationalen Urheberrechtsschranken ab<sup>416</sup>.

Als dritter – wenn auch seit der Entscheidung zum *elektronischen Pressespiegel*<sup>417</sup> in seiner Bedeutung gesunkener – Begründungsansatz wurde von der Rechtsprechung bei der Interpretation technologiespezifischer Begriffe nicht selten auf die historische Situation des Gesetzgebers verwiesen. Dieser habe bei der Ausgestaltung des Schranken kataloges die Gegebenheiten und Technologien der 60er-Jahre vor Augen gehabt, was bei der Auslegung der Urheberrechtsschranken zu berücksichtigen sei<sup>418</sup>. Eine fle-

*Gamm*, § 45 Rz. 4; einschränkend BGH GRUR 2001, 51, 52 – *Parfumflakon*; BGH GRUR 2002, 963, 966 – *elektronischer Pressespiegel*:

<sup>414</sup> Vgl. BGH GRUR 2002, 963, 966 – *elektronischer Pressespiegel* unter Verweis auf BGH GRUR 2002, 605, 606 – *verhüllter Reichstag*; BGH GRUR 1992, 386, 387 – *Altenwohnheim II*; siehe auch BGHZ 17, 266, 282 – *Grundig Reporter*; BGH ZUM 2005, 651, 652 – *WirtschaftsWoche*.

<sup>415</sup> Ausführlich zum Dreistufentest und insbesondere zur Vereinbarkeit einer Schrankengeneralklausel mit dessen erster Stufe unten S. 188 ff.

<sup>416</sup> Vgl. BGHZ 134, 250, 263 – *CB Infobank I*; mit Bezug auf Art. 11 RBÜ BGHZ 58, 262, 265 – *Landesversicherungsanstalt*.

<sup>417</sup> Siehe dazu sogleich S. 104 ff.

<sup>418</sup> BGHZ 17, 266, 282 – *Grundig-Reporter*; BGHZ 134, 250, 263 f. – *CB Infobank I*; OLG Hamburg AfP 2000, 299, 301 f.; *Loewenheim*, GRUR 1996, 636, 641; bis zur zweiten Auflage zustimmend Schrickler/*Melichar*, Vor §§ 45 ff. Rz. 15; in Bezug auf § 49 Abs. 1 UrhG *Lehmann/Katzenberger*, *Elektronische Pressespiegel*, S. 34; nach der Entscheidung zum *elektronischen Pressespiegel* wurde die an der historischen Situation des Gesetzgebers anknüpfende Auslegung wieder aufgegriffen von OLG Dresden, NJOZ 2007, 1564, 1567 f. – *Online Videorecorder*.

xible Anwendung der Schranken auf neu entwickelte (vor allem digitale) Technologien sei den Gerichten daher verwehrt.

## 2. Durchbrechungen der traditionellen Auslegung in der Rechtsprechung am Beispiel der §§ 51, 49 UrhG

Der eben geschilderte und von der Rechtsprechung nach wie vor artikulierte Grundsatz, Urheberrechtsschranken seien eng auszulegen, ist im Laufe der Zeit mehrfach durchbrochen worden. Am Beispiel der Zitierfreiheit ist hier auf die Anwendung des Kleinzitates auf alle Werkarten (a), die Zitierung ganzer Werke als Kleinzitat (b) und die *Germania* 3-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hinzuweisen (c). Eine weitere in jüngerer Zeit erfolgte Ausdehnung der Urheberrechtsschranken enthält die zu § 49 UrhG ergangene Entscheidung *elektronischer Pressespiegel* (d).

### a) Anwendung des Kleinzitates auf Filmwerke und andere Werkarten

Nach dem Wortlaut von § 51 Nr. 2 UrhG findet das Kleinzitat lediglich auf Sprachwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG) Anwendung, so dass – den Normtext der Vorschrift in ihrer bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung<sup>419</sup> ernst genommen – das zitierende Werk nicht aus jeder beliebigen Werkkategorie stammen darf. Diese Einschränkung des Kleinzitates wurde bereits in den ersten Jahren nach Erlass des Urheberrechtsgesetzes von Teilen der Rechtswissenschaft als unbefriedigend empfunden und eine Anwendung der Vorschrift insbesondere auf Filmwerke diskutiert<sup>420</sup>. Zur Begründung einer flexibleren Handhabung wurden im Wesentlichen zwei Lösungen vorgeschlagen: Zum Teil wurde versucht, die Problematik schrankenintern durch eine unmittelbare Anwendung von § 51 Nr. 2 UrhG auf das in jedem Filmwerk enthaltene Sprachwerk zu umgehen<sup>421</sup>. Dagegen befürwortete *Eugen Ulmer* schon früh eine analoge Anwendung der Vorschrift und begründete dies mit dem Argument, der Gesetzgeber habe bei der Neufassung der Zitierfreiheit übersehen, dass die nach alter Rechtslage erwähnten „selbständigen literarischen Arbeiten“<sup>422</sup> auch Filmwerke umfassten. Da § 51 Nr. 2 UrhG im Vergleich zum KUG keine engere Regelung darstellen

<sup>419</sup> Zur Flexibilisierung der Zitierfreiheit im Rahmen des „zweiten Korbes“ der Urheberrechtsreform siehe unten S. 217 f.

<sup>420</sup> *Ulmer*, GRUR 1972, 323; *Haesner*, GRUR 1986, 854, 855 ff.; ablehnend dagegen v. *Gamm*, § 51 Rz. 12.

<sup>421</sup> Bis heute *Fromm/Nordemann/Vinck*, § 51 Rz. 7; zustimmend LG München FuR 1984, 475, 476.

<sup>422</sup> Vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 1 LUG.

sollte, liege eine unbeabsichtigte Regelungslücke vor, die durch Analogie geschlossen werden könne<sup>423</sup>.

In einem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1987 bejahte der Bundesgerichtshof schließlich die Anwendbarkeit von § 51 Nr. 2 UrhG auf Filmzitate. Die Grundregel der engen Auslegung bestätigend, stellte das Gericht klar, dass es sich bei Filmen um eigenständige Werke ohne Sprachwerkbestandteile handele und § 51 Nr. 2 UrhG damit nicht unmittelbar anwendbar sei. Die Zitierfreiheit könne aber – so der Bundesgerichtshof – ausnahmsweise und im Wesentlichen aus den von *Ulmer* vorgetragenen Gründen analog auf Filmwerke angewendet werden. Das Gericht wies dabei ausdrücklich darauf hin, dass die Ausweitung des Kleinzitates auf Filmwerke auch dem Grundgedanken der Zitierfreiheit – Förderung des kulturellen Lebens – entspreche und nicht zuletzt deshalb sachgerecht sei, weil kreatives Werkschaffen traditionell die Verwendung vorbestehender Werke erfordere<sup>424</sup>.

Die Zulässigkeit des Filmzitates ist von der Rechtsprechung vielfach bestätigt worden<sup>425</sup> und hat in der Rechtswissenschaft weitestgehend positive Resonanz gefunden<sup>426</sup>. In der Literatur wird dabei auch die verfassungsrechtliche Dimension der Zulässigkeit von Filmzitataten hervorgehoben. So sei es vor dem Hintergrund der in Zitatfällen widerstreitenden Interessen und bei Berücksichtigung der Kommunikationsgrundrechte des Nutzers nicht gerechtfertigt, das Kleinzitat a priori auf bestimmte Kommunikationsformen zu beschränken<sup>427</sup>. Verallgemeinernd wird aus diesen Erwägungen zum Teil geschlossen, das Kleinzitat könne nicht nur auf Filmwerke, sondern auf alle Werkkategorien – mit Ausnahme des in § 51 Nr. 3 UrhG gesondert geregelten Musikzitates – angewendet werden<sup>428</sup>.

---

<sup>423</sup> *Ulmer*, GRUR 1972, 323, 325 f. unter Hinweis auf die amtl. Begründung (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 283.

<sup>424</sup> BGH GRUR 1987, 362, 363 – *Filmzitat*.

<sup>425</sup> Siehe nur OLG Hamburg ZUM 1993, 35, 36; OLG Köln GRUR 1994, 47 – *Film-ausschnitt*; LG Hamburg AfP 1997, 942, 943; LG Frankfurt a.M. ZUM 2004, 394, 396 f. – *TV Total*; OLG Frankfurt a.M. ZUM 2005, 477, 481 – *TV Total*.

<sup>426</sup> *Brauns*, Entlehnungsfreiheit, S. 153 ff.; *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 51 Rz. 37; *Götting*, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 31 Rz. 144; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 491; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 41; *Schulz*, ZUM 1998, 221, 225 f.; *Wandtke/Bullinger/Lüft*, § 51 Rz. 15; rechtsvergleichend *Vinck*, FS Schwarz, S. 107 ff.

<sup>427</sup> *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 41; vgl. auch *Schulz*, ZUM 1998, 221, 226; auch von der Rechtsprechung wird zum Teil ein Grundrechtsbezug hergestellt, vgl. LG Frankfurt a.M. ZUM 394, 396 – *TV Total*.

<sup>428</sup> *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 41; *Möhring/Nicolini/Waldenberger*, § 51 Rz. 21; ausführlich *Brauns*, Entlehnungsfreiheit, S. 99 ff.; die Anwendung auf Multimediawerke befürwortend *Götting*, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 41 Rz. 144.

## b) Zitierung ganzer Werke als Kleinzitat

Ein weiteres Problem bei der wortlautorientierten Anwendung des Kleinzitates stellt die Begrenzung von § 51 Nr. 2 UrhG auf „Stellen eines Werkes“ dar. Es sind durchaus Situationen denkbar, in denen – ohne dass die Voraussetzungen für ein wissenschaftliches Großzitat vorliegen – die Übernahme des gesamten Werkes notwendig erscheint. Ein solches Bedürfnis für eine flexible Handhabung der Zitierfreiheit besteht vor allem bei „Bildzitat“en, also der Wiedergabe von Werken der bildenden Kunst, Lichtbildwerken, Lichtbildern sowie technischen und wissenschaftlichen Darstellungen<sup>429</sup>. In diesen Fällen ist ein sinnvolles Zitieren oft nur dann möglich, wenn das gesamte Werk und nicht nur ein Ausschnitt desselben wiedergegeben werden kann.

Das praktische Bedürfnis nach einer Ausweitung der Zitierfreiheit in diesen Fällen erkennt auch die Rechtsprechung an und lässt – freilich unter der Voraussetzung, dass das Zitat tatsächlich geboten ist und nicht lediglich der Illustration dient – im Einzelfall die vollständige Übernahme eines Werkes als Kleinzitat zu<sup>430</sup>. Das Kleinzitat wird damit seinem Umfang nach in die Nähe des § 51 Nr. 1 UrhG gerückt und mutiert zum „großen Kleinzitat“ oder „kleinen Großzitat“<sup>431</sup>. Als Begründung für die weite Anwendung der Zitierfreiheit wird pragmatisch darauf verwiesen, dass die Zitierfreiheit ohne eine Ausdehnung in diesen Fällen schlicht leerliefe<sup>432</sup>. Darüber hinaus wird auf die verfassungsrechtliche Dimension der Nutzung eingegangen und die Kunstfreiheit des Nutzers argumentativ ins Feld geführt<sup>433</sup>.

## c) Germania 3

Lange Zeit galt im deutschen Recht für alle Zitatkategorien ausnahmslos der Grundsatz, dass Übernahmen im Rahmen des § 51 UrhG nur zulässig

<sup>429</sup> Zum Begriff des „Bildzitates“ siehe *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 24; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 45.

<sup>430</sup> KG UFITA 54 (1969), 296 – *Extra-Dienst*; OLG Hamburg GRUR 1993, 666, 666 – *Altersfoto*; LG Berlin GRUR 2000, 797, 797 – *Screenshots*; *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 24; *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 51 Rz. 43; *Götting*, in: Loewenheim (Hg.), *Handbuch des Urheberrechts*, § 31 Rz. 148 f.; *Maaßen*, ZUM 2003, 830, 836; *Rehbinder*, *Urheberrecht*, Rz. 492; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 45; vgl. auch *Ulmer*, GRUR 1972, 323, 328.

<sup>431</sup> Zu diesem Begriff *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 24; *Fromm/Nordemann/Vinck*, § 51 Rz. 9; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 45; OLG Hamburg GRUR 1990, 36, 37 – *Fotoentnahme*.

<sup>432</sup> Beispielhaft *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 45, der „Bildzitate“ unter Hinweis auf die „Natur der Sache“ als geboten ansieht.

<sup>433</sup> *Dreier/Schulze*, § 51 Rz. 24; ebenfalls eine verfassungskonforme Auslegung von § 51 Nr. 2 UrhG befürwortend bereits KG UFITA 54 (1969), 296, 300 – *Extra-Dienst*.

seien, wenn ihnen eine *Belegfunktion* zukommt, wenn also das verwendete Werkmaterial als Beleg für eigene Ausführungen des zitierenden Autors dient<sup>434</sup>. Ob und unter welchen Voraussetzungen auch darüber hinaus (Klein-) Zitate möglich sind, hatte die Rechtsprechung am Beispiel von *Heiner Müllers* Theaterstück „Germania 3 – Gespenster am toten Mann“ zu entscheiden. Dieses posthum im Jahr 1996 veröffentlichte Werk setzt sich mit der gesellschaftspolitischen Situation zwischen 1941 und 1956 auseinander und enthält eine als „Maßnahme 1956“ betitelte Szene im Umfang von 18 Textseiten. Müller beschreibt in dieser Szene eine Probe am Berliner Ensemble zu *Bertolt Brechts* letzter Inszenierung („Coriolan“). Die Szene enthält einen Dialog zwischen den beiden Brecht-Assistenten Peter Palitsch und Manfred Wekwerth, in den collagenhaft Stellen aus *Brechts* „Leben des Galilei“ („Parabel des kleinen Mönchs“ im Umfang von etwa zwei Textseiten) und „Coriolan“ (insgesamt ebenfalls etwa zwei Textseiten) eingebettet sind<sup>435</sup>. *Heiner Müller* bezeichnete diese von ihm auch in anderen Werken eingesetzte Technik<sup>436</sup> als „Zwischentexte“, die den Gesprächsfluss der handelnden Personen unterbrechen und dadurch Dialoge und Handlungsstrang verfremden<sup>437</sup>.

*Bertolt Brechts* Erben wehrten sich – zunächst erfolglos im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes<sup>438</sup> – gegen den nicht genehmigten Abdruck der Passagen. Im Hauptsacheverfahren entschied das OLG München schließlich zugunsten der Brecht-Erben und untersagte die weitere Vervielfältigung und Verbreitung des Theaterstückes<sup>439</sup>. Zur Begründung führte das Gericht aus, die Brecht-Zitate seien keine „Belegstellen“ und könnten daher nicht als Kleinzitat angesehen werden. *Heiner Müller* verwende die Stellen nicht zur Auseinandersetzung mit fremden Gedanken und belege damit nicht seine eigenen Ausführungen. Stattdessen – so das Gericht – wolle *Müller* durch die Zitate eigene Ausführungen ersetzen. Eine „innere Verbindung“ zwischen zitiertem und zitierendem Werk könne daher nicht festgestellt werden, womit die Zitierfreiheit nicht eingreife.

---

<sup>434</sup> BGHZ 50, 147, 155 – *Kandinsky I*; ausführlich zum Zitatzweck oben S. 88 f.

<sup>435</sup> Zusammenfassung der Szene bei *Raue*, FS Nordemann, S. 332 f.; *Seifert*, FS Erdmann, S. 197 ff.; *Garloff*, GRUR 2001, 476, 476.

<sup>436</sup> Die in früheren Werken als „Zwischentexte“ eingeschobenen Passagen stammten jedoch von Müller selbst, *Metzger*, ZUM 2000, 924, 925.

<sup>437</sup> Zur Technik Heiner Müllers siehe auch *Hauschild*, Heiner Müller, S. 94; *Metzger*, ZUM 2000, 924, 924 f.

<sup>438</sup> OLG Brandenburg, NJW 1997, 1162 – *Stimme Brecht*.

<sup>439</sup> OLG München ZUM 1998, 417; die Entscheidung der Vorinstanz (LG München) enthält einen nahezu vollständigen Abdruck des Urteils des OLG Brandenburg und stellt damit „vielleicht das größte Kleinzitat in der Zitatgeschichte“ (*Raue*, FS Nordemann, S. 334) dar.

Im Anschluss an dieses Urteil wandten sich die Rechtsinhaber an *Müllers* Theaterstück mit einer Verfassungsbeschwerde an das Bundesverfassungsgericht<sup>440</sup>. Das Gericht entschied zugunsten der Antragsteller und begründete dies damit, das OLG München habe in seiner Entscheidung die Bedeutung und Tragweite der Kunstfreiheit grundlegend verkannt. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG erfordere eine „kunstspezifische Betrachtung“ von *Müllers* Zitaten, die nicht beim bloßen Hinweis auf die fehlende „innere Verbindung“ zwischen zitiertem und zitierendem Werk und die „Belegfunktion“ des Zitates stehen bleiben dürfe<sup>441</sup>. Stattdessen sei aus verfassungsrechtlicher Sicht zu berücksichtigen, dass die Verbindung von fremden und eigenen Texten ein durchgängiges und charakteristisches Stilmittel in *Heiner Müllers* Werk darstelle. Da die fremden Textstellen sich funktional in das eigene künstlerische Werk des Autors einfügten, müssten Zitate auch über die reine Belegfunktion hinaus aus verfassungsrechtlichen Gründen zulässig sein<sup>442</sup>. Das Nutzungsinteresse des Künstlers ginge im zu beurteilenden Fall auch deshalb dem Verwertungsinteresse des Urheberrechtlinhabers vor, weil die Verwendung der Zitate nur geringe wirtschaftliche Nachteile erwarten lasse<sup>443</sup>.

#### d) Elektronischer Pressespiegel

Im Jahr 2002 hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden, ob die Privilegierung des § 49 Abs. 1 UrhG auch elektronische Pressespiegel umfasst<sup>444</sup>. Im konkreten Verfahren standen sich eine Verwertungsgesellschaft (VG Wort) und ein großer Zeitungsverlag gegenüber. Die beklagte VG Wort hatte mit einer Investmentbank einen Vergütungsvertrag (§ 49 Abs. 1 S. 2, 3 UrhG) über die Erstellung eines Pressespiegels in elektronischer Form geschlossen, bei dem einzelne Zeitungsartikel digitalisiert als Faksimile zur Verfügung gestellt wurden. Der klagende Zeitungsverlag verlangte Unterlassung und argumentierte, die Verwertungsgesellschaft sei nicht berechtigt, Vergütungsansprüche i.S.d. § 49 Abs. 1 S. 2, 3 UrhG geltend zu machen, da § 49 Abs. 1 UrhG den in Rede stehenden elektronischen Pressespiegel nicht erfasse. Die Vorinstanzen (LG Hamburg und OLG Ham-

<sup>440</sup> Obwohl der Sachverhalt von zwei Oberlandesgerichten (Brandenburg im vorläufigen Rechtsschutz, München im Hauptsacheverfahren) unterschiedlich beurteilt wurde, ließ das OLG München die Revision zum Bundesgerichtshof nicht zu; kritisch dazu *Raue*, FS Nordemann, S. 334.

<sup>441</sup> BVerfG GRUR 2001, 149, 150 – *Germania* 3.

<sup>442</sup> BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania* 3.

<sup>443</sup> BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania* 3.

<sup>444</sup> BGH GRUR 2002, 963 – *elektronischer Pressespiegel*; zu der Entscheidung siehe auch *Czychowsky*, NJW 2003, 118; *Dreier*, JZ 2003, 477; *Hoeren*, GRUR 2002, 1022; *Niemann*, CR 2002, 817; *ders.*, CR 2003, 119; *Rogge*, Elektronische Pressespiegel, S. 207 ff.; *Vogtmeier*, elektronischer Pressespiegel, S. 145 ff.; *dies.*, MMR 2004, 658.

burg) gaben dem Kläger Recht und begründeten dies mit der Erwägung, die Urheberrechtsschranken seien restriktiv auszulegen. Zwar könnten Begriffe (hier: „Zeitungen“ und „Informationsblätter“) mit der Zeit „veralten“, der Grundsatz der engen Auslegung gebiete allerdings, dennoch an den technischen Gegebenheiten bei Verabschiedung des Gesetzes und damit an der Papierform des Pressespiegels festzuhalten<sup>445</sup>.

Die Auffassung der Instanzgerichte als rechtsfehlerhaft ansehend, ging der Bundesgerichtshof davon aus, dass sowohl der herkömmliche<sup>446</sup> als im Einzelfall auch der elektronische Pressespiegel von der Privilegierung des § 49 Abs. 1 UrhG erfasst seien. Das Gericht bekannte sich in seiner Entscheidung zunächst klar zum Grundsatz der engen Auslegung von Schrankenbestimmungen und begründete dies mit dem Hinweis auf die Aufgabe des Urheberrechts, den Urheber an der Nutzung seines Werkes angemessen zu beteiligen. Gleichzeitig wies der Bundesgerichtshof jedoch auf die verfassungsrechtliche Position der Nutzer hin, deren Interessen im Wege der Schrankenvorschriften ebenfalls Rechnung getragen werde<sup>447</sup>. Vor diesem Hintergrund sah es das Gericht zwar als im Grunde richtig an, wenn bei der Auslegung von den technischen Gegebenheiten zur Zeit der Einführung der betroffenen Urheberrechtsschranke ausgegangen werde. Dies dürfe aber dann nicht als „starre Grenze“ angesehen werden, wenn – wie im zu beurteilenden Fall – eine neue Verwertungshandlung an die Stelle einer ausdrücklich genannten Nutzung trete. Vor diesem Hintergrund sei auch eine „ausnahmsweise extensive Auslegung einer Schrankenbestimmung“<sup>448</sup> denkbar. Eine solche, auf den Einzelfall abstellende ausnahmsweise erweiternde Auslegung, befinde sich schließlich auch im Einklang mit dem Dreistufentest und der (zum damaligen Zeitpunkt noch nicht umgesetzten)

---

<sup>445</sup> Vgl. LG Hamburg, CR 2000, 355; deutlicher OLG Hamburg CR 2000, 658, 660; siehe dazu auch *Findeisen*, Auslegung, S. 47 ff.; *Dieselhorst*, K&R 2000, 511; mit demselben Ergebnis auch OLG Köln GRUR 2000, 417, 419.

<sup>446</sup> Bereits dies ist mit Blick auf den Wortlaut von § 49 Abs. 1 UrhG nicht eindeutig; so ließe sich argumentieren, dass nur solche Zusammenstellungen als „Informationsblatt“ angesehen werden können, in denen neben dem Abdruck fremder Werke auch eigene Beiträge enthalten sind; nach Ansicht des Bundesgerichtshofes spricht jedoch die Gesetzgebungs- und Novellierungsgeschichte der Norm eindeutig dafür, auch lediglich reproduzierende Pressespiegel als von der Vorschrift erfasst anzusehen; BGH GRUR 2002, 963, 964 f. – *elektronischer Pressespiegel*; so auch *Schricker/Melichar*, § 49 Rz. 12; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 484; *Ekrutt*, GRUR 1975, 358, 361; abweichend *Wild*, AfP 1989, 701, 705; *Lehmann/Katzenberger*, Elektronische Pressespiegel, S. 32 ff.; *Dieselhorst*, K&R 2000, 511, 512.

<sup>447</sup> BGH GRUR 2002, 963, 966 – *elektronischer Pressespiegel* unter Bezugnahme auf BGH GRUR 2002, 605, 606 – *verhüllter Reichstag*.

<sup>448</sup> BGH GRUR 2002, 963, 966 – *elektronischer Pressespiegel*.

Richtlinie 2001/29/EG zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft<sup>449</sup>.

Im konkreten Fall war die erweiternde Auslegung nach Ansicht des Bundesgerichtshofes unter anderem auch deshalb möglich, weil die extensive Interpretation den Verfassern der Zeitungsartikel eher nütze als schade. So entstünde bei extensiver Auslegung ein dem Urheber nach § 49 Abs. 1, S. 2 UrhG zustehender Vergütungsanspruch, während bei restriktiver Handhabung im Regelfall die Zeitungsverlage und nicht die Urheber das Ausschließlichkeitsrecht geltend machen könnten<sup>450</sup>. Außerdem sprach für eine erweiternde Auslegung, dass sich der elektronische Pressespiegel in der konkreten Nutzung nur unwesentlich vom herkömmlichen Pressespiegel unterscheide. Im Gegenzug für die erweiternde Auslegung müsse allerdings sichergestellt sein, dass mit der elektronischen Verwertung „im Wesentlichen keine zusätzlichen, die Belange des Urhebers beeinträchtigenden Nutzungs- und Missbrauchsmöglichkeiten verbunden sind“<sup>451</sup>. Die Ausdehnung des § 49 Abs. 1 UrhG auf elektronische Pressespiegel wurde vom Bundesgerichtshof daher an die Voraussetzung geknüpft, dass es sich um eine Zusammenstellung zum betriebs- oder behördeninternen Gebrauch (sog. „Inhouse-Pressespiegel“) handelt<sup>452</sup>, bei dem lediglich eine Faksimile-Abbildung und keine indizierbare Volltextfassung stattfindet<sup>453</sup>.

---

<sup>449</sup> BGH GRUR 2002, 963, 967 – *elektronischer Pressespiegel*; kritisch und im Ergebnis die Vereinbarkeit der Pressespiegel-Entscheidung mit den europarechtlichen Vorgaben und dem Dreistufentest ablehnend *Berger*, CR 2004, 360; *Katzenberger*, GRUR Int. 2004, 739; *Niemann* CR 2003, 119.

<sup>450</sup> BGH GRUR 2002, 963, 966 – *elektronischer Pressespiegel*; vgl. hierzu auch *Hilty*, GRUR 2005, 819, 819 f.; *Schricker/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rz. 15b; eine vergleichbare Argumentation findet sich auch in der Entscheidung BGH ZUM 2005, 651, 652 – *WirtschaftsWoche*.

<sup>451</sup> BGH GRUR 2002, 963, 966 – *elektronischer Pressespiegel*; zu diesen Einschränkungen siehe auch *Dreier/Schulze*, § 49 Rz. 20.

<sup>452</sup> BGH GRUR 2002, 963, 966 f. – *elektronischer Pressespiegel*; dieses Erfordernis aufgreifend KG GRUR-RR 2004, 228, 230 – *Ausschnittdienst*; OLG Hamburg ZUM-RD 2004, 26, 30.

<sup>453</sup> BGH GRUR 2002, 963, 967 – *elektronischer Pressespiegel*; erfasst sind damit in erster Linie Graphikdateien der Formate .jpeg, .gif, .tif und .bmp; *Dreier/Schulze*, § 49 Rz. 20; denkbar wären zudem sog. „Nur-Lese“-pdf-Dateien, die keine Volltextsuche ermöglichen; in diese Richtung *Waldenberger*, MMR 2002, 742, 743; *Dreier*, JZ 2003, 477, 479; zweifelnd *ders./Schulze*, § 49 Rz. 20; kritisch zu den technischen Vorgaben des Bundesgerichtshofes *Vogtmeier*, *elektronischer Pressespiegel*, S. 167 ff.

## II. Stellungnahme und vergleichende Analyse

### 1. Kritik und Aufrechterhaltung einzelner Argumente gegen eine erweiternde Auslegung von Urheberrechtsschranken

Die von der Rechtsprechung zur Begründung der engen Auslegung vorgebrachten Argumente sehen sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur zum Teil berechtigter Kritik ausgesetzt. Dies betrifft vor allem die in der älteren Rechtsprechung geäußerte formale Grundannahme, Ausnahmen seien stets eng auszulegen. So wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die formale Stellung einer Vorschrift als vermeintliche Ausnahme noch keine bestimmte Auslegungstendenz vorgibt. Stattdessen ist zunächst durch eine neutrale Auslegung der in Frage stehenden Norm zu ermitteln, welches Ziel die Vorschrift verfolgt und ob diese Vorgabe durch erweiternde Auslegung oder Analogieschluss umgangen würde<sup>454</sup>. Kann diese Frage bejaht werden, so liegt nicht nur formal-sprachlich, sondern auch materiell-inhaltlich eine echte Ausnahme vor, bei der im Hinblick auf den mit der Norm verfolgten Zweck auch tatsächlich eine enge Auslegung geboten erscheint<sup>455</sup>. Auch das bis zur *Pressespiegel*-Entscheidung praktizierte traditionelle Festhalten der Rechtsprechung an den technologischen Gegebenheiten bei Erlass des Urheberrechtsgesetzes stößt in der rechtswissenschaftlichen Literatur auf Kritik. Zu Recht wird es in diesem Zusammenhang als überholt angesehen, ausschließlich auf den Zeitpunkt des Gesetzeserlasses abzustellen. Insbesondere wenn neue Nutzungsarten die traditionelle Werkverwertung lediglich ersetzen oder ergänzen, bleibt die ursprüngliche Intention und Zielsetzung des Gesetzgebers gewahrt und es besteht kein Anlass zu einer engen und innovationsfeindlichen Auslegung<sup>456</sup>.

---

<sup>454</sup> Vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 81; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, S. 297 (Fn. 6); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 175 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I Rz. 373 („pseudo-normative Regel“); siehe auch *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rz. 7; *Poeppl*, Neuordnung, S. 43 f.; *Schack*, FS Schrickler, S. 514; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 315; *ders.*, GRUR 1972, 323, 324; zum schweizer Recht *Pahud*, UFITA 2000, 99, 135 f.; im Ansatz dagegen auf den „Aufbau des Gesetzes“ abstellend *Schrickler/Melichar*, Vor §§ 44a Rz. 15; den „Ausnahmecharakter der Vorschriften“ betont auch *Fromm/Nordemann/Nordemann*, Vor § 45, Rz. 3; *Möhring/Nicolini/Nicolini*, § 45 Rz. 2.

<sup>455</sup> Welches materielle Regel-Ausnahme-Verhältnis den Schrankenvorschriften des Urheberrechtsgesetzes unter Berücksichtigung ihrer geistesgeschichtlichen und verfassungsrechtlichen Wurzeln tatsächlich zugrunde liegt, wird im *Teil 2* dieser Arbeit noch eingehend zu untersuchen sein; siehe ausführlich unten S. 181 ff.; dort findet auch eine Auseinandersetzung mit der insbesondere von *Thomas Hoeren* und *Reto M. Hilty* vertretenen Umkehr des traditionellen Regel-Ausnahme-Verhältnisses statt.

<sup>456</sup> *Schrickler/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rz. 15b; vgl. auch *Wandtke/Bullinger/Lüft*, Vor §§ 44a ff. Rz. 2; differenzierend *Schulze*, FS Erdmann, S. 180 der danach fragt, ob

Die übrigen von der Rechtsprechung vorgebrachten Argumente erweisen sich dagegen als stichhaltig. Dies gilt zunächst für die Berücksichtigung der europa- und völkerrechtlichen Vorgaben, insbesondere des Dreistufentests. Zwar mag man die (Über-) Betonung der Interessen des Rechtsinhabers im Dreistufentest als rechtspolitisch verfehlt ansehen<sup>457</sup>, bei der Interpretation der Urheberrechtsschranken führt an der Realität des Dreistufentests und seiner tendenziell restriktiven Haltung allerdings kein Weg vorbei. Ähnliches gilt für die verfassungsrechtlichen Vorgaben und die vom Gesetzgeber in den Urheberrechtsschranken abschließend vorgenommene Interessenabwägung. Auch hier mag man nicht immer mit der vom Gesetzgeber vorgenommenen Abwägung einverstanden sein, ein Hinwegsetzen über den Wortlaut des Urheberrechtsgesetzes rechtfertigt sich dadurch jedoch keinesfalls generell, sondern höchstens in jenen Einzelfällen, in denen sich der Nutzer selbst auf eine grundrechtliche Position berufen kann. Ein Beispiel hierfür ist die in der *Germania 3*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorgenommene verfassungskonforme Auslegung der Zitierfreiheit, die – wie sogleich zu zeigen sein wird – nicht zu einer generellen, sondern nur zu einer partiellen Aufgabe des Grundsatzes der engen Auslegung führt. Trotz der zum Teil berechtigten Kritik halten daher viele Stimmen in der Rechtswissenschaft an der traditionellen Auslegung der Urheberrechtsschranken fest und/oder lassen in Anlehnung an die Rechtsprechung lediglich in Einzelfällen eine erweiternde Auslegung zu<sup>458</sup>.

---

der Gesetzgeber bei Novellierungen neue Nutzungsarten „durch Nicht-Anpassung des Gesetzes bereits mitregeln – privilegieren – oder hierzu noch keine Regelung treffen wollte“; allgemein zum Methodenstreit über die subjektive/entstehungszeitliche versus objektive/geltungszeitliche historische Auslegung *Engisch*, Einführung, S. 110 ff.; *Rüthers*, Rechtstheorie, Rz. 796 ff; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 610 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 137 ff.

<sup>457</sup> Vgl. hier etwa die Kritik von *Hilty*, in: Klippel/Ohly (Hg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 121 f., der feststellt, dass die Interessen der Nutzer im urheberrechtlichen Dreistufentest „merkwürdigerweise gänzlich übergangen“ werden.

<sup>458</sup> Siehe beispielsweise *Fromm/Nordemann/Nordemann*, Vor § 45 Rz. 3; *Götting*, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rz. 4 f.; *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 344; *Möhring/Nicolini/Nicolini*, § 45 Rz. 2; *Obergfell*, KuR 2005, 46, 55; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 86; *Schricker/Melichar*, 2. Aufl. 1999, Vor §§ 45 ff. Rz. 15 f.; etwas weniger streng *Schricker/Melichar*, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 44a ff. Rz. 15 ff.; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 435; gegen den Grundsatz der engen Auslegung sprechen sich dagegen aus *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 819; *Hilty*, GRUR 2005, 819, 823 („Ammenmärchen von der ‚engen Auslegung von Schrankenbestimmungen‘ dürfte mittlerweile als entlarvt angesehen werden“); *Hüsken*, Informationsfreiheit, S. 268 f.; *Kröger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, S. 224; *ders.*, MMR 2002, 18; *Möhring/Nicolini/Hoeren*, § 69d Rz. 2; *Rogge*, Elektronische Pressespiegel, S. 218 f.; zur Auseinandersetzung mit der Umkehrung des traditionellen Regel-Ausnahme-Verhältnisses durch *Hoeren* und *Hilty* siehe ausführlich unten S. 181 ff.

## 2. Verallgemeinerung der verfassungskonformen Auslegung?

Bei der von der Rechtsprechung in Einzelfällen vorgenommenen extensiven Auslegung sticht als Leitmotiv die (verfassungsrechtliche) Position des Nutzers hervor. Ausdrücklich genannt wird dies allerdings nur in den beiden jüngeren Entscheidungen (*Germania 3, elektronischer Pressespiegel*). Die älteren Urteile verweisen als Begründung stattdessen in erster Linie auf die Herstellung von Kohärenz zwischen alter und neuer Rechtslage (*Filmzitat*) oder schlicht auf praktische Bedürfnisse (*großes Kleinzitat*). Dennoch lassen sich auch bei letztgenannten Entscheidungen Ansätze einer verfassungskonformen Auslegung erkennen<sup>459</sup>, etwa durch die Bezugnahme des *Filmzitate*-Urteils auf die Nutzerinteressen und den Grundgedanken der Zitierfreiheit als Instrument zur Förderung des kulturellen Lebens<sup>460</sup>. Die genannten Urteile zeigen folglich einen Einbruch des Verfassungsrechts in das Urheberrecht<sup>461</sup>, der sich zu einem gewissen Grad auch verallgemeinern lässt. So kann – wie ein jüngeres Urteil des LG München I zeigt<sup>462</sup> – die vom Bundesverfassungsgericht in *Germania 3* für künstlerische Zitate vorgenommene Argumentation auch auf andere Bereiche (hier: Wissenschaftsfreiheit) übertragen werden. Es ist daher auch zu erwarten, dass die am Verfassungsrecht orientierte Auslegung der Urheberrechtsschranken in Zukunft noch weiter an Bedeutung gewinnen wird<sup>463</sup>.

Gleichwohl würde es zu weit führen, in den genannten Entscheidungen eine generelle Abkehr vom Grundsatz der engen Auslegung zu erblicken<sup>464</sup>. Aus den bisherigen Urteilen kann nicht auf ein Bekenntnis der Rechtsprechung zu einer „freischwebenden [d.h. nicht an eine konkrete

<sup>459</sup> Sehr deutlich geht dies aus der Entscheidung KG UFITA 54 (1969), 296, 300 – *Extra-Dienst* hervor; das KG ordnete dort die Zitierung kleinerer Werke (Verse, Wahlslogans, etc.) dem „Kernbereich der Meinungsfreiheit“ zu; zum argumentativen Gleichlauf zwischen den früheren Urteilen und einer verfassungskonformen Auslegung vgl. auch *Findeisen*, Auslegung, S. 126 f.

<sup>460</sup> BGH GRUR 1987, 362, 363 – *Filmzitat*.

<sup>461</sup> *Seifert*, FS Erdmann, S. 202 weist darauf hin, dass es sich bei der *Germania 3*-Entscheidung um die erste verfassungsgerichtliche Entscheidung handelt, in der eine durch ein Gericht zuerkannte urheberrechtliche Position vom BVerfG „kassiert“ wurde; zum Einbruch des Verfassungsrechts in das deutsche Urheberrecht vgl. auch *Peukert*, GRUR Int. 2002, 1012, 1020.

<sup>462</sup> LG München I, ZUM 2005, 407, 410 f. (Karl Valentin-Zitate in universitärem Vorlesungsskript über Stochastik); siehe dazu auch die kritische Anmerkung von *Taubner*, ZUM 2005, 411.

<sup>463</sup> *Schack*, FS Schrickler, S. 519; vgl. auch *Metzger*, ZUM 2000, 924, 933.

<sup>464</sup> So aber *Raue*, FS Nordemann, S. 339, der davon ausgeht, die *Germania 3*-Entscheidung sei „eine Absage an das ‚Dogma der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urhebergesetzes‘ [Herv. im Original]“; in diesem Sinne auch v. *Becker*, GRUR Int. 2004, 104, 108; *Hilty*, FS Schrickler, S. 326 f.; *ders.*, GRUR 2005, 819, 823.

Vorschrift gekoppelten] Güterabwägung<sup>465</sup> geschlossen werden. Weder die *Germania 3*-Entscheidung noch das Urteil zu den *elektronischen Pressespiegeln* stellen die vom Gesetzgeber im Wege der Urheberrechtsschranken vorgenommene Interessenabwägung grundsätzlich in Frage, sondern beschränken sich auf partielle Korrekturen des Gesetzestextes. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird dies beispielsweise dadurch deutlich, dass das Gericht die Verfassungsmäßigkeit von § 51 UrhG selbst nicht in Frage stellt<sup>466</sup>, sondern innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens eine verfassungskonforme Auslegung vornimmt. Ähnlich geht auch der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Beurteilung *elektronischer Pressespiegel* nicht von einer generellen technologiefreundlichen Öffnung der Pressespiegelfreiheit aus, sondern spricht bewusst von einer „ausnahmsweisen extensiven Auslegung einer Schrankenbestimmung“<sup>467</sup> und nimmt dementsprechend eine vorsichtige und stark die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigende Prüfung vor. Elektronische Pressespiegel werden in der Entscheidung keinesfalls generell, sondern nur unter einzelfallabhängigen einschränkenden Kriterien (nur „In-house-Pressespiegel“, keine Volltexterfassung) freigegeben<sup>468</sup>. Die am Gesetzestext orientierte Auslegung wird damit durch verfassungsrechtliche Erwägungen nicht ersetzt, sondern lediglich ergänzt.

Ausgangspunkt bei der Interpretation der Urheberrechtsschranken ist damit nach wie vor die grundlegende Aufgabe des Urheberrechts, dem Schöpfer möglichst umfassend die Beteiligung an der wirtschaftlichen Verwertung seiner Werke zu ermöglichen. Die Urheberinteressen bleiben damit bei der (vorsichtigen) Erweiterung der Schrankenvorschriften immer im Blick. Nicht umsonst hebt das Bundesverfassungsgericht in der *Germania 3*-Entscheidung hervor, dass bei den zu beurteilenden künstlerischen Zitaten nur ein „geringfügiger Eingriff in die Urheberrechte ohne die Gefahr merklicher wirtschaftlicher Nachteile (z.B. Absatzrückgang [...])“<sup>469</sup> zu befürchten war und die extensive Auslegung dem Urheberrechtsschrankeninhaber deshalb eher zugemutet werden konnte. Ähnlich berücksichtigt der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit den *elektronischen Pressespiegeln* die Auswirkungen der Nutzung auf die Situation des Urheberrechtsschrankeninhabers und merkt an, dass dieser wegen des Vergütungsanspruchs aus § 49 Abs. 1 S. 2 UrhG von einer extensiven Auslegung im Regelfall sogar profitiere.

---

<sup>465</sup> Siehe zu diesem Ansatz bereits oben S. 81 f.

<sup>466</sup> *Krüger*, Freiheit des Zitats, S. 57 f.

<sup>467</sup> BGH GRUR 2002, 963, 966 – *elektronischer Pressespiegel*.

<sup>468</sup> Vgl. nur BGH GRUR 2002, 963, 967 – *elektronischer Pressespiegel* („Der elektronisch übermittelte Pressespiegel kann somit nicht generell vom Privileg des § 49 I UrhG ausgeschlossen werden. Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob die oben beschriebenen Bedingungen eingehalten sind.“)

<sup>469</sup> BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*.

Zudem legt das Gericht darauf Wert, dass die Belange des Urhebers durch zusätzliche Nutzungs- und Missbrauchsmöglichkeiten nicht wesentlich beeinträchtigt werden<sup>470</sup>. Im Vordergrund steht damit in erster Linie nach wie vor der Charakter des Urheberrechts als ein Recht zur Sicherung der Urheberinteressen. Andere, insbesondere allgemeinwohl- und nutzerbezogene Aspekte können damit in „Wechselwirkung“<sup>471</sup> treten, rechtfertigen aber gleichwohl nur im Ausnahmefall eine extensive Interpretation der Urheberrechtsschranken.

### 3. Vergleich der Auslegungsrealität mit dem US-amerikanischen Recht

#### a) Inhaltliche Parallelen zwischen deutschem und US-amerikanischem Recht

Bei der partiellen Öffnung der Schranken des Urheberrechtsgesetzes auf normtextlich nicht ausdrücklich erfasste Sachverhalte spielen – wie eben gezeigt – die wirtschaftlichen Auswirkungen der Benutzung auf die Situation des Urhebers eine erhebliche Rolle. Im Rahmen der erweiternden Auslegung der deutschen Urheberrechtsschranken kommen damit – anders als in den vom Wortlaut der Schranken erfassten Regelfällen<sup>472</sup> – inhaltlich ähnliche Argumente zum Tragen, wie sie auch die Interpretation der Fair Use-Doktrin durch die US-amerikanischen Gerichte dominieren<sup>473</sup>. Eine weitere Ähnlichkeit zwischen der erweiternden Auslegung im deutschen Recht und der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin besteht in der Bezugnahme auf die Auswirkungen der Benutzung auf das kreative Schaffen und die geistige Auseinandersetzung. Beispielhaft sei für das US-Recht auf die Entscheidung *Campbell v. Acuff-Rose* verwiesen, bei der der US Supreme Court gerade deshalb die Transformativität der Werknutzung in den Vordergrund stellte, weil bei derartigen Werken der Verfassungsauftrag „to promote the Progress of Science and useful Arts“ (U.S. Const. Art. 1 Sec. 8 Cl. 8) gefördert werde<sup>474</sup>. Ganz ähnlich betonte der Bundesgerichtshof bei der Anwendung der Zitierfreiheit auf Filmzitate unter anderem, dass kreatives Werkschaffen traditionell die Verwendung vorbestehender Werke erfordere und die Ausweitung von § 51 UrhG auf Filmzitate daher dem

---

<sup>470</sup> BGH GRUR 2002, 963, 966 f. – *elektronischer Pressespiegel*; Schrickter/Melichar, Vor §§ 44a ff. Rz. 15b.

<sup>471</sup> Schrickter/Schrickter, § 51 Rz. 8.

<sup>472</sup> Zur geringen Bedeutung der Folgen der Benutzung am Beispiel der Zitierfreiheit im Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht siehe bereits oben S. 97.

<sup>473</sup> Zu den wirtschaftlichen Erwägungen als Leitmotiv der Fair Use-Doktrin siehe oben S. 72 f.

<sup>474</sup> Siehe dazu oben S. 45; die Bezugnahme auf die *intellectual property clause* und den dort enthaltenen Auftrag stellt ein systemimmanentes und typisches Charakteristikum der Fair Use-Doktrin dar; ausführlich dazu unten S. 142 ff.

Grundgedanken der Zitierfreiheit – Förderung des kulturellen Lebens – entspreche<sup>475</sup>.

b) Praktische Unterschiede und mangelnde Flexibilität der deutschen Schranken

Daneben bestehen zwischen der Handhabung der deutschen Urheberrechtsschranken und der Fair Use-Doktrin allerdings auch spürbare Unterschiede. Der im deutschen Recht nach wie vor artikulierte Grundsatz, Urheberrechtsschranken seien eng auszulegen und nicht analogiefähig, führt dazu, dass die Schranken des Urheberrechtsgesetzes deutlich statischer erscheinen als die Fair Use-Doktrin. Zwar wäre es angesichts der von der Rechtsprechung durchgeführten partiellen Öffnung einzelner Schranken verfehlt, generell von einer mangelnden Anpassungsfähigkeit des deutschen Rechts zu sprechen, die Anwendung der Urheberrechtsschranken auf normtextlich nicht ausdrücklich erfasste Sachverhalte ist allerdings nach wie vor nur in bestimmten Situationen und unter einschränkenden Bedingungen möglich. Beispielsweise kann nur dann eine Ausdehnung der Urheberrechtsschranken erfolgen, wenn eine vom Wortlaut nicht erfasste Situation einer bereits existierenden Schranke ähnlich ist. Ein Beispiel hierfür ist etwa die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu den *elektronischen Pressespiegeln*, die maßgeblich auf der Erwägung beruhte, dass die vom Wortlaut nicht erfasste digitale Nutzung der analogen Nutzung funktionell ähnelt. In anderen Fällen stellen die Vorgaben des Urheberrechtsgesetzes bei neu auftretenden Nutzungen – selbst wenn diese an sich erwünscht sein sollten – eine starre Grenze dar, die nicht durch Auslegung und Analogieschlüsse argumentativ überschritten werden kann. Ein Beispiel hierfür ist etwa die von der Google angestrebte Digitalisierung von Druckwerken zur Volltextsuche im Internet („Google Book Search“), die nach geltender Rechtslage wohl als unzulässig angesehen werden muss<sup>476</sup>.

Im US-amerikanischen Recht kann die Fair Use-Doktrin dagegen flexibel auch auf vollkommen neuartige Sachverhalte angewendet werden – und zwar auch dann, wenn diese den bislang geregelten Fällen nicht ähnlich sind. Ein Beispiel hierfür ist etwa das in der Entscheidung des US Supreme Court in *Sony v. Universal* für zulässig befundene *time-shifting* von Fernsehsendungen mittels eines Heimvideosystems oder die Zulässigkeit des *reverse engineering* von Computerprogrammen. In beiden Fällen hatte die Rechtsprechung keine Probleme, die Fair Use-Doktrin auf die zu beurteilenden vollkommen neuen Verwertungstechniken anzuwenden.

---

<sup>475</sup> BGH GRUR 1987, 362, 363 – *Filmzitat*; dazu oben S. 100 f.

<sup>476</sup> Zur Beurteilung der „Google Book Search“ im deutschen und US-amerikanischen Recht *Kubis*, ZUM 2006, 370; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562; *Niiranen*, CRi 2006, 65; siehe auch unten S. 211.

Auch die eben erwähnte „Google Book Search“ ließe sich möglicherweise als faire Benutzung ansehen<sup>477</sup> und erforderte in diesem Fall in den Vereinigten Staaten nicht zwingend ein Tätigwerden des Gesetzgebers. In derartigen Situationen zeigt sich die Stärke und Flexibilität der Fair Use-Doktrin.

---

<sup>477</sup> Zu der im Fluss befindlichen Diskussion *Nimmer*, CRI 2006, 1, 4 ff.; *Kubis*, ZUM 2006, 370, 372 ff.; *Ott*, GRUR Int. 2007, 562, 566 ff.



## Teil 2

# Bedeutung der Urheberrechtstheorien und des Verfassungsrechts für die Schrankensystematik

Die eben in ihrer konkreten Ausformung geschilderten Urheberrechtsschranken stellen nur einen Ausschnitt des Urheberrechts dar, der ohne seine Einordnung in die Grundlagen der jeweiligen Rechtsordnung nur unzureichend erfasst würde<sup>1</sup>. Der folgende *Teil 2* ist dem grundlegenden Zusammenhang zwischen den nationalen Urheberrechtsschranken, der Urheberrechtstheorie und dem Verfassungsrecht gewidmet. *Kapitel 3* geht zunächst auf die dem US-amerikanischen Urheberrecht zugrunde liegende ökonomisch-utilitaristische Begründung und ihre Bedeutung für die Auslegung und Handhabung der Fair Use-Doktrin ein. Danach folgt in *Kapitel 4* ein entsprechender Blick auf die deutsche Rechtslage und die Auswirkungen der monistischen Urheberrechtstheorie sowie des grundrechtlichen Urheberschutzes auf die Ausgestaltung der Schrankensystematik.

## Kapitel 3: Fair Use als zweckrationale Begrenzung des einfachgesetzlichen US-amerikanischen Urheberrechts

### *A. Die US-amerikanische Urheberrechtstheorie*

Naturrechtliche Eigentumstheorien, namentlich die *Arbeitstheorie* von *John Locke*, spielten lediglich in der Frühphase des US-amerikanischen Urheberrechts eine Rolle (I). Die heutige Rechtsprechung und der größte Teil der rechtswissenschaftlichen Literatur verfolgen dagegen einen ausschließlich ökonomisch-utilitaristischen Begründungsansatz und betonen – unter anderem unter Hinweis auf die *intellectual property clause* der US-amerikanischen Bundesverfassung – die Gemeinwohlorientierung und Anreizfunktion des Urheberrechts (II). Bei einem Blick auf die tatsächliche Entwicklung des US-amerikanischen Urheberrechts lässt sich jedoch eine Legitimationskrise der Urheberrechtstheorie attestieren (III) und die Frage

---

<sup>1</sup> Eindrücklich *Sirinelli*, *Exceptions and Limits*, S. 1: „Examining the exceptions to copyright and neighbouring rights means, negatively speaking, determining the boundaries of literary and artistic property and, indirectly, defining their basis and philosophy.“

stellen, welche Rolle die Anreiztheorie heute bei der Rechtfertigung des US-amerikanischen Urheberrechts spielen kann (IV).

### *I. Naturrechtliche Theorien und ihre Bedeutung in den USA*

#### *1. Die Locksche Arbeitstheorie und ihre Rezeption in der Frühphase des US-amerikanischen Urheberrechts*

Im frühen US-amerikanischen Urheberrecht spielte die von *John Locke* in dessen zweiter Abhandlung über die Regierung entwickelte *Arbeitstheorie*<sup>2</sup> eine nicht unerhebliche Rolle. *Locke* geht in seinen Überlegungen davon aus, dass die auf der Erde vorhandenen Güter von Gott allen Menschen in gleicher Weise gegeben und damit a priori keiner individuellen Person zugeordnet sind. Eine rechtlich anzuerkennende Verbindung zwischen einer Person und einer Sache geschieht nach *Locke* erst, wenn ein Individuum auf einen Gegenstand Arbeit verwendet und diesen dadurch individualisiert. Durch die Verbindung von Arbeit und Gegenstand wird die Sache aus ihrem natürlichen, eigentumslosen Zustand entfernt und mit derjenigen Person verbunden, die Arbeit auf sie verwendet hat. In einer den *Lockschen* Überlegungen an dieser Stelle zugrunde liegenden Situation des natürlichen Überflusses haben andere Menschen dann kein legitimes Interesse mehr, gerade diese nun individualisierte Sache für sich zu beanspruchen, mit der Folge, dass für den einzelnen ein Eigentumsrecht entsteht: „The labour of his body and the work of his hands, we may say are properly his“<sup>3</sup>. Diesen Grundgedanken ergänzt *Locke* um die *kontraktualistische Geldtheorie* und erklärt mit Hilfe eines Gesellschaftsvertrages seine Überlegungen zur Begründung von Eigentum auch dann für allgemeinverbindlich, wenn eine Situation der Güterknappheit herrscht<sup>4</sup>.

Obwohl am Beispiel materieller Güter entwickelt, taucht die Locksche Eigentumstheorie immer wieder auch im Zusammenhang mit dem Urheberrecht auf. Die Werkschöpfung wird dabei als Vorgang begriffen, bei dem der Schöpfer kreative Arbeit aufwendet und auf diese Weise das Werk als immateriellen Gegenstand individualisiert und mit seiner Person ver-

---

<sup>2</sup> *John Locke*, Two Treatises of Government, II Ch. 5 (Of Property); zur Bedeutung der Lockschen Theorie und anderen naturrechtlichen Ansätzen für die US-amerikanische Urheberrechtstheorie siehe *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 284 ff. (1970); *Hughes*, 77 Geo. L.J. 287, (1988); *Senftleben*, Three-Step Test, S. 11 f.

<sup>3</sup> *John Locke*, Second Treatise, Ch. 5 (Of Property) § 27 (Herv. im Original).

<sup>4</sup> Zu dieser zweiten Stufe der Lockschen Eigentumstheorie *Ludwig*, in: *Eckl/Ludwig* (Hg.), Was ist Eigentum? S. 93 ff.; im Urheberrecht hat diese Stufe der Eigentumstheorie allerdings deutlich weniger Bedeutung, da sich der Gedanke der Güterknappheit nur schwer auf das vom Urheberrecht erfasste kreative Schaffen übertragen lässt; vgl. auch *Senftleben*, Three-Step Test, S. 11; *Weinreb*, 111 Harv. L. Rev., 1150, 1223 f. (1998); *Hettinger*, in: *Moore* (Hg.), Intellectual Property, S. 27.

bindet<sup>5</sup>. Die Überlegung, dass sich aus dieser durch die Schöpfung herbeigeführten Vermengung von Persönlichkeit und immateriellem Gut ein natürlicher Anspruch auf die Früchte der Arbeit ableitet, war in den Vereinigten Staaten vor allem in den ersten Jahren nach der politischen Unabhängigkeit weit verbreitet<sup>6</sup> und fand auch in den ersten einzelstaatlichen Urheberrechtsgesetzen<sup>7</sup> Niederschlag. Diese orientierten sich zwar meist am allgemeinwohlbezogenen Vorbild des englischen *Statute of Anne*, erkannten aber zum Teil auch ausdrücklich an, dass der rechtliche Schutz kreativer Tätigkeit seine Grundlage in einem natürlichen Recht der Autoren habe<sup>8</sup>.

## 2. Ablehnung naturrechtlicher Gedanken durch den 1790 Copyright Act und durch *Wheaton v. Peters*

Im Gegensatz zu den frühen staatlichen Urheberrechtsgesetzen enthielt das erste Bundesurheberrechtsgesetz von 1790 keinen naturrechtlich motivierten und den Schöpfer in den Mittelpunkt stellenden Ansatz. Statt ein mit dem Schöpfungsvorgang entstehendes Recht des Autors anzuerkennen, erfolgte die Urheberrechtsgewährung aufgrund staatlicher Verleihung und setzte unter anderem die Registrierung des Werkes beim zuständigen Gericht voraus<sup>9</sup>. Auch der Titel des Gesetzes als *act for the encouragement of learning* wies darauf hin, dass der Hintergrund der Rechtseinräumung nicht die Person des Schöpfers und dessen natürlichen Rechte, sondern das Allgemeininteresse an der Fixierung und Verbreitung von Wissen war. Der vom 1790 Copyright Act vermittelte Eindruck eines rein gesetzlichen Urheberrechts wurde im Jahr 1834 in der Entscheidung *Wheaton v. Peters*

---

<sup>5</sup> Vgl. *Senfileben*, Three-Step Test, S. 11 f.; ausführlich zu einer auf *Locke* aufbauenden Theorie des geistigen Eigentums *Moore*, in: ders. (Hg.), *Intellectual Property*, S. 81 ff.; zu den unterschiedlichen Ansätze zum Verständnis der „Arbeit“ bei kreativer Tätigkeit *Hughes*, 77 *Geo. L.J.* 287, 300 ff. (1988); *Landes/Posner*, *Economic Aspects*, S. 4; kritisch zur Übertragung der Locksches Arbeitstheorie auf das Geistige Eigentum *Oberndörfer*, *Philosophische Grundlage*, S. 126 f.; *Rehbinder*, *Urheberrecht*, Rz. 21.

<sup>6</sup> Vgl. *Ginsburg*, in: *Sherman/Strowel* (Hg.), *Of Authors and Origins*, S. 138 f.; *Dietz*, *GRUR Int.* 2006, 1, 1 f.; siehe auch *Gordon*, 102 *Yale L.J.* 1533, 1540 (1993) mit dem Hinweis, dass die Locksche Eigentumstheorie auch den „Framern“ der US-amerikanischen Bundesverfassung bekannt war.

<sup>7</sup> Siehe dazu oben S. 10 f.

<sup>8</sup> So enthält beispielweise die Präambel des Urheberrechtsgesetzes von Massachusetts vom 17.03.1783 (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, *On Copyright*, Appendix 7 § C [2]) folgende Aussage: „As such security is one of the natural rights of all men, there being no property more peculiarly a man's own than that which is produced by the labour of his mind“; siehe dazu *Abrams*, 29 *Wayne L. Rev.*, 1119, 1174 (1983); *Crawford*, 23 *B. Cop. Soc'y USA* 11, 14 ff. (1975); *Ginsburg*, in: *Sherman/Strowel* (Hg.), *Of Authors and Origins*, S. 139; *Weinreb*, 111 *Harv. L. Rev.* 1150, 1211 f. (1998).

<sup>9</sup> Zum 1790 Copyright Act siehe bereits oben S. 12.

schließlich vom US Supreme Court ausdrücklich bestätigt. Der Kläger in *Wheaton v. Peters* hatte es versäumt, die für den Urheberrechtsschutz nach dem 1790 Copyright Act notwendigen Formalitäten einzuhalten und berief sich daher hilfsweise auf ein naturrechtlich begründetes und das gesetzte Recht ergänzendes *common law copyright*. Auf die vom Kläger vorgebrachte naturrechtliche Argumentation ließ sich das Gericht allerdings nicht ein und stellte unmissverständlich klar, dass das Urheberrecht des 1790 Copyright Act ein reines Produkt des Gesetzgebers und keine Anerkennung naturrechtlicher Grundsätze darstellt:

„Congress, then by this act, instead of sanctioning an existing right, as contented for, created it“<sup>10</sup>.

Dieser bereits zuvor in entsprechenden englischen Urteilen aufgetauchte<sup>11</sup> und seit *Wheaton v. Peters* in der US-amerikanischen Rechtsprechung beständig wiederholte Gedanke<sup>12</sup> erteilt einer naturrechtlichen Begründung des US-amerikanischen (gesetzlichen) Urheberrechts eine deutliche Absage<sup>13</sup>. Darüber hinaus geht aus dem Urteil hervor, dass neben dem gesetzlichen (Bundes-) Recht auch kein paralleles einzelstaatliches *common law copyright* existiert. Platz für derartige Positionen blieb damit allenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs des Copyright Act, beispielsweise (bis zum 1976 Copyright Act) für unveröffentlichte Werke<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> *Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591, 661 (1834).

<sup>11</sup> Siehe insbesondere *Donaldson v. Becket*, 98 Eng. Rep. 257 (H.L. 1774); anders noch die Mehrheit in *Millar v. Taylor*, 98 Eng. Rep. 201 (1769); zu beiden Entscheidungen *Dieselhorst*, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 9 ff.; *Ellins*, Copyright Law, S. 47 ff.; *Goldstein*, Copyright, S. 1:29 ff.; *Walterscheid*, Nature, S. 64 ff.; kritisch zur traditionellen Leseart von *Donaldson v. Becket Deazley*, EIPR 2003, 270; ausführlich zur Diskussion über den Charakter des englischen Urheberrechts *Sherman/Bently*, Making of Modern Intellectual Property Law, S. 11 ff.

<sup>12</sup> Vgl. beispielsweise *American Tobacco Co. v. Werckmeister*, 207 U.S. 284, 291 (1907); *Fox-Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127 f. (1932); *Bobbs-Merrill Co. v. Strauss*, 210 U.S. 339, 346 (1939); *Krafft v. Cohen*, 117 F.2d 579, 580 (2<sup>nd</sup> Cir. 1941); *American Int'l Pictures, Inc. v. Foreman*, 400 F.Supp. 928, 932 (S.D. Ala. 1975); *Twentieth Cent. Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975).

<sup>13</sup> *Goldstein*, Copyright, S. 1:35; *Davies*, Public Interest, 5-004; *Abrams*, 29 Wayne L. Rev. 1119, 1185 f. (1983); vgl. auch *Patterson*, Copyright in Historical Perspective, S. 209 ff.; *Leval* 103 Harv. L. Rev. 1105, 1108 (1989); *Strowel*, in: *Sherman/Strawel* (Hg.), Of Authors and Origins, S. 243 f.

<sup>14</sup> Nach der in 17 U.S.C. § 301a für das Urheberrecht normierten *preemption doctrine* verdrängt das gesetzliche Recht einzelstaatliche Urheberrechtspositionen; seit der Ausdehnung des bundesgesetzlichen Urheberrechts durch den 1976 Copyright Act hat das einzelstaatliche Urheberrecht daher nur noch eine sehr geringe Bedeutung; zum *common law copyright* siehe *Götting/Fikentscher*, in: *Assmann/Bungert* (Hg.), Handbuch, S. 468 f.; *Miller/Davis*, Intellectual Property, S. 290 ff.; *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 2.02 (m.w.N.).

Die in *Wheaton v. Peters* begründete ablehnende Haltung der Rechtsprechung gegenüber naturrechtlichen Ansätzen wurde auch in späteren Gesetzgebungsverfahren aufrechterhalten. So stellt beispielsweise der *House Report* zum 1909 Copyright Act ausdrücklich klar:

„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 [...]“<sup>15</sup>.

Naturrechtliche und den Autor in den Mittelpunkt stellende Begründungsansätze rufen daher in den USA allenfalls akademisches Interesse hervor<sup>16</sup> und spielen in der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie und -praxis eine untergeordnete bis unbedeutende Rolle.

## II. Die *incentive theory* als dominierende Urheberrechtsbegründung

Von zentraler Bedeutung für die Rechtfertigung des US-amerikanischen Urheberrechts ist die ökonomisch-utilitaristisch motivierte *incentive theory*. Primäre Aufgabe des Urheberrechts ist nach diesem Ansatz nicht die Anerkennung der naturrechtlich begründeten Interessen des Autors, sondern die Förderung des Allgemeinwohls. Die *incentive theory* wechselt damit die Perspektive und betrachtet individuelle Ausschließlichkeitsrechte nicht aus der Sicht des Schöpfers, sondern beurteilt deren Auswirkungen für die Allgemeinheit. Urheberrechtliche Befugnisse werden damit im Ausgangspunkt als monopolähnliche, die Allgemeinheit ausschließende Rechte, und das Urheberrecht als ein an sich problematisches Rechtsinstitut wahrgenommen. Die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten stellt folglich ein „notwendiges Übel“ dar und lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn durch ein Urheberrechtssystem für die Allgemeinheit mehr Vorteile als Nachteile erwartet werden können.

### 1. Kreative Werke als Öffentliche Güter

Die *incentive theory* zieht ihre Rechtfertigung folglich aus dem hypothetischen Vergleich der Verhältnisse mit und ohne urheberrechtlichen Schutz. Ausgangspunkt ist hierbei die Überlegung, dass sich die Ergebnisse kreativer Tätigkeit stark von körperlichen Gegenständen unterscheiden. Der Schöpfer eines immateriellen Gutes hat spätestens nach der Veröffentlichung seines Werkes keine tatsächliche Möglichkeit, anderen den Werkgenuss zu untersagen und kann – anders als der Besitzer eines körperlichen

---

<sup>15</sup> H.R. Rep. 2222, 60<sup>th</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> Session 7 (1909); zitiert nach *Goldstein*, Copyright Law, S. 1:35 f.

<sup>16</sup> Die Rolle naturrechtlicher Ideen bei der Begründung des heutigen US-amerikanischen Urheberrechts heben insbesondere hervor *Gordon*, 102 Yale L.J. 1533 (1993); *Yen*, 51 Ohio St. L.J. 517 (1990).

Gegenstandes – nicht die tatsächliche Herrschaftsgewalt zum Ausschluss Dritter nutzen. Als weitere Besonderheit ist zu beobachten, dass im Gegensatz zu körperlichen Gegenständen der Werkgenuss des einen nicht automatisch zum „Verbrauch“ der Sache für andere führt. Verdeutlichen lassen sich beide Charakteristika durch den simplen Vergleich einer eingängigen Melodie mit einer Flasche Wein<sup>17</sup>. Der Besitzer der Weinflasche kann gegenüber Dritten seine tatsächliche Herrschaftsgewalt nutzen und die Flasche entweder sicher in seinem Weinkeller wegschließen oder einfach selbst austrinken. In beiden Situationen ist der Genuss des Weines durch andere nicht ohne die tatsächliche Einwilligung des Besitzers möglich. Dem Komponisten fehlen dagegen entsprechende Möglichkeiten. Sobald die Melodie (beispielsweise weil sie der Komponist leise vor sich hin summt) einmal von anderen wahrgenommen wurde, hat der Schöpfer keine tatsächliche Macht mehr über sein Werk und kann nicht verhindern, dass andere die Melodie weiter verbreiten und sich an der Tonfolge erfreuen. Weder gibt ihm die tatsächliche Stellung als Komponist eine derartige Position, noch kann er die Melodie einfach weg-konsumieren. In der Sprache der ökonomischen Analyse des Rechts fehlt es damit bei den Ergebnissen kreativer Tätigkeit sowohl an der *Ausschließbarkeit*, als auch an der *Konsumrivalität*. Geistige Schöpfungen sind folglich – solange sie nicht durch ein Urheberrechtssystem verrechtlicht sind – als Öffentliche Güter (Kollektivgüter) anzusehen<sup>18</sup>.

Wie bei anderen Öffentlichen Gütern greifen bei den Ergebnissen kreativer Tätigkeit die Marktmechanismen nicht ohne weiteres ein. So mag die Produktion geistiger Schöpfungen – etwa eines Kinofilmes – umfangreiche Investitionen erfordern. Sobald der Film allerdings einmal an die Öffentlichkeit gelangt ist, verliert der Investor (immer noch vorausgesetzt es existiert kein urheberrechtlicher Schutz) die Kontrolle über das Werk. Dritte können sich nun zu einem *free lunch* eingeladen sehen, als Trittbrettfahrer auftreten und das Werk vervielfältigen und verbreiten. Da sie selbst keine Herstellungsinvestitionen decken müssen, ist es ihnen möglich, das Werk zu einem wesentlich geringeren Preis als der Originalhersteller anzubieten und dennoch einen Gewinn einzustreichen<sup>19</sup>. Der ur-

---

<sup>17</sup> Vgl. zu diesem Beispiel auch *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 7.

<sup>18</sup> *Fisher*, 101 Harv. L. Rev., 1659, 1700 (1988); *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1610 f.; *Ku*, 18 Berkeley Tech. L.J. 539, 547 (2003); *Landes/Posner*, 18 J. Legal Stud., 325, 326 (1989); *Peukert*, in: Hilty/Peukert (Hg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 12 ff.; *Reich*, Ökonomische Analyse, S. 83 f.; *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 7 f.; *Seith*, Wie kommt der Urheber zu seinem Recht?, S. 19 ff.; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 237 f.; allgemein zu digitalen Inhalten *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 284 ff.

<sup>19</sup> Da der Trittbrettfahrer selbst keinen Investitionsaufwand decken muss und zudem den Aufwand für den „Markttest“ des Werkes vermeiden kann (*Towse*, Creativity, S. 11),

sprüngliche Produzent ist in dieser Situation der Dumme und findet für den kostendeckenden Absatz des Werkes keine Abnehmer mehr. Da der Zeitraum zwischen der Erstveröffentlichung und den ersten Trittbrettfahrern in aller Regel zu kurz sein wird, um den Investitionsaufwand zu decken<sup>20</sup>, bleibt der Produzent des Originalwerkes im Ergebnis auf einem Großteil der Herstellungskosten sitzen. Statt eigene Werke zu produzieren, ist es folglich rentabler abzuwarten, bis ein Dritter ein Werk auf den Markt bringt, und dann – bildlich gesprochen – auf den fahrenden Zug aufzuspringen. Alle potentiellen Produzenten werden (jedenfalls in diesem vereinfacht und schematisch dargestellten Modell) ihr Verhalten an diesem ökonomischen Kalkül ausrichten und von der Investition in geistige Schöpfungen absehen<sup>21</sup>. Da nun niemand zu Investitionen bereit ist, wird als naheliegende Folge das Öffentliche Gut überhaupt nicht produziert. Diese theoretischen Überlegungen zugrunde gelegt verhindert die Marktsituation ohne urheberrechtlichen Schutz kreative Tätigkeit, anstatt sie zu fördern. Mit anderen Worten: Es kommt zu einem Marktversagen<sup>22</sup>.

## 2. Urheberrecht als staatliche Korrektur eines Marktversagens

Da der unregulierte Markt die an sich gewünschte Versorgung der Bevölkerung mit kreativen Schöpfungen nicht gewährleisten kann, muss der Staat eingreifen. Er kann dies außerhalb des Marktes tun, indem er die Herstellung des Öffentlichen Gutes entweder selbst in die Hand nimmt oder durch Steuergelder subventioniert<sup>23</sup>. Er kann aber auch regelnd in den Markt eingreifen und die Marktverhältnisse so ändern, dass es zur Produktion geistiger Schöpfungen kommt. Aus der letztgenannten Möglichkeit

---

wird sich der von ihm verlangte Preis den Grenzkosten, also den bei Produktion einer zusätzlichen Einheit entstehenden Kosten, annähern.

<sup>20</sup> Zur Rolle dieses als *lead time* oder *first mover advantage* bezeichneten Vorteils Breyer, 84 Harv. L. Rev., 281, 299 f. (1970); ders. 20 UCLA L. Rev. 75, 77 (1972); Calandrillo, 9 Fordh. Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 301, 318 ff. (1998); Hurt/Schuchmann, 56 Am. Econ. Rev. 421, 427 (1966); Landes/Posner, 18 J. Legal Stud. 325, 330 (1989); kritisch Tyerman, 18 UCLA L. Rev. 1100, 1108 ff. (1971); Reich, Ökonomische Analyse, S. 100 f.; Towse, Creativity, S. 11.

<sup>21</sup> Vgl. Posner, Daedalus Spring 2002, 5, 6: „if you cannot be assured of being able to reap where you have sown, you won't sow, and the land will lie fallow.“

<sup>22</sup> Schechter/Thomas, Intellectual Property, § 1.3.1; vgl. auch Goldstein, Copyright, S. 1:44; Hilty, FS Ullmann, S. 659 f.; Posner, Daedalus Spring 2002, 5, 7; Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 237 ff.

<sup>23</sup> Zur Übertragung dieses Gedankens auf das geistige Eigentum siehe Calandrillo, 9 Fordh. Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 301, 336 ff. (1998); Goldstein, Copyright, S. 1:44; Schechter/Thomas, Intellectual Property, § 1.3.1; Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 263 ff.; die Möglichkeiten für ein System staatlicher *rewards* anstelle von Ausschließlichkeitsrechten untersuchen Shavell/Van Ypersele, 44 J. L. & Econ. 525 (2001).

zieht ein ökonomisch motiviertes Urheberrecht seine Rechtfertigung. Durch die Gewährung zeitlich beschränkter Monopole wird künstlich die Ausschließbarkeit geistiger Schöpfungen hergestellt und dem Produzenten damit ermöglicht, die Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes ohne Trittbrettfahrer vorzunehmen und auf diese Weise seine Investitionen zu decken<sup>24</sup>. Kreative Tätigkeit unterliegt damit wieder den Gesetzen des Marktes und wird zum (potentiell) lohnenden Geschäft.

Der *incentive theory* liegt damit der Gedanke zugrunde, dass ein wirksamer urheberrechtlicher Schutz *conditio sine qua non* für kreatives Schaffen ist. Nur wenn durch das Urheberrecht ein wirtschaftlicher Anreiz geboten, d.h. die gewinnbringende Verwertung des Werkes in Aussicht gestellt wird, kommt es nach diesem Ansatz überhaupt erst zur Produktion geistiger Schöpfungen: „no man but a blockhead ever wrote except for money“<sup>25</sup>. Da die Allgemeinheit an der Verfügbarkeit kreativer Schöpfungen ein großes Interesse hat, werden die an sich unerwünschten urheberrechtlichen Monopole als notwendiges Übel hingenommen. Damit werden zwar – ähnlich wie bei dem bereits beschriebenen naturrechtlichen Ansatz<sup>26</sup> – auch nach der *incentive theory* dem Autor die Früchte seiner Arbeit in Aussicht gestellt, die dafür notwendigen Ausschließlichkeitsrechte stehen aber nicht im Zentrum der Urheberrechtsbegründung, sondern werden lediglich als (individuelles) Mittel zum (allgemeinwohlbezogenen) Zweck geduldet:

„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“<sup>27</sup>.

### 3. Verankerung der *incentive theory* in der *intellectual property clause*

Die eben geschilderte, am Interesse der Allgemeinheit ausgerichtete Aufgabe des Urheberrechts zur Förderung des Fortschritts von Wissenschaft und Kunst, ist kein reines Ergebnis der (ohnehin recht jungen) ökonomischen Analyse des Rechts, sondern lässt sich auch in der historischen Ent-

<sup>24</sup> Eine weitere Möglichkeit zur künstlichen Herstellung von Ausschließlichkeit stellen die gerade in jüngster Zeit immer populäreren DRM-Systeme dar; siehe dazu *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 289 f.

<sup>25</sup> *Samuel Johnson*, zitiert nach *Davies*, Public Interest, 2-006; vgl. auch *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 1.03 [A], die die Gewährung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte als „necessary condition to the full realization of such creative activities“ bezeichnen.

<sup>26</sup> Siehe oben S. 116 ff.

<sup>27</sup> *Twentieth Cent. Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975); vgl. auch *Fox-Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123, 127 f. (1932); *United States v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131, 158 (1948); *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954).

wicklung des anglo-amerikanischen Urheberrechts und der US-amerikanischen Bundesverfassung verankern. In der Einleitung zum *Teil I* wurde bereits auf das *Statute of Anne* und seinen rechtspolitischen Hintergrund des „encouragement of learned men to compose and write useful books“<sup>28</sup> hingewiesen. Das große englische Vorbild der US-amerikanischen Urheberrechtsentwicklung verfolgte damit bereits einen primär auf die Anreizfunktion des Urheberrechts bezogenen und nicht den Autor, sondern die Allgemeinheit in den Mittelpunkt stellenden Ansatz<sup>29</sup>. Ebenso wurde bereits erwähnt, dass auch die nach der politischen Unabhängigkeit der Vereinigten Staaten erlassenen einzelstaatlichen Urheberrechtsgesetze trotz ihres naturrechtlichen Einflusses<sup>30</sup> praktisch immer auch offensichtlich utilitaristisch motivierte Passagen enthielten<sup>31</sup>.

Die Aufgabe des Urheberrechts, den Fortschritt der Wissenschaft und Künste zu fördern findet sich schließlich auch in der *intellectual property clause* der US-amerikanischen Bundesverfassung. Auch wenn sich allein aus dem Wortlaut der Klausel noch kein eindeutiges Bekenntnis zu einem ausschließlich utilitaristisch motivierten Urheberrecht ableiten lässt<sup>32</sup>, hat sich spätestens mit der Entscheidung des US Supreme Court in *Wheaton v. Peters*<sup>33</sup> die Auffassung durchgesetzt, dass die am Allgemeinwohl orientierte *intellectual property clause* kein individuelles und vorexistentes Recht anerkennt<sup>34</sup>. Im Vordergrund der als Gesetzgebungskompetenz aus-

---

<sup>28</sup> 8 Anne c.19, Präambel; siehe bereits oben S. 9 f.

<sup>29</sup> Dietz, GRUR Int. 2006, 1, 1; Leval, 103 Harv. L. Rev., 1105, 1108 f. (1990); vgl. auch Landes/Posner, Economic Aspects, S. 1, nach denen der Anreizgedanke bis in das Mittelalter zurückverfolgt werden kann.

<sup>30</sup> Siehe dazu oben S. 117.

<sup>31</sup> Vgl. etwa das Urheberrechtsgesetz von Pennsylvania vom 15. März 1784, das in seiner Sec. II die eben zitierte Passage des *Statute of Anne* wörtlich übernahm (abgedruckt bei Nimmer/Nimmer, On Copyright, Appendix 7 §C [7]).

<sup>32</sup> Die Verwendung des Verbes „secure“ ließe sich beispielsweise auch so interpretieren, dass eine vorexistente (und damit naturrechtliche) Ausschließlichkeitsposition „gesichert“, also lediglich anerkannt wird; vgl. Patterson, Copyright in Historical Perspective, S. 194 und 195 („The Constitution’s copyright clause is so general that it is impossible to infer any one of theory of copyright alone from the language“); so auch Abrams, 29 Wayne L. Rev. 1119, 1175 (1983); ausführlich zur Bedeutung von „securing“ in der *intellectual property clause* Walterscheid, Nature, S. 212 ff.

<sup>33</sup> Siehe dazu oben S. 117 f.

<sup>34</sup> Zum Gleichlauf zwischen *intellectual property clause* und ökonomisch-utilitaristischem Rechtfertigungsprogramm vgl. Calandrillo, 9 Fordh. Intell. Prop. Media & Ent. L.J., 301, 310 (1998); Davies, Public Interest, 5-002; Dieselhorst, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 12; Dietz, GRUR Int. 2006, 1, 2 f.; Dreier, in: Dreyfuss/Zimmermann/First (Hg.), Expanding the Boundaries, S. 299; Graves, 80 Neb. L. Rev., 64, 67 (2001); Haedicke, Urheberrecht, S. 8; Koelman, IIC 2004, 603, 603; Leval, 103 Harv. L. Rev., 1105, 1107 f. (1990); Peukert, GRUR Int. 2002, 1012, 1012; Reich, ökonomische Analyse, S. 168 f.; Seltzer, Exemptions, S. 8 ff.; Senftleben, Three-Step

gestalteten Vorschrift stehen damit nicht die Interessen der Schöpfer, sondern der utilitaristische Gedanke, mit Hilfe des Urheberrechts (das insofern dem Patentrecht gleichgestellt wird) den „Progress of Science and useful Arts“ zu fördern. Aus der Klausel selbst ergeben sich dabei weder unmittelbare (Grund-) Rechte noch eine Pflicht des Gesetzgebers, auch tatsächlich einen Urheberrechtsschutz einzuführen<sup>35</sup>. Entscheidet sich der Gesetzgeber daher für einen Urheberrechtsgesetz – was in den Vereinigten Staaten auf Bundesebene seit dem 1790 Copyright Act der Fall ist – so geschieht dies lediglich aus Zweckmäßigkeitserwägung und mit Blick auf die Allgemeinheit.

### III. Legitimationskrise der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie?

Trotz der überragenden und in der Verfassung verankerten Rolle utilitaristischer Gedanken stellt sich die Frage, welche Berechtigung die traditionelle Urheberrechtstheorie im heutigen US-amerikanischen Urheberrecht hat. Es lässt sich beobachten, dass viele charakteristische und auf die Urheberrechtsbegründung zurückzuführende Ausprägungen des US-amerikanischen Rechts im Laufe der Zeit eine deutliche Abschwächung erfahren und sich damit dem kontinentaleuropäischen *droit d'auteur* angenähert haben (1). Unabhängig davon kann die grundsätzliche Frage gestellt werden, inwieweit die propagierte Anreizfunktion in der Realität kreativen Schaffens überhaupt eine Rolle spielt (2). Eine deutliche Abschwächung der Durchsetzbarkeit utilitaristischer Gedanken stellt schließlich die Tatsache dar, dass die *intellectual property clause* und die dort verankerten Anreizüberlegungen den gesetzgeberischen Handlungsspielraum bei der Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung – wenn überhaupt – nur marginal einschränken (3).

#### 1. Sukzessiver Abbau charakteristischer Elemente

a) Ausgangspunkt: Formgebundenes, frei übertragbares Verwertungsrecht

Der eben geschilderte ökonomisch-utilitaristische Ansatz spiegelt sich in der früheren und heutigen Ausgestaltung des US-amerikanischen Urheberrechts wider. Augenfälligstes Beispiel hierfür ist bereits die Bezeichnung des Rechtsgebietes: Abweichend von den kontinentaleuropäischen Begrif-

---

Test, S. 13; sowie *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954); *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975); *Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*, 268 F.3d 1257, 1260 f. (11<sup>th</sup> Cir. 2001).

<sup>35</sup> Vgl. *Tape Industries Association of America v. Younger*, 316 F.Supp. 340, 346 (C.D. Cal. 1970); *Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp.*, 406 U.S. 518, 530 (1972); *Goldstein v. California*, 412 US 546, 559 (1973); *Rosenfield*, in: Lawrence/Timberg (Hg.), *Fair Use and Free Inquiry* S. 290; *Miller/Davis*, *Intellectual Property*, S. 287.

fen „Urheberrecht“, „droit d’auteur“ (frz.) oder „diritto di autore“ (it.) wird das US-amerikanische Recht nicht „author’s right“, sondern „copyright“ genannt, womit bereits begrifflich nicht der Autor, sondern das Werk in den Mittelpunkt gestellt wird<sup>36</sup>. Nicht selten wird dieser sprachliche Unterschied zum Systemunterschied erhoben und vom kontinentaleuropäischen „Urheberrechtssystem“/„droit d’auteur-System“ als Gegensatz zum anglo-amerikanischen „Copyright-System“ gesprochen<sup>37</sup>.

In der praktischen Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung wirkte sich die US-amerikanische Urheberrechtstheorie bei der nach dem 1790 Copyright Act bestehenden abschließenden Aufzählung der Werkkategorien aus. Die dort vorgehensene und erst später gelockerte gesetzliche Beschränkung des Urheberrechtsschutzes auf „maps, charts, and books“<sup>38</sup> kann als Zeichen dafür gewertet werden, dass es sich beim Urheberrecht um ein Recht kraft staatlicher Verleihung und nicht um ein natürliches, mit dem Schöpfungsvorgang entstehendes Autorenrecht handelte. Ähnlich verhielt es sich mit der zwingenden Einhaltung von Formalitäten. Zwar wurde die Registrierung des Werkes als zwingende Schutzvoraussetzung bereits 1802 wieder abgeschafft<sup>39</sup>, erforderlich für die Entstehung des gesetzlichen Urheberrechtsschutzes war aber auch danach immer noch das Anbringen einer *copyright notice* (meist als ©-Symbol). Wurde ein an sich schutzfähiges Werk ohne *copyright notice* veröffentlicht, entstand kein Schutz nach dem Urheberrechtsgesetz. Zugleich entfiel als Folge der Veröffentlichung auch ein etwaiges am unveröffentlichten Werk bestehendes *common law copyright*, womit das Werk im Ergebnis gemeinfrei wurde. Derartige Formalitäten entsprachen der utilitaristischen Ausrichtung des US-Urheberrechts. Dem Autor wurde auf diese Weise die Pflicht auferlegt, selbst für die Erkennbarkeit des Urheberrechtsschutzes zu sorgen. Tat er dies nicht und ließ auf diese Weise kein Interesse an einem urheberrechtlichen Schutz erkennen, blieb es bei dem für die Allgemeinheit günstigeren Zustand der Gemeinfreiheit des Werkes<sup>40</sup>.

Ein weiteres mit der Urheberrechtstheorie verknüpftes und noch heute bestehendes Charakteristikum des US-amerikanischen Rechts ist die im

---

<sup>36</sup> Möller, ZUM 1990, 65, 65; zur Herkunft des Begriffes „Copyright“ Reh binder, Urheberrecht, Rz. 20; Boytha, RIDA 153 (1992), 53, 61 ff.

<sup>37</sup> Vgl. Wandtke/Bullinger/Wandtke, Einl. Rz. 25; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 24.

<sup>38</sup> § 1 1790 Copyright Act (1 Stat. 124).

<sup>39</sup> Act of April 29, 1802 (2 Stat. 171).

<sup>40</sup> Vgl. Ginsburg, in: Sherman/Strowel (Hg.), Of Authors and Origins, S. 133; zur Verknüpfung von Urheberrechtsbegründung und Formalitäten bei der Rechtsentstehung siehe auch Davies, IIC 1995, 964, 970; Ginsburg, in: Sherman/Strowel (Hg.), Of Authors and Origins, S. 133 f.; Goldstein, Copyright, S. 1:46 f.; Haedicke, Urheberrecht, S. 10 f.; Loewenheim, AIDA 1994, 161, 165.

Vergleich zum kontinentaleuropäischen Ansatz deutlich losere Verbindung zwischen Schöpfer und Recht. 17 U.S.C. § 201 (b)<sup>41</sup> sieht vor, dass bei Werkschöpfungen im Arbeitsverhältnis das Urheberrecht als Grundregel nicht beim Schöpfer, sondern beim Arbeitgeber entsteht. Begründen lässt sich die *work made for hire*-Doktrin unter anderem mit der Erwägung, dass eher der investitionsstarke Arbeitgeber als der (vom Arbeitgeber bezahlte) Schöpfer einen wirtschaftlichen Anreiz benötigt. Aus diesem Blickwinkel liegt es nahe, die mit dem Urheberrecht verbundenen Vorteile unmittelbar dem Arbeitgeber zu verleihen<sup>42</sup>. Die lose Verbindung zwischen Schöpfer und Urheberrecht und der darin zum Ausdruck kommende Charakter des US-Copyright als staatlich verliehenes (Wirtschafts-) Recht wird darüber hinaus auch in der freien Übertragbarkeit des Urheberrechts (17 U.S.C. § 201 [d]) deutlich<sup>43</sup>.

Ebenfalls mit der ökonomisch-utilitaristischen Urheberrechtstheorie lässt sich die Einstellung des US-amerikanischen Rechts zu urheberpersönlichkeitsrechtlichen Aspekten begründen. Der Schutz urheberpersönlichkeitsrechtlicher Interessen war in den Vereinigten Staaten lange Zeit nahezu unbekannt und konnte nur in seltenen Fällen mit Bezugnahme auf Rechtsquellen außerhalb des Copyright Act durchgesetzt werden<sup>44</sup>. Dieser traditionelle weitgehende Verzicht auf ein Urheberpersönlichkeitsrecht steht insoweit im Einklang mit dem utilitaristischen Verständnis des US-amerikanischen Urheberrechts, als es für die Investition in kreative Tätig-

---

<sup>41</sup> 17 U.S.C. § 201(b) lautet: „In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all rights comprised in the copyright“; definiert sind *works made for hire* in 17 U.S.C. § 101; siehe auch *Götting/Fikentscher*, in: Assmann/Bungert (Hg.), Handbuch, S. 484 f.

<sup>42</sup> *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, § 6.2; ausführlich zur ökonomischen Analyse der *works made for hire*-Doktrin *Hardy*, 12 Colum.-VLA J.L. & Arts 181 (1988); vgl. auch *Boytha*, RIDA 152 (1992), 53, 71; *Samuelson*, EIPR 2001, 409, 410.

<sup>43</sup> Vgl. auch *Davies*, IIC 1995, 964, 971; *Loewenheim*, ADIA 1994, 161, 66; die freie Übertragbarkeit des Urheberrechts fügt sich insoweit in das ökonomische Konzept ein, als auf diese Weise das Recht zu demjenigen gelangen kann, der es am besten auszunutzen vermag; vgl. *Reich*, Ökonomische Analyse, S. 72, 81; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, S. 563.

<sup>44</sup> Siehe etwa die in *Gilliam v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 538 F.2d 14 (2<sup>nd</sup> Cir. 1976) erfolgte Anwendung von § 43(a) des *Lanham Act* (15 U.S.C. § 1125 [a]); vor Aufnahme der *moral rights* in den Copyright Act existieren allerdings *state laws* mit urheberpersönlichkeitsrechtlichen Elementen; ausführlich zur Rechtslage in den USA vor Inkrafttreten des VARA *Peifer*, ZUM 1993, 325, 330 ff.; *Note*, 92 Harv. L. Rev. 1490 (1979); vgl. auch *Ginsburg*, GRUR Int. 1991, 593, 595 ff.

keit in erster Linie wirtschaftlicher, nicht aber persönlichkeitsrechtlicher Anreize bedarf<sup>45</sup>.

#### b) Weiterentwicklung: Aufnahme kontinentaleuropäischer Elemente

Von den eben beschriebenen durch die utilitaristische Urheberrechtstheorie beeinflussten charakteristischen Elementen ist im US-amerikanischen Recht nur die lose Verbindung zwischen Schöpfer und Werk bis heute im Wesentlichen unverändert geblieben. Die übrigen Elemente haben dagegen eine mehr oder weniger deutliche Annäherung an die kontinentaleuropäische Rechtslage erfahren. Dies gilt zunächst für die vom Copyright Act erfassten Werkkategorien. Die im 1790 Copyright vorgesehene Act Beschränkung auf „maps, charts, and books“ wurde bereits 1802 aufgehoben und der Werkkatalog um „prints“ ergänzt. Weitere Gesetzesänderungen öffneten den Urheberrechtsschutz unter anderem für „musical compositions“ (1831), „dramatic compositions“ (1856), „photographs and the negatives thereof“ (1865), „motion pictures“ (1912) und „sound recordings“ (1971)<sup>46</sup>. Mit dem bis heute gültigen 1976 Copyright Act wurde schließlich das auf Werkkategorien aufbauende Schutzsystem in 17 U.S.C. § 102 durch eine an materiellen Kriterien orientierte und durch beispielhafte Werktypen ergänzte Definition des urheberrechtlichen Werkes ersetzt<sup>47</sup>.

Eine weitere grundlegende Veränderung ist bei den Formalitäten (Registrierung, *copyright notice*) zu beobachten. Seit dem 1988 *Berne Convention Implementation Act*<sup>48</sup> verlangt der Copyright Act für die Entste-

---

<sup>45</sup> *Samuelson*, EIPR 2001, 409, 410; ausführlich *Kwall*, 38 Vand. L. Rev. 1(1985); nach *Dieselhorst*, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 17 schließen sich europäisches Urheberpersönlichkeitsrecht und US-amerikanische Copyright-Tradition „vom Ansatz her gegenseitig aus“; da der Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts dazu führen kann, dass die Erwerber von Nutzungsrechten späteren Ansprüchen der Schöpfer ausgesetzt sind, ließe sich sogar argumentieren, dass persönlichkeitsrechtliche Elemente zu niedrigeren Lizenzgebühren führen und den Anreiz zur Schaffung von Werken sogar verringern; vgl. zu dieser Überlegung *Landes/Posner*, 18 J. Legal Stud., 325, 327 (1989); siehe aber auch *Kirchner*, GRUR Int. 2004, 603, 605.

<sup>46</sup> Zur Ausdehnung der Werkkategorien vgl. *Davies*, Public Interest, Rz. 5-005; *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 2.

<sup>47</sup> 17 U.S.C. § 102 lautet: „Subject matter of copyright: In general: Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: [...]“; ausführlich zu den Schutzvoraussetzungen im US-amerikanischen Recht *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 20 ff.; *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 2; *Goldstein*, Copyright, § 2.

<sup>48</sup> Pub. L. No. 100-568, 102 Stat. 2853 (Oct. 31, 1988); zum Beitritt der Vereinigten Staaten zur Berner Union siehe *Ginsburg/Kernochan*, 13 Colum.-VLA J.L. & Arts 1

hung des Rechtsschutzes nicht mehr zwingend die Einhaltung von Formalitäten. Zwar bestehen nach wie vor Anreize zur (optionalen) Registrierung<sup>49</sup> und zur Kennzeichnung eines Werkes mit einer *copyright notice*, im Gegensatz zur früheren Rechtslage führt die Nichteinhaltung dieser formalen Erfordernisse aber nicht mehr zur grundsätzlichen Versagung des gesetzlichen Urheberrechtsschutzes.

Ähnlich, wenn auch nicht ganz so deutlich, verhält es sich mit der traditionellen Abneigung des US-amerikanischen Rechts gegenüber dem Urheberpersönlichkeitsrecht. Durch den *Visual Artists Rights Act 1990* (VARA) wurden im US-amerikanischen Recht – eher widerwillig – urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte eingeführt<sup>50</sup>. Zwar stellt das Urheberpersönlichkeitsrecht des US-amerikanischen Copyright Act nach wie vor einen Fremdkörper mit vergleichsweise geringer praktischer Relevanz dar<sup>51</sup>, mit dem VARA haben aber dennoch eindeutig kontinentaleuropäische *droit d’auteur*-Elemente in das US-amerikanische Urheberrecht Einzug gehalten. Auf diese Weise wurde nicht nur Konformität mit den internationalen Vorgaben der Berner Übereinkunft erreicht, sondern auch das US-amerikanische Recht ein Stück in Richtung Kontinentaleuropa verändert<sup>52</sup>.

Auch die Rechtsprechung hat in mehreren Urteilen eine Annäherung des US-amerikanischen an das kontinentaleuropäische Recht vollzogen. Zu erwähnen ist beispielsweise die Entscheidung *Feist v. Rural*<sup>53</sup>, in der sich der US Supreme Court klar gegen die *sweat of the brow doctrine* ausspricht und stattdessen die Schutzfähigkeit urheberrechtlicher Werke

---

(1988); Baumgarten/Meyer, GRUR Int. 1989, 620; Haedicke, Urheberrecht, S. 41 ff.; Dieselhorst, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 36 ff.; zwischen Inkrafttreten des 1976 Copyright Act und dem Beitritt zur Berner Union waren die formellen Erfordernisse bereits deutlich gelockert; vgl. Nimmer/Nimmer, On Copyright, § 7.02 [C] [2]; Götting/Fikentscher, in: Assmann/Bungert (Hg.), Handbuch, S. 475.

<sup>49</sup> Die Registrierung ist Voraussetzung zur Klageerhebung aus US-amerikanischen Werken (17 U.S.C. § 411) und zur Geltendmachung bestimmter Schadensersatzansprüche („Attorney’s Fees“ sowie „Statutory Damages“, 17 U.S.C. § 412); vgl. hierzu auch Schechter/Thomas, Intellectual Property, S. 90; Götting/Fikentscher, in: Assmann/Bungert (Hg.), Handbuch, S. 476; Dreier/Schulze, § 2 Rz. 247.

<sup>50</sup> Pub. L. No. 101-650, 104 Stat. 2853 (Dec. 1, 1990); die persönlichkeitsrechtlichen Elemente finden sich heute in 17 U.S.C. § 106A; ausführlich zu den *moral rights* im US-amerikanischen Urheberrecht Goldstein, Copyright, § 5.12 ff.; Schechter/Thomas, Intellectual Property, S. 138 ff.; Peifer, ZUM 1993, 325; zur Einführung von persönlichkeitsrechtlicher Elementen durch den VARA siehe auch Dietz, GRUR Int. 1989, 627; Dieselhorst, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 49 ff.; ders., GRUR Int. 1992, 902; Ginsburg, GRUR Int. 1991, 593, 598 ff.; Hasse, Parodie versus Parody, S. 189 ff.

<sup>51</sup> Vgl. die Einschätzung von Miller/Davies, Intellectual Property, S. 428 f. und Götting/Fikentscher, in: Assmann/Bungert (Hg.), Handbuch, S. 471 („systemfremdes Element“).

<sup>52</sup> Vgl. Davies, Public Interest, 5-040.

<sup>53</sup> *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co, Inc.* 499 U.S. 430 (1991).

nur im Hinblick auf die vom Schöpfer stammende (wenn auch häufig nur minimale) Kreativität und ohne Berücksichtigung der eingesetzten Investitionen bestimmt. Diese Orientierung der Schutzvoraussetzungen an Kreativität und Originalität statt an der Höhe der getätigten Investitionen entspricht tendenziell mehr dem kontinentaleuropäischen Ansatz als einem ökonomisch-utilitaristischen Modell<sup>54</sup>.

Trotz ihrer unterschiedlichen und zum Systemunterschied zwischen „Copyright-“ und „droit d’auteur-/Urheberrechtssystem“ erhobenen Ansatzpunkte kann folglich auf inhaltlicher Ebene eine spürbare Annäherung des US-amerikanischen an das kontinentaleuropäische Urheberrecht verzeichnet werden. Auslöser für die Einführung kontinentaleuropäisch geprägter Elemente ist dabei – wie der Abbau der Formalitäten und die Aufnahme urheberpersönlichkeitsrechtlicher Aspekte demonstrieren – häufig die Umsetzung völkerrechtlicher Vorgaben, insbesondere der Berner Übereinkunft<sup>55</sup>. Soweit diese Verträge zwingend sind, ist eine Rückentwicklung des US-amerikanischen Rechts, beispielsweise in Form der Wiedereinführung von Formalitäten, völkerrechtlich nicht zulässig. Darüber hinaus lassen sich auch auf politischer Ebene kaum Ansätze für eine „Bereinigung“ des US-Rechts ausmachen. Als Versuch in diese Richtung ließe sich der Gesetzesentwurf für einen *Public Access to Science Act*<sup>56</sup> interpretieren, nach dem der Urheberrechtsschutz für „Federally Funded Works“ stark eingeschränkt werden sollte, da in diesen Fällen die Urheber bereits durch Steuergelder versorgt sind und damit keinen zusätzlichen Verwertungsan-

---

<sup>54</sup> Vgl. dazu *Davies*, IIC 1995, 964, 969 f.; *Sterk*, 97 Mich. L. Rev. 1197, 1220 ff. (1996) („the court’s opinion is entirely inconsistent with the incentive justification for copyright“); siehe aber auch *Loewenheim*, AIDA 1994, 161, 165 („the consequences of this [i.e. the *Feist*-, A.F.] ruling are still unclear but it seems, at least, that a fundamental change of the common law originality doctrine has not taken place“); zurückhaltend auch *Samuelson*, EIPR 2001, 409, 418.

<sup>55</sup> Zur Bedeutung internationaler Verträge bei der Annäherung von Copyright und droit d’auteur/Urheberrecht *Davies*, IIC 1995, 964, 974 ff.; *Loewenheim*, AIDA 1994, 161, 167 ff.; eine vollkommene Konvergenz wird durch die Berner Übereinkunft allerdings nicht erreicht; so sind nach wie vor einige grundlegende Aspekte des Urheberrechtsschutzes den Mitgliedstaaten überlassen; ein Beispiel hierfür ist die Frage nach der Rechtsinhaberschaft an Filmwerken. Die Berner Übereinkunft lässt es insoweit offen, ob das Recht nach US-Vorstellungen als *work made for hire* unmittelbar beim Produzenten entsteht oder dem deutschen Ansatz entsprechend a priori den Schöpfern zusteht, die dem Produzenten dann entsprechende Nutzungsrechte einräumen können (Art. 14<sup>bis</sup> [2] [a] RBÜ); vgl. auch *Davies*, IIC 1996, 964, 975; zu den Lücken in den multilateralen Instrumenten siehe auch *Ginsburg*, GRUR 2000, 97, 104 f.

<sup>56</sup> 108<sup>th</sup> Congress, HR 2613; online verfügbar unter <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:H.R.2613>; (zuletzt besucht am 12. September 2007); siehe dazu auch *Hansen*, GRUR Int. 2005, 378, 382; *Hansen* schlägt (S. 383 f.) für das deutsche Recht die Einführung eines inhaltlich ähnlichen (allerdings mit einer sechsmonatigen Karenzzeit versehenen) § 52c UrhG vor.

reiz mehr benötigen. Der Entwurf fand allerdings keine ausreichende Unterstützung und ist daher im Ergebnis gescheitert. Ein aus dem Senat stammender und aktuell im Gesetzgebungsverfahren befindlicher Vorschlag zu einem *Federal Research Public Access Act of 2006*<sup>57</sup> möchte Ähnliches bewirken, jedoch sind auch hier die Erfolgsaussichten fraglich. Eine Rückentwicklung des US-amerikanischen Urheberrechts ist daher kaum zu erwarten.

### c) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich damit festhalten, dass das US-amerikanische Urheberrecht in seiner heutigen konkreten Ausgestaltung nicht mehr uneingeschränkt seine theoretischen Grundlagen widerspiegelt und dass stattdessen nicht wenige systemfremde Vorschriften Einzug gehalten haben. Für die Legitimation der US-Urheberrechtstheorie stellt dies insoweit ein Problem dar, als die tatsächliche Entwicklung sich sukzessive von ihren theoretischen Grundlagen löst. Die konkrete Ausgestaltung der US-Urheberrechtsordnung entspricht damit nicht mehr uneingeschränkt dem Leitbild einer auf utilitaristischen Gedanken beruhenden Urheberrechtstheorie.

## 2. Incentive theory und Realität kreativen Schaffens

Ein weiteres Legitimationsproblem ergibt sich daraus, dass der auf Anreizgedanken fußende Ansatz des US-amerikanischen Rechts nicht mehr uneingeschränkt der Realität kreativen Schaffens gerecht wird. Es gibt viele Situationen, in denen nicht oder zumindest nicht primär wirtschaftliche Anreize die Triebfeder schöpferischer Tätigkeit darstellen. Ein Beispiel hierfür ist die ständig an Popularität gewinnende freie Software, bei der die Schöpfer ihre kreativen Beiträge unter einer offenen Lizenz – etwa der *GNU General Public License*<sup>58</sup> – veröffentlichen und dabei bewusst auf ei-

---

<sup>57</sup> 109<sup>th</sup> Congress, S 2695; online verfügbar unter <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:S.2695>; (zuletzt besucht am 12. September 2007); der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle angemerkt, dass auch in Europa der freie Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen diskutiert wird; so findet zur Zeit eine Petition an die Europäische Kommission statt, mit der der freie und kostenlose Zugang zu den Ergebnissen öffentlich geförderter Forschung sichergestellt werden soll; siehe <http://www.ec-petition.eu> (zuletzt besucht am 6. August 2007); die Petition wird unter anderem von der Deutschen Forschungsgemeinschaft unterstützt; siehe Pressemitteilung Nr. 5 vom 30. Januar 2007 ([http://www.dfg.de/aktuelles\\_presse/pressemitteilungen/2007/presse\\_2007\\_05.html](http://www.dfg.de/aktuelles_presse/pressemitteilungen/2007/presse_2007_05.html), zuletzt besucht am 6. August 2007).

<sup>58</sup> <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html> (zuletzt besucht am 6. August 2007); die *GNU General Public License* wird in verschiedenen Varianten in mehreren bekannten Softwareprojekten eingesetzt, darunter GNU/Linux, MySQL und OpenOffice.org.

ne Urhebervergütung verzichten<sup>59</sup>. Einen ähnlichen Ansatz stellt die ebenfalls populäre Idee des *open content* dar, bei der (wissenschaftliche) Publikationen unter geringen Auflagen und ohne Lizenzgebühr (meist online) zugänglich gemacht werden<sup>60</sup>. Das ausschließliche Recht wird bei diesen Lizenzmodellen nicht für die Durchsetzung von Lizenzgebühren, sondern dafür verwendet, die Modalitäten für die Benutzung und Bearbeitung des urheberrechtlich geschützten Materials festzulegen<sup>61</sup>. Die gewinnbringende Verwertung des Ausschließlichkeitsrechts ist unter den genannten Lizenzmodellen damit nicht möglich<sup>62</sup> und kann folglich auch kaum den ausschließlichen Anreiz zur Aufnahme der schöpferischen Tätigkeit darstellen<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Zu Begriff, Konzept und Entwicklung der freien Software *Jaeger/Metzger*, Open Source, Rz. 1 ff.; *Grzeszick*, MMR 2000, 412, 413 ff.; grundlegend *Raymond*, The Cathedral and the Bazaar, <http://catb.org/esr/writings/cathedral-bazaar/> (zuletzt besucht am 6. August 2007).

<sup>60</sup> Siehe etwa die *GNU Free Documentation License* (<http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>, zuletzt besucht am 6. August 2007) oder die Lizenzmöglichkeiten unter dem *Creative Commons*-Projekt (<http://www.creativecommons.org>, zuletzt besucht am 6. August 2007, zur Funktionsweise siehe *Dreier*, FS Schrickler, S. 286 ff.); ein bekanntes universitäres *open content*-Projekt ist die *MIT OpenCourseWare* des Massachusetts Institute of Technology (<http://ocw.mit.edu>; zuletzt besucht am 6. August 2007); allgemein zu *open contents* siehe auch *Suber*, in: Jacobs (Hg.), Open Access, (online verfügbar unter: <http://eprints.rclis.org/archive/00006671>; zuletzt besucht am 6. August 2007); *Jaeger/Metzger*, MMR 2003, 431; *Pflüger/Ertmann*, ZUM 2004, 436; *Plaß*, GRUR 2002, 670.

<sup>61</sup> Vgl. *Grzeszick*, MMR 2000, 412, 416 f.; *Jaeger/Metzger*, Open Source, Rz. 128 sprechen davon, dass nur durch die Verbotsrechte die Software „vor einer den Ideen Freier Software widersprechenden Art der Verwendung geschützt werden“ kann; *Ohly*, in: Hoffmann-Riem/Eifert (Hg.), Geistiges Eigentum und Innovation, S. 281 f. betont zu Recht, dass *open source*-Software zwar eine alternative Form der Nutzung darstelle, dennoch aber auf das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht angewiesen sei; entsprechende Projekte belegten daher „eher die Vitalität als die Fragwürdigkeit des Rechtsschutzes von Computerprogrammen“.

<sup>62</sup> Auch wenn das Ausschließlichkeitsrecht an freien Softwareprodukten nicht zur Durchsetzung von Lizenzeinnahmen verwendet werden kann, bedeutet dies allerdings nicht, dass überhaupt keine wirtschaftliche Betätigung im Zusammenhang mit freier Software möglich ist; zu den Geschäftsmodellen im Zusammenhang mit *open source*-Software (Distributionen, Embedded Systems, Dienstleistungen und Softwareentwicklung) *Jaeger/Metzger*, Open Source, Rz. 18 ff.

<sup>63</sup> Vgl. zu dieser Problematik *Boyle*, 66 Law & Contemp. Probs. 33, 44 ff. (2003); sehr kritisch *Stallman*, in: Moore (Hg.): Intellectual Property, S. 283 ff.; vgl. auch den Hinweis von *Geiger*, IIC 37 (2006), 371, 381, dass die Teilnahme an *open source* und *open content*-Projekten häufig ein Zeichen dafür sei, dass sich die Schöpfer mit dem gängigen Urheberrechtssystem nicht identifizieren wollen; ähnlich auch *Dieselhorst*, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 180 f. mit dem Hinweis, die dem US-amerikanischen Urheberrecht historisch zugewiesene Funktion der Verbreitung von Wissen sei angesichts der elektronischen Verfügbarkeit von Inhalten nicht mehr zeitgemäß.

Auch in anderen Bereichen existieren mehr oder weniger starke nicht-monetäre Anreize, die im Vergleich zur Aussicht auf wirtschaftliche Verwertung eine gleichstarke, wenn nicht sogar überragende Rolle spielen. Beispielsweise werden im Bereich der bildenden Künste viele Werke eher aus ideellen Motiven, wie etwa künstlerischer Selbstverwirklichung, denn aufgrund wirtschaftlicher Aspekte geschaffen<sup>64</sup>. Ähnliches gilt für wissenschaftliche Publikationen von Universitätsangehörigen. Im Vordergrund der schöpferischen Tätigkeit stehen hier in erster Linie das wissenschaftliche Ansehen und die Achtung durch die *scientific community* und nicht die (ohnehin meist überschaubare) wirtschaftliche Ausbeute<sup>65</sup>. Weitergehender monetärer Anreize bedarf es in diesen Fällen auch deshalb nicht, weil der Wissenschaftler in aller Regel an der Hochschule angestellt ist und von dieser wirtschaftlich versorgt wird<sup>66</sup>. Hinzu kommt, dass Ausschließlichkeitsrechte im akademischen Umfeld ohnehin weniger dem forschenden Schöpfer als vielmehr dem Werkvermittler, der sich den Zugang zu den urheberrechtlich geschützten Werken teuer bezahlen lässt, zugutekommen<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Vgl. *Calandrillo*, 9 Fordh. Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 301, 316 f. (1998); *Hurt/Schuchman*, 56 Am. Econ. Rev. 421, 425 f. (1966); *Senfleben*, Three-Step Test, S. 20; *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 262; zum komplexen Einfluss sog. intrinsischer und extrinsischer Faktoren auf die Motivation des Schöpfers siehe *Peukert*, in: Reh binder (Hg.), Psychologische Dimension, S. 139 ff.; *Reich*, Ökonomische Analyse, S. 33 ff. (m.w.N.) (ökonomische Anreize als nicht hinreichende aber notwendige Bedingung für kreatives Schaffen); die umstrittene Frage, inwieweit sich die Persönlichkeit des Schöpfers im Werk widerspiegelt untersucht *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral, S. 59 ff. anhand von Selbstzeugnissen großer Künstlerpersönlichkeiten.

<sup>65</sup> *Geiger*, IIC 37 (2006), 371, 380; siehe auch den Hinweis von *Ohly*, in: Hoffmann-Riem/Eifert (Hg.), Geistiges Eigentum und Innovation, S. 289 auf einen Diskussionsbeitrag von *Luigi Ubertaini* („Wir schreiben doch, weil in uns ein Feuer brennt“); wissenschaftliche Publikationen können zwar mittelbare wirtschaftliche Vorteile haben und beispielsweise den *tenure process* beeinflussen (vgl. hierzu auch *Ohly*, in: Depenheuer/Peifer (Hg.), Geistiges Eigentum, S. 148 (Fn. 35), diese mittelbaren Vorteile bestehen allerdings unabhängig davon, ob an den wissenschaftlichen Publikationen ein vermögensrechtliches Ausschließlichkeitsrecht des Universitätsangehörigen besteht; vgl. zu diesen Erwägungen *Davies*, Public Interest, 9-004, *Landes/Posner*, 18 J. Legal Stud., 325, 331 (1989); zur Berechnung des Wertes eines wissenschaftlichen Artikels aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht siehe *Tuckman/Leahey*, 83 J. Pol. Econ. 951 (1975).

<sup>66</sup> *Geiger*, IIC 37 (2006), 371, 380 weist zudem darauf hin, dass die durch Ausschließlichkeitsrechte vermittelten wirtschaftlichen Vorteile erst mit Zeitverzögerung nach dem Schöpfungsvorgang eintreten.

<sup>67</sup> Ausführlich zu dieser Problematik *Hilty*, GRUR Int. 2006, 179; *ders.*, in: Klippel/Ohly (Hg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 127 ff.; zu den trotz „Legitimationskrise“ weiterbestehenden Funktionen wissenschaftlicher Verlage (Auswahl, Archivierung, Qualitätskontrolle) siehe *Ohly*, in: Depenheuer/Peifer (Hg.), Geistiges Eigentum, S. 149.

Abschließend kann damit festgehalten werden, dass eine Vielzahl von kreativen Werken mit dem der *incentive theory* zugrunde liegenden Bild vom wirtschaftlich denkenden, investierenden Urheber nicht zu vereinbaren ist. Die durch den Gesetzgeber erfolgte Gewährung von urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten orientiert sich nicht an der Frage, ob für bestimmte Werke auch tatsächlich ein ökonomisch-utilitaristisches Bedürfnis nach Rechtsschutz besteht<sup>68</sup>. Stattdessen findet das Urheberrecht unterschiedslos auch dann Anwendung, wenn der Urheber (oder eine Gruppe von Urhebern) keines wirtschaftlichen Anreizes bedarf. Der praktische Einfluss der Urheberrechtstheorie auf die konkrete Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung wird dadurch spürbar geschmälert.

### 3. *Eldred v. Ashcroft*

Da die *intellectual property clause* die Gesetzgebungskompetenz ausdrücklich mit dem *incentive*-Ansatz verbindet<sup>69</sup>, wirft die eben beschriebene Toleranz des US-amerikanischen Urheberrechts gegenüber Nicht-Anreiz-Elementen grundlegende verfassungsrechtliche Fragen auf. Insbesondere gibt die geschilderte Entwicklung Anlass zu der Überlegung, ob urheberrechtliche Vorschriften, die nicht dem „Fortschritt der Wissenschaft und nützlichen Künste“ dienen, überhaupt verfassungsgemäß auf Grundlage der *intellectual property clause* erlassen werden können. Dass eine solche Interpretation der Klausel als inhaltlich beschränkte Ermächtigung nicht aus der Luft gegriffen ist, zeigt ein Blick auf andere Elemente der *intellectual property clause*. Beispielsweise wird die Erwähnung der „writings“ so verstanden, dass grundsätzlich nur diejenigen Werke gesetzlichen Urheberrechtsschutz genießen, die in einem körperlichen Ausdrucksmittel festgehalten sind<sup>70</sup>. Die Einschränkung des „copyrightable subject matter“ in 17 U.S.C. § 102 auf „works of authorship fixed in any tangible medium of expression“ lässt sich damit unmittelbar auf die *intel-*

---

<sup>68</sup> Tatsächlich existieren auch nur unzureichende empirische Daten über die Anreizwirkung des Urheberrechtsschutzes, vgl. *Breyer*, 84 Harv. L. Rev. 281, 351 (1970), der dies im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren zum 1976 Copyright Act moniert; siehe auch *Goldstein*, Copyright, S. 1:45 f., nach dem die US-amerikanische Urheberrechtsgesetzgebung nicht immer auf empirischen Informationen oder theoretischen Überlegungen sondern zweifellos auch „on the basis of informed hunch“ erfolgt.

<sup>69</sup> Ausführlich dazu oben S. 122 ff.

<sup>70</sup> Ausführlich *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 1.08 [B] [2]; *Nimmer* weist darauf hin, dass der Zusammenhang zwischen Writing und Fixation in der Rechtsprechung häufig nicht ausdrücklich genannt, sondern vorausgesetzt wird und verweist auf *Goldstein v. California*, 412 U.S. 546, 561 (1973); *Capitol Record Inc. v. Mercury Records Corp.*, 221 F2d 657, 664 (2<sup>nd</sup> Cir. 1955) (Sondervotum *Learned Hand*) siehe auch *Hasse, Parodie v. Parody*, S. 181; *Götting/Fikentscher*, in: Assmann/Bungert (Hg.), Handbuch, S. 474.

*lectual property clause* zurückführen. Angesichts dieser spürbaren und anerkannten Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes<sup>71</sup> erscheint es nicht abwegig, auch der in der Verfassung enthaltenen *incentive theory* einen entsprechenden Einfluss zuzugestehen.

In der Entscheidung *Eldred v. Ashcroft*<sup>72</sup> bekam der US Supreme Court schließlich die Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äußern. Gegenstand des Verfahrens war die Verfassungsmäßigkeit der Verlängerung der urheberrechtlichen Schutzfristen durch den *Sonny Bono Copyright Term Extension Act 1998* (CTEA)<sup>73</sup>. Das Gericht hatte unter anderen zu entscheiden, ob die Verlängerung der Schutzfristen um 20 Jahre mit dem „limited times“-Erfordernis und dem Anreizgedanken der *intellectual property clause* zu vereinbaren sei. Ansatzpunkt für die mögliche Unvereinbarkeit des CTEA mit den Anreizerwägungen des US-amerikanischen Urheberrechts war dabei die durch das Gesetz erfolgte Retrospektivität der Schutzfristenverlängerung, durch die auch bereits existierende Werke erfasst wurden. Da die Autoren ihre kreative Tätigkeit in diesen Fällen schon (zum Teil längst) abgeschlossen hatten, konnte die nachträgliche Verlängerung der Schutzdauer insoweit keinen Anreiz mehr auf ihr Werkschaffen ausüben<sup>74</sup>. Eine retrospektive Verlängerung der Schutzfristen ist demnach denkbar ungeeignet, durch Investitionsanreize den Fortschritt der Wissenschaft und Künste auch tatsächlich zu fördern. Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen hat die in der *intellectual property clause* verankerte Anreiztheorie das Potential, konkrete und zum Teil wirtschaftlich sehr bedeutende Gesetzgebungsvorhaben zu Fall zu bringen. Das Verfahren *Eldred v. Ashcroft*

---

<sup>71</sup> Für weitere Beispiele einer Einschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes durch die *intellectual property clause* siehe *Samuelson*, EIPR 2001, 409, 417 f.; *Walterscheid*, *Nature*, S. 154 ff.

<sup>72</sup> *Eric Eldred v. John. D. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003); die Entscheidung bestätigt das Urteil des Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Eldred v. Reno*, 239 F.3d 372 (D.C. Cir. 2001); in der ersten Instanz hatte der District Court des District of Columbia entschieden, *Eldred v. Reno*, 74 F.Supp2d 1 (D.D.C. 1999); zu den Vorinstanzen *Peukert*, GRUR Int. 2002, 1012, 1017.

<sup>73</sup> Pub. L. No. 105-298, 112 Stat. 2827 (1998); allgemein zur Entwicklung der Schutzfristen im US-amerikanischen Urheberrecht siehe *Crews*, 55 *Syracuse L. Rev.* 189, 205 ff. (2005); *Ochoa*, 49 *J. Cop. Soc'y USA* 19, 26 ff. (2002).

<sup>74</sup> Vgl. den *Brief of Intellectual Property Law Professors as Amici Curiae supporting Petitioners*, online unter <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/amici/ip-lawprofs.pdf> (zuletzt besucht am 6. August 2007), S. 15 f.: „The works covered by those copyrights were created long ago. One cannot reach back into the past and persuade their authors to have created them“; kritisch auch *Brown/Miller*, 44 *J. Cop. Soc'y USA* 94, 98 f. (1996).

fand dementsprechend sowohl auf Seiten der Rechtswissenschaft als auch auf Seiten der Kulturindustrie große Beachtung<sup>75</sup>.

Für eine detaillierte Darstellung der im Verfahren *Eldred v. Ashcroft* vorgebrachten Argumente sei auf die vor und nach der Entscheidung zahlreich veröffentlichte US-amerikanische Literatur verwiesen<sup>76</sup>. Vor dem Hintergrund der vorliegenden Arbeit bleibt – etwas vereinfacht – festzuhalten, dass der US Supreme Court die (retrospektive) Schutzfristenverlängerung durch den CTEA im Ergebnis als verfassungsgemäß angesehen hat. Dem Argument, die Urheberrechtsgesetzgebung müsse immer auch nachweisbar den Fortschritt der Wissenschaft und der nützlichen Künste fördern<sup>77</sup>, schloss sich der US Supreme Court nicht an und lehnte es ab, insoweit aus der *intellectual property clause* zwingende Vorgaben für den Gesetzgeber abzuleiten:

„It is generally for Congress not the courts, to decide how best to pursue the Copyright Clause’s objectives“<sup>78</sup> [...] „In sum, we find that the CTEA is a rational enactment; we are not at liberty to second-guess congressional determinations and policy judgements of this order, however debatable or arguably unwise they may be. Accordingly, we cannot conclude that the CTEA [...] is an impermissible exercise of Congress’ power under the Copyright Clause“<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> Sichtbar wird dies bereits an der beeindruckenden Liste der *amici curiae*, zu denen mehr als fünfzig Intellectual Property Law-Professoren, zahlreiche Verbände und einige Großunternehmen, beispielsweise AOL Time Warner oder Intel, gehörten; ausführlich zu den *amici curiae* im US-amerikanischen Recht *Hirte*, ZZP 104 (1991), 11; eine Übersicht über die *amici curiae* auf Kläger- und Beklagtenseite im Verfahren *Eldred v. Ashcroft* ist abrufbar unter <http://eldred.cc/legal/supremecourt.html> (zuletzt besucht am 6. August 2007); siehe auch *Peukert*, GRUR Int. 2002, 1012, 1016 f.

<sup>76</sup> Etwa *Brown/Miller*, 44 J. Cop. Soc’y USA 94 (1996); *Crews*, 55 Syracuse L. Rev. 189 (2005); *Daum*, 29 N.C.J. Int’l L. & Com. Reg. 129 (2003); *Ginsburg/Gordon/Miller/Patry*, 18 Cardozo Arts & Ent. L.J. 651 (2000); *Heald/Sherry*, 2000 U. Ill. L. Rev. 1119; *Hilty*, GRUR Int. 2003, 201; *Karjala*, 36 Loy. L.A. L. Rev. 199 (2003); *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, § 1.05 [A] [1]; *Ochoa*, 49 J. Cop. Soc’y USA 19 (2002); *Schwarz/Treanor*, 112 Yale L.J. 2331 (2003); *Stratton*, 15 Fordh. Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 893 (2005); *Walterscheid*, 7 J. Intell. Prof. L. 315 (2000).

<sup>77</sup> Die Kläger hatten sich insoweit auf den Wortlaut der Klausel und einige frühere Urteile des US Supreme Court berufen; siehe den *Brief for Petitioners* (online verfügbar unter <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/opening-brief.pdf>, zuletzt besucht am 12. August 2007), S. 11 ff.; relevant sind in diesem Zusammenhang unter anderem die Entscheidungen *Feist Publications v. Rural Telephone Services Co.*, 499 U.S. 340 (1991) und *Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966); siehe auch den *Brief of Intellectual Property Law Professor as Amici Curiae* (online verfügbar unter <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/amici/ip-lawprofs.pdf>, zuletzt besucht am 6. August 2007), S. 8 ff.

<sup>78</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 211 f. (2003) unter Bezugnahme auf *Sony v. Universal*, 464 U.S. 417, 429 (1984) und *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 230 (1990).

<sup>79</sup> *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 208 (2003).

Im Hinblick auf die Fragestellung der vorliegenden Arbeit ist es bemerkenswert, welcher großzügigen Maßstab der US Supreme Court bei der Beurteilung der *intellectual property clause* anlegt. Die Auffassung des Gerichts lässt dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken weitgehend freie Hand und schränkt die gerichtliche Überprüfbarkeit der Urheberrechtsgesetzgebung deutlich ein<sup>80</sup>. Der dem US-amerikanischen Urheberrecht zugrunde liegende Anreizgedanke ist damit, was die Gewährung der Ausschließlichkeitsrechte durch die Gesetzgebung anbelangt, im Grunde nicht justiziabel. Auch wenn daher urheberrechtliche Vorschriften generell oder im Einzelfall nachweisbar nicht mit der *incentive theory* vereinbart werden können, ändert dies nichts an ihrer Verfassungsmäßigkeit.

#### IV. Zusammenfassung und Schlussfolgerung: Das Ende der *incentive theory*?

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die praktische Relevanz der *incentive theory* in weitreichendem Umfang in Frage gestellt ist. Die US-amerikanische Urheberrechtsordnung hat sukzessive kontinentaleuropäisch geprägte systemfremde Elemente aufgenommen und entspricht damit in vielen Teilen nicht mehr dem Idealbild eines utilitaristischen Urheberrechts. Ein verfassungsrechtliches Problem stellt dies – jedenfalls aus Sicht des US Supreme Court – nicht dar, da die *intellectual property clause* dem Kongress nur äußerst vage Vorgaben zur konkreten Anreizwirkung der Urheberrechtsordnung macht.

Trotz dieser weitreichenden Diskrepanz von Theorie und Praxis wäre es verfehlt, der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie jedwede Bedeutung abzuspochen. Zwar ließe sich darüber nachdenken, ob die Anreiztheorie nicht durch die tatsächliche Entwicklung überholt und damit als falsifiziert angesehen werden müsste<sup>81</sup>. Eine solche rein auf Falsifizierung und Verifizierung wissenschaftlicher Theorien angelegte Betrachtung würde allerdings dem Charakter der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie nicht gerecht. Die dem *incentive*-Ansatz zugrunde liegenden Gedanken stellen nicht nur eine (falsifizierbare) Erklärung für praktische Aspekte der Urheberrechtsordnung dar, sondern erfüllen als rechtshistorisches und -philosophisches Erbe auch eine Funktion als typologisches Leitbild. Vor diesem Hintergrund sollte die „Legitimationskrise“ des US-amerikanischen Urheber-

---

<sup>80</sup> Illustrativ *Daum*, 29 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. 129, 141 (2003): „So long as Congress is sophisticated enough to pass copyright laws that are incremental and not blatantly indefinite, it seems the Court will remain unwilling to support a facial constitutional challenge“.

<sup>81</sup> Zur Problematik der Falsifizierung juristischer Theorien *Canaris*, JZ 1993, 377, 385 ff.; *Rüthers*, Rechtstheorie, Rz. 17.

berrechts nicht überbewertet werden. Mögen sich utilitaristische Gedanken zwar nicht mehr uneingeschränkt in der praktischen Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung wiederfinden, so ist das Urheberrechtssystem als Ganzes dennoch nach wie vor vom Leitbild des Anreizgedankens geprägt. Sichtbar wird dies beispielsweise an der weiterhin existierenden *work made for hire*-Doktrin und der in der freien Übertragbarkeit des Urheberrechts zum Ausdruck kommenden losen Verbindung von Schöpfer und Werk. Die *incentive theory* hilft beim Verständnis dieser für das US-amerikanische Recht nach wie vor charakteristischen Vorschriften und ruft in Erinnerung, dass von einer vollständigen Konvergenz des US-amerikanischen Copyright mit dem kontinentaleuropäischen *droit d'auteur* noch keine Rede sein kann<sup>82</sup>. In dieser Funktion als charakteristisches Leitbild der US-Urheberrechtsordnung behält die *incentive theory* ihre Existenzberechtigung.

### B. Verankerung der Fair Use-Doktrin in der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie

Als integraler Bestandteil der Urheberrechtsordnung ist die Fair Use-Doktrin spürbar in der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie verankert. Die Anreiztheorie in ihrer Funktion als typologisches Leitbild (I) hat Einfluss auf die ökonomische Analyse und utilitaristische Rechtfertigung der Doktrin (II). Mit Blick auf die US-amerikanische Urheberrechtstheorie können damit einige Besonderheiten der Fair Use-Doktrin und Unterschiede zum deutschen Recht erklärt werden (III).

#### I. Begründung der Urheberrechtsschranken und Leitbildrolle der Urheberrechtstheorien

Die im *Abschnitt A* erfolgte Untersuchung zu den Urheberrechtstheorien versuchte ausschließlich die Frage zu beantworten, warum die Rechtsordnung urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte anerkennen oder gewähren sollte. Ganz ähnlich ging es im Zusammenhang mit der „Legitimationskrise“ des US-amerikanischen Urheberrechts darum, ob und inwieweit die Urheberrechtsgewährung angesichts der tatsächlichen Entwicklung noch legitimerweise auf Anreizüberlegungen gestützt werden kann. Für eine Untersuchung der Existenzberechtigung von Urheberrechtseinschränkungen ist damit aus den bisherigen Überlegungen *prima facie* noch nichts gewonnen. Dennoch darf mit guten Gründen vermutet werden, dass die

---

<sup>82</sup> Vgl. zu diesem Aspekt auch *Strowel*, in: *Sherman/Strowel* (Hg.), *Of Authors and Origins*, S. 248 f., der trotz attestierter Konvergenz zwischen *droit d'auteur* und *copyright* davon ausgeht, dass bestimmte Abweichungen in den nationalen Rechtsordnungen auf geistesgeschichtliche Wurzeln zurückgeführt werden können.

Urheberrechtstheorien auch die Handhabung der Urheberrechtsschranken spürbar beeinflussen. Ein Indiz hierfür liefert der im *Teil 1* dieser Untersuchung gezogene Vergleich der Schrankenrealität in den USA und Deutschland. Dort wurde gezeigt, dass Fair Use-Doktrin und deutscher Schrankenkatalog nicht nur regelungstechnisch unterschiedlich strukturiert sind, sondern auch in ihrer Handhabung spürbare Unterschiede aufweisen. Beispielsweise konnte dokumentiert werden, dass die Auslegung der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin maßgeblich durch ökonomische Erwägungen beeinflusst wird, während im deutschen Recht derartige Überlegungen allenfalls als Korrektiv eine Rolle spielen<sup>83</sup>. Es liegt daher nahe, die Auswirkungen der *incentive theory* in ihrer Funktion als typologisches Leitbild<sup>84</sup> auch im Hinblick auf die US-amerikanische Schrankensystematik zu untersuchen. Eine wichtige Funktion wird dabei – wie bereits bei der Rechtsgewährung – die ökonomische Analyse des Rechts spielen<sup>85</sup>.

## II. Ökonomisch-utilitaristische Rechtfertigung als Leitmotive der Fair Use-Doktrin

### 1. Korrektur eines Marktversagens aufgrund prohibitiver Transaktionskosten

Die in den USA vorherrschende *incentive theory* betrachtet – wie im *Abschnitt A* gezeigt<sup>86</sup> – die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte in erster Linie als staatliche Intervention, mit der ein auf dem freien Markt drohendes „Marktversagen“ verhindert wird. Die durch das Urheberrecht verursachten Nachteile sind in dieser Situation geringer als die gesamtwirtschaftlichen Vorteile und werden daher als notwendiges Übel in Kauf genommen. Da allerdings auch der durch das Urheberrecht modifizierte Markt nicht perfekt ist, sind Situationen denkbar, in denen sich das eben beschriebene Szenario umkehrt und auch dieser Markt „versagt“. Dies gilt beispielsweise dann, wenn gerade die Existenz von Urheberrechten kreatives Werkschaffen und entsprechende Investitionen verhindert. Wendet man auf derartige Fälle konsequent das der *incentive theory* zugrunde lie-

---

<sup>83</sup> Siehe den Vergleich zwischen § 51 UrhG und der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin oben S. 111 f.

<sup>84</sup> Siehe dazu oben S. 136 f.

<sup>85</sup> Als weiterer, im Vergleich mit den eben geschilderten ökonomisch-utilitaristischen Erwägungen jedoch deutlich weniger relevanter und daher an dieser Stelle ausgesparter Ansatz zur Rechtfertigung der Fair Use-Doktrin wird zum Teil auf die im *first amendment* der US-amerikanischen Verfassung niedergelegte Meinungsfreiheit verwiesen; ausführlich zu dieser Überlegung *Rosenfield*, in: Lawrence/Timberg (Hg.), *Fair Use and Free Inquiry*, S. 292 ff.; vgl. auch *Timberg*, 75 Nw. U. L. Rev. 193, 226 ff. (1980); *Samuelson*, *EIPR* 2001, 409, 420.

<sup>86</sup> Siehe oben S. 119 ff.

gende Kalkül an, so ist in diesen Situationen nicht die Gewährung, sondern gerade die Einschränkung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte erforderlich. Die Fair Use-Doktrin ermöglicht hier einen Eingriff in den durch Urheberrechte modifizierten Markt und stellt durch die Einschränkung des Urheberrechts punktuell den günstigeren Zustand der Gemeinfreiheit des urheberrechtlichen Werkes her.

Demonstrieren lassen sich diese Überlegungen am Beispiel von Buchbesprechungen in Zeitungen, bei denen auch kleine Ausschnitte des besprochenen Werkes abgedruckt werden. Gäbe es für eine solche, in das Reproduktionsrecht des Urheberrechtinhabers eingreifende Handlung keine Urheberrechtsschranke, so müsste die Zeitung an den Urheberrechtinhaber herantreten und von diesem ein Nutzungsrecht an den Textstellen erwerben. Der damit verbundene Zeit- und Kostenaufwand (sog. Transaktionskosten) ist in dieser Situation häufig aber derart hoch, dass es mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit nicht zur Veröffentlichung der Buchbesprechung unter Verwendung der Textausschnitte kommen wird. Dies stellt insoweit eine unbefriedigende Situation dar, als für den Urheberrechtinhaber im Fall der Buchbesprechung keine oder nur minimale Beeinträchtigungen zu erwarten wären. Die Existenz des Urheberrechts verhindert damit die Nutzung des Werkes, ohne dass dadurch für den Urheberrechtinhaber nennenswerte (wirtschaftliche) Vorteile entstehen<sup>87</sup>.

Abstrakt wurden die geschilderten Erwägungen von *Wendy J. Gordon* in einem 1982 veröffentlichten einflussreichen Aufsatz<sup>88</sup> als „three part test for determining fair use“ zusammengefasst:

„Fair use should be awarded to the defendant in a copyright infringement action when (1) market failure is present; (2) transfer of the use to defendant is socially desirable; and (3) an award of fair use would not cause substantial injury to the incentives of the plaintiff copyright owner“<sup>89</sup>

Ähnlich betrachten *William Landes* und *Richard Posner* vergleichbare Situationen. Nach ihnen existiert zum einen der *high transaction cost, no*

---

<sup>87</sup> Zu diesem Beispiel *Goldstein*, Copyright, S. 10:04 f.; ähnlich *ders.*, International Copyright Law, S. 293 (Zitierung einiger Absätze aus einer Abhandlung in einem wissenschaftlichen Aufsatz).

<sup>88</sup> *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982).

<sup>89</sup> *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1614 ff. (1982); siehe hierzu auch *Ku*, 18 Berkeley Tech. L.J., 539, 557 (2003); *Sag* 81 Tul. L. Rev. 187, 227 ff. (2006); ähnlich auch der *private benefit approach* von *Goldstein*, Copyright, S. 10:5: „This approach requires that, in every case in which a defendant asserts fair use, the court first determine whether the benefits conferred by defendant’s use exceed the losses that its use will inflict and, second whether, as a rule, transaction costs would stand in the way of a negotiated license. Only if both questions are answered affirmatively will the fair use defense apply“; vgl. auch *ders.*, 50 J. Cop. Soc’y USA 133, 135 ff. (2003); ähnlich auch *Winslow*, 69 S. Cal. L. Rev. 767, 793 ff. (1996), der diese Fälle als „implied consent cases“ bezeichnet.

*harm case*<sup>90</sup>, bei dem der Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials prohibitiv hohe Transaktionskosten entgegenstehen, der Eingriff in das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers aber gleichzeitig keine spürbaren Auswirkungen auf den Absatz oder die Nachfrage des urheberrechtlich geschützten Werkes zeitigt. Dies trifft beispielsweise auf Vervielfältigungen im Rahmen kleinerer Zitate zu. Als weitere Variante führen *Landes/Posner* den *negative harm, implied consent case*<sup>91</sup> an, bei dem neben der Disparität zwischen Transaktionskosten und wirtschaftlichen Folgen noch weitere anders gelagerte Argumente zum Tragen kommen. In diese Gruppe fallen beispielsweise die bereits erwähnten Buchbesprechungen in Zeitungen. Hier sei zu berücksichtigen, dass Bücher Merkmale sog. Erfahrungsgüter (*experience goods*) in sich tragen, bei denen die inhaltliche Qualität regelmäßig erst durch die Benutzung offenbar wird<sup>92</sup>. Da Buchbesprechungen potentiellen Erwerbfern folglich einen Informationsvorteil gewährten, werde dadurch die (Gesamt-) Nachfrage nach Büchern tendenziell erhöht. Die Verleger seien zwar grundsätzlich auch ohne Urheberrechtsschranken bereit, Gratislizenzen für Buchbesprechungen zu erteilen, dies gelte aber nicht immer auch für negative Kritiken. Die Glaubwürdigkeit von Rezensionen und der damit verbundene positive Einfluss auf die Gesamtnachfrage seien aber gerade davon abhängig, dass auch negative Kritiken publiziert würden. Für die Gesamtheit aller Verleger sei es daher günstiger, wenn Buchrezensionen mit Hilfe der Fair Use-Doktrin ohne Zustimmung des Urheberrechtinhabers vorgenommen werden könnten<sup>93</sup>.

Nach allen genannten Ansätzen sind folglich die für den Nutzer zu erwartenden Vorteile deutlich größer als die mit der Nutzung für den Urheberrechtinhaber verbundenen Nachteile. Über das Merkmal der Transaktionskosten und durch die Abwägung mit den für den Urheberrechtinhaber zu erwartenden Folgen nimmt die Fair Use-Doktrin eine ökonomische Korrektur des Urheberrechtssystems vor. Auch wenn sich die Gerichte nur selten offen mit diesen wirtschaftlichen Aspekten der Fair Use-Doktrin beschäftigen<sup>94</sup>, stehen derartige Erwägungen dennoch häufig im Hintergrund von Fair Use-Entscheidungen. Ein prominentes Beispiel hierfür ist das Ur-

---

<sup>90</sup> *Landes/Posner*, Economic Aspects, S. 115 ff.

<sup>91</sup> *Landes/Posner*, Economic Aspects, S. 117 ff.; siehe auch *dies.* 18 J. Legal Stud. 325, 358 f. (1989).

<sup>92</sup> Grundlegend zur Unterscheidung zwischen *Erfahrungsgütern* (*experience goods*) und *Inspektionsgütern* (*search goods*) *Nelson*, 78 J. Pol. Econ. 311 (1970).

<sup>93</sup> *Landes/Posner*, Economic Aspects, S. 117 f.; *Sag*, 81 Tul. L. Rev. 187, 228 f. (2006); zu dieser Überlegung siehe auch *Lessig*, Code Version 2.0, S. 184 f. („authors as a whole benefit from the system of fair use, even if particular authors do not“).

<sup>94</sup> Vgl. *Schechter/Thomas*, Intellectual Property, S. 216.

teil des US Supreme Court in *Sony v. Universal*<sup>95</sup>. Die Transaktionskosten – also der Aufwand, für die Aufzeichnung von Fernsehsendungen eine Lizenz zu erlangen – wären in diesem Fall so hoch, dass im Ergebnis die Nutzung häufig ganz unterbliebe. Für die Urheberrechtsinhaber bedeutete die Aufzeichnung aber nur eine sehr geringe Beeinträchtigung, da die Werke bei einer Fernsehausstrahlung ohnehin frei empfangbar sind. Aus Sicht der verwertenden Fernsehanstalten ließe sich sogar argumentieren, dass mit der Möglichkeit von Videoaufzeichnungen effektiv sogar das mit einer Sendung erreichte Publikum vergrößert werde<sup>96</sup>. Die Zulässigkeit des *time-shifting* unter der Fair Use-Doktrin korrigiert damit ein „Marktversagen“, ohne zusätzliche Nachteile zu verursachen<sup>97</sup>.

In jüngerer Zeit und vor dem Hintergrund des technischen Fortschritts sieht sich die in erster Linie auf das Marktversagen abstellende Begründung von Urheberrechtsschranken allerdings grundlegender Kritik ausgesetzt. Durch den vermehrten Einsatz von Verwertungsgesellschaften oder Clearing-Zentralen ließen sich die Transaktionskosten deutlich verringern und bei Verwendung neuer technischer Möglichkeiten – beispielsweise DRM- und Online-Lizenzsystemen – gar auf ein Minimum reduzieren. Aus diesen Überlegungen wird in der Rechtswissenschaft der Schluss gezogen, dass die auf prohibitiv hohen Transaktionskosten basierende Schrankenrechtfertigung nicht mehr in allen Fällen greift<sup>98</sup>. Die Kritik ist im Ansatz berechtigt und schwächt in der Tat die Stärke einer auf das Marktversagen abstellenden Schrankenbegründung. Das Transaktionskostenargument ganz

---

<sup>95</sup> 464 U.S. 417 (1984) zur Darstellung des Sachverhaltes siehe auch oben S. 38 f.; zur ökonomischen Analyse des Betamax-Falles *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1652 ff. (1982) (bezogen auf die Entscheidung des Court of Appeals for the 9<sup>th</sup> Circuit); *Samuelson*, EIPR 2001, 409, 410; zur Analyse der Entscheidung *Cambell v. Acuff-Rose* im Hinblick auf ein Marktversagen vgl. *Merges*, 21 AIPLA Q.J. 305 (1993).

<sup>96</sup> Welchen Wert die Erhöhung der Zuschauerzahlen für die Sender tatsächlich hat, kann aufgrund der Möglichkeit, bei der Wiedergabe Werbeaufzeichnungen zu überspringen, allerdings nicht mit Sicherheit gesagt werden; vgl. *Landes/Posner*, Economic Aspects, S. 118.

<sup>97</sup> Kritisch zur Deutung von *Sony v. Universal* im Hinblick auf ein Marktversagen *Lunney*, 82 B.U. L. Rev. 975 (2002); siehe hierzu auch die Erwiderung von *Gordon*, 82 B.U. L. Rev. 1031, (2002).

<sup>98</sup> Vgl. *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 312 ff.; *Bell*, 76 N.C. L. Rev. 557, 581 ff. (1998); *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rz. 4; *Goldstein*, Copyright, S. 10:7; *ders.*, 50 J. Cop. Soc’y USA 133, 136 f. (2003); *Hardy*, 1996 U. Chi. Legal F. 217, 236 ff.; *Heide*, in: Hilty/Peukert (Hg.), Interessenausgleich, S. 88 f. („unhelpful fixation on market failure“); *Kitch*, 78 Neb. L. Rev. 880, 886 ff. (1999); *Ku*, 18 Berkeley Tech. L.J., 539, 560 f. (2003); *Landes/Posner*, Economic Aspects, S. 116 f.; *dies.*, 18 J. Legal Stud., 325, 358 (1989); *Merges*, 12 Berkeley Tech. L.J. 115, 130 ff. (1997); *Senftleben*, Three-Step Test, S. 31 f.; *Sirinelli*, Exceptions and Limits, S. 24; *Towse*, Creativity, S. 15 f.

beseitigen können die angeführten Erwägungen allerdings nicht in jeder Situation. Selbst bei kosteneffizientester Lizenzerteilung bleibt immer noch ein (den Transaktionskosten zuzurechnender) Zeitaufwand, der insbesondere dann einen Lizenzerwerb verhindern kann, wenn eine Vielzahl von Werken genutzt wird. Als Beispiel sei hier auf die Anfertigung wissenschaftlicher Arbeiten verwiesen, bei deren Erstellung mitunter eine nicht unerhebliche Zahl von urheberrechtsrelevanten Zitaten erforderlich ist. Der für den Lizenzerwerb erforderliche Zeitaufwand würde hier vielfach einer (auch mit geringsten sonstigen Kosten möglichen) Transaktion entgegen stehen und der Autor mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf andere, nicht urheberrechtsrelevante (aber möglicherweise weniger effektive) Nutzungsformen ausweichen<sup>99</sup>. Die durchaus berechtigte Kritik an einer zu starken Fixierung auf die Transaktionskosten sollte daher gerade außerhalb des digitalen Umfeldes nicht überbewertet werden und kann insbesondere nicht dazu führen, dem Gedanken des Marktversagens im Zusammenhang mit der Fair Use-Doktrin jegliche Existenzberechtigung abzusprechen.

## 2. Fair Use als Instrument zur Förderung von Wissenschaft und Kunst

Als weiterer, ebenfalls auf die Urheberrechtsbegründung abstellender Ansatz wird die Fair Use-Doktrin häufig mit Blick auf das Interesse der Allgemeinheit an der Förderung von Wissenschaft und Kunst gerechtfertigt. Der in der Verfassung verankerte Anreizgedanke des US-amerikanischen Urheberrechts als Mittel „to Promote the Progress of Science and useful Arts“ verlagert sich in diesem Fall von der Rechtsbegründung auf die Rechtseinschränkung. Ausgangspunkt ist dabei die Überlegung, dass ein Großteil der künstlerischen und wissenschaftlichen Tätigkeit nicht bei Null beginnt, sondern auf bereits vorexistentem Wissen und bereits geschaffenen Werken aufbaut<sup>100</sup>. Für den Bereich der Wissenschaft wird dies häufig mit der Metapher des Zwerges umschrieben, der auf den Schultern eines

---

<sup>99</sup> Denkbar ist hier zum einen, die Übernahme auf die Wiedergabe urheberrechtlich nicht geschützter Werkteile – etwa wissenschaftlicher Theorien – zu beschränken (siehe hierzu BGHZ 9, 262, 267 – *Lied der Wildbahn I*; OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 285, 286 f. – *Markentechnik*; ähnlich BGH GRUR 1981, 352, 355 – *Staatsexamensarbeit*; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 7; *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, § 51 Rz. 3; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 487); als weitere Variante könnte der Autor auch einfach auf das Werk eines anderen verweisen (siehe hierzu *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 7; v. *Gamm*, § 51 Rz. 2 [Belegstelle „urheberrechtlich irrelevant“; allenfalls Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Betroffenen denkbar]).

<sup>100</sup> *Emmerson v. Davies*, 8 F.Cas. 615, 619 (CCD Mass. 1845): „In truth, in literature, in science and in art, there are, and can be, few, if any, things, which, in an abstract sense, are strictly new and original throughout. Every book in literature, science and art, borrows, and must necessarily borrow, and use much which was well known and used before“; darauf Bezug nehmend *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 575 (1994).

Riesen steht („standing on the shoulders of giants“) und dadurch – obwohl kleiner – weiter sehen kann als der Riese<sup>101</sup>. Sofern der Wissenschaftler oder Künstler in seinem Werk aber urheberrechtlich geschützte Passagen vorbestehender Werke übernehmen will, wird ihm dies durch das Urheberrecht erschwert.

Aus Sicht der Allgemeinheit kann es damit zu dem unerwünschten Ergebnis kommen, dass als Folge des urheberrechtlichen Schutzes künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeit in manchen Fällen eher gehemmt als, wie eigentlich vorgesehen, gefördert wird<sup>102</sup>. Dieser paradoxen Situation begegnet die Fair Use-Doktrin und nimmt – ganz ähnlich wie bereits beim „Marktversagen“ aufgrund zu hoher Transaktionskosten – eine partielle Korrektur des Urheberrechtssystems vor<sup>103</sup>. Fallkonstellationen, in denen das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers der kreativen Tätigkeit eines Dritten im Weg steht und in denen zugleich die Benutzung keine oder nur geringe negative Auswirkungen auf den wirtschaftlichen Wert des Werkes erwarten lässt, kommen daher tendenziell als Fair Use-Fälle in Betracht:

„From the infancy of copyright protection, some opportunity for fair use of copyrighted materials has been thought necessary to fulfil copyright’s very purpose ,to promote the Progress of Science and useful Arts“<sup>104</sup>.

Besonders deutlich wird dieser Gedanke im Zusammenspiel zwischen *intellectual property clause* und Fair Use-Doktrin beim ersten Fair Use-Faktor und dem dort dominierenden Merkmal der Transformativität<sup>105</sup>.

<sup>101</sup> Die Methapher, die häufig irrtümlich *Isaac Newton* zugeschrieben wird, kann bis in das 12. Jh. zu *Bernhard von Chartres* zurückverfolgt werden; ausführlich zur Herkunft und Entwicklung der Metapher *Merton*, *Auf den Schultern von Riesen*, 1980.

<sup>102</sup> Vgl. dazu *Posner*, *Daedalus* Spring 2002, 5, 10 f.; *Sterk*, 97 Mich. L. Rev., 1197, 1207 (1996); *Loren*, 5 J. Intell. Prof. L. 1, 24 (1997).

<sup>103</sup> Aus ökonomischer Sicht ließe sich auch in diesen Situationen über ein Marktversagen nachdenken; vgl. *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1630 (1982) („When defendant’s work yield such ,external benefits,’ the market cannot be relied upon as a mechanism for facilitating socially desirable transactions“); siehe hierzu auch *Loren*, 5 J. Intell. Prof. L. 1, 26 f. (1997).

<sup>104</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 575 (1994); ähnlich bereits *Iowa State University Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Co.*, 621 F.2d 57, 59 (2<sup>nd</sup> Cir. 1980): „The doctrine of fair use [...] permits courts to avoid rigid application of the copyright statute when, on occasion, it would stifle the very creativity which that law is designed to foster“; vgl. auch *Greenbie v. Noble*, 151 F.Supp. 45, 67 (S.D.N.Y. 1957); *Berlin v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F.2d 541, 544 (2<sup>nd</sup> Cir. 1964); *Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303, 307 (2<sup>nd</sup> Cir. 1966); vgl. zu dieser Überlegung auch das „fünfte Ideal“ von *Chafee*, 45 Colum. L. Rev. 503, 511 ff. (1946).

<sup>105</sup> Siehe dazu ausführlich oben S. 43 ff.; ähnlich auch der Gedanke von *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1614, 1615 ff. (1982), die den zweiten Teil ihres *Three Part Tests* („transfer of the use to defendant is socially desirable“) mit der Erwägung begründet, dadurch werde ein „net gain in social value“ sichergestellt.

Derartige Werkschöpfungen – beispielsweise Parodien – verwenden urheberrechtlich geschützte Werke als „Rohmaterial“, wandeln diese um und stellen sie in einen neuen (inhaltlichen) Zusammenhang. Sie erhöhen damit einerseits die Anzahl und den Reichtum der verfügbaren Werke, könnten aber andererseits bei unbeschränkter Geltung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte nicht ohne Zustimmung des Rechtshinhabers (deren Erteilung vor allem bei kritischen Werken fraglich ist) stattfinden. Die Fair Use-Doktrin schafft den zur Schöpfung dieser – aus Sicht der Allgemeinheit durchweg positiv zu beurteilenden Werke<sup>106</sup> – erforderlichen zustimmungsfreien Raum. Darüber hinaus schafft die Fair Use-Doktrin einen wirtschaftlichen Anreiz zur Investition in bestimmte Technologien und Geschäftszweige und ermöglicht dadurch eine eigene und wirtschaftlich bedeutende Fair Use-Industrie<sup>107</sup>. Sie fügt sich damit in die allgemeinwohlbezogene Betrachtung des US-amerikanischen Urheberrechts und die von der *intellectual property clause* vorgegebene gesetzgeberische Motivation ein<sup>108</sup>:

„[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“<sup>109</sup>.

Auch außerhalb transformativer Werke kann im Hinblick auf den für die Allgemeinheit entstehenden Vorteil die Anwendung der Fair Use-Doktrin gerechtfertigt sein. Denkbar ist dies immer dann, wenn der durch die Benutzung erreichte soziale Wert die Beeinträchtigungen für den Urheberrechtsinhaber deutlich überwiegt. *Paul Goldstein* fasst derartige Fälle als *public benefit approach*<sup>110</sup> zusammen und nennt als Beispiel die Vervielfachung

<sup>106</sup> Vgl. dazu *Landes/Posner*, *Economic Aspects*, S. 123; *dies.*, 18 J. Legal Stud. 325, 360 (1989); ähnlich auch *Goldstein*, GRUR Int. 2006, 901, 903 f.

<sup>107</sup> Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Fair Use-Industrie siehe insbesondere die jüngst von der Computer & Communications Industrie Association in Auftrag gegebene Studie von *Rogers/Szamosszegi*, *Fair Use in the U.S. Economy*, 2007.

<sup>108</sup> Vgl. *Beldiman*, in: Hilty/Peukert (Hg.), *Interessenausgleich*, S. 188 ff.; *Crews*, *Challenge for Universities*, S. 22 f.; *Hasse*, *Parodie versus Parody*, S. 197; *Lattman*, *Fair Use*, S. 7; *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1110 (1990); *Oekonomidis*, *Zitierfreiheit*, S. 235 ff.; *Rosset*, 9 ASCAP Cop. L. Symp. 1958, S. 16; *Schumann*, GRUR Int. 1969, 125, 132 f.; *Seltzer*, *Fair Use*, S. 31 schlägt vor diesem Hintergrund folgende alternative Formulierung für 17 U.S.C. § 107 vor: „Fair use is use that is necessary for the furtherance of knowledge, literature and the arts AND does not deprive the creator of the work of an appropriately expected economic reward (Herv. im Original)“; kritisch zur Übertragung des utilitaristischen Ansatzes der *copyright clause* auf die Fair Use-Doktrin *Weinreb*, 103 Harv. L. Rev. 1137, 1141 (1990).

<sup>109</sup> *Campbell v. Acuff-Rose*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

<sup>110</sup> *Goldstein*, *Copyright*, S. 10:7 f.; vgl. auch *ders.*, 50 J. Cop. Soc’y USA 133, 135, 137 ff. (2003); ähnlich auch der als „no consent situations“ bezeichnete Ansatz von *Winslow*, 69 S. Cal. L. Rev. 767, 795 ff. (1996).

fältigung von urheberrechtlich geschützten Texten für den Unterrichtsgebrauch. Da in diesem Fall der Lehrer eine (unter Umständen sogar durch Steuermittel finanzierte) Lizenz erwerben könne, sei die Benutzung nicht unter Hinweis auf ein Marktversagen aufgrund prohibitiver Transaktionskosten gerechtfertigt. Begründet werden könne die freie Vervielfältigung in diesen Situationen jedoch mit dem großen gesamtgesellschaftlichen Bedürfnis nach gut ausgebildeten Bürgern, hinter dem die Interessen des Urheberrechtshabers im Einzelfall zurücktreten müssten<sup>111</sup>. Unterrichtsbezogene Urheberrechtseingriffe werden folglich – wie auch die Erwähnung der „multiple copies for classroom use“ in der Präambel von 17 U.S.C. § 107 zeigt<sup>112</sup> – im Rahmen der Fair Use-Analyse privilegiert. Die Fair Use-Doktrin spiegelt auf diese Weise das bereits im *Statute of Anne* anzutreffende Motiv des „encouragement of learning“ wider und steht angesichts der damaligen Bedeutung von „science“ als „knowledge or learning“<sup>113</sup> auch im Einklang mit der *intellectual property clause* der Bundesverfassung.

### III. Schlussfolgerungen

Der eben beschriebene Fokus auf ökonomische und utilitaristische Erwägungen zeigt, wie sehr die Fair Use-Doktrin vom Leitbild des US-amerikanischen Urheberrechts durchdrungen ist. Mit Blick auf die US-Urheberrechtstheorie lassen sich damit Differenzen zwischen dem US-amerikanischen und dem deutschen Recht besser verstehen. So gibt der wirtschaftliche Hintergrund der Fair Use-Doktrin eine Erklärung dafür, warum dem vierten Faktor und der Marktperspektive der Doktrin innerhalb der Fair Use-Analyse eine derart überragende Bedeutung zukommt (1). Darüber hinaus gibt die Wechselwirkung von Urheberrechtsgewährung und -einschränkung einen argumentativen Gleichlauf vor, durch den die technologiefreundliche und dynamische Handhabung der Doktrin erklärt werden kann (2).

#### 1. Marktperspektive der Fair Use-Doktrin

Bei der im *Teil 1* mehrfach gestellten Frage nach Rangfolge, Überlappung und Bedeutung der einzelnen Fair Use-Faktoren wurde bereits die überragende Rolle ökonomischer Erwägungen bei der Auslegung der Fair Use-

---

<sup>111</sup> Goldstein, Copyright, S. 10:8; Schechter/Thomas, Intellectual Property, S. 215 f.; vgl. auch Davies, Public Interest, Rz. 5-031 unter Verweis auf *MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180, 183 (2<sup>nd</sup> Cir. 1981).

<sup>112</sup> Zur Bedeutung der in der Präambel beispielhaft aufgezählten Nutzungszwecke siehe oben S. 27 ff.

<sup>113</sup> Siehe dazu bereits oben S. 11 f.

Doktrin sichtbar. Nicht nur bezeichnet der US Supreme Court den vierten Fair Use-Faktor („effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work“) als „undoubtedly the single most important element of fair use“<sup>114</sup>, sondern auch in den übrigen Faktoren lassen sich mehr oder weniger offen artikuliert wirtschaftliche Grunderwägungen finden<sup>115</sup>. Diese Fixierung auf die ökonomischen Auswirkungen einer Urheberrechtseinschränkung korrespondiert mit der dem US-amerikanischen Urheberrecht zugrunde liegenden Anreiztheorie. Aufgabe der Urheberrechtsschranken ist es danach, mit Blick auf die Interessen der Allgemeinheit eine möglichst effiziente Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke zu ermöglichen. Dieses Ziel wird bei der Handhabung der Fair Use-Doktrin beispielsweise dadurch erreicht, dass der durch die Benutzung für den Urheberrechtsinhaber verursachte wirtschaftliche Schaden eine große Bedeutung bei der Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts spielt. Wenn das dem Urheberrechtsinhaber verliehene Recht nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen gewährt wird, kann es auch aus denselben Erwägungen durch eine Urheberrechtsschranke in Situationen eingeschränkt werden, in denen das ökonomische Kalkül die Rechtsgewährung im Einzelfall nicht erfordert. Aus dieser Perspektive leuchtet es ein, dass die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung der Fair Use-Doktrin häufig einen Schwerpunkt auf den vierten Fair Use-Faktor legen und auch sonst in erster Linie wirtschaftliche Erwägungen vorbringen.

## *2. Flexibilität und Dynamik als Folge der Argumentationssymmetrie und des Regel-Ausnahme-Verhältnisses*

Als weiteres charakteristisches Merkmal der Fair Use-Doktrin lässt sich nach einem Blick auf die US-amerikanische Urheberrechtstheorie auch die hohe Dynamik und Flexibilität der Doktrin besser verstehen. *Teil 1* der Untersuchung hat gezeigt, wie einfach sich die Fair Use-Doktrin – insbesondere im direkten Vergleich mit der deutschen Rechtslage – neuen (technischen) Gegebenheiten anpassen kann. Anders als im deutschen Recht wird hier weniger auf die Nutzungshandlung selbst abgestellt, sondern stärker der Umfang und die Auswirkungen der Nutzung beurteilt<sup>116</sup> und eine dynamische, technologieneutrale und einzelfallorientierte Auslegung der Doktrin vorgenommen.

Die hohe Flexibilität und Anpassungsfähigkeit der Fair Use-Doktrin fügt sich nahtlos in das Gesamtsystem des US-amerikanischen Urheber-

---

<sup>114</sup> *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 417 U.S. 539, 566 (1984).

<sup>115</sup> Siehe dazu oben S. 72.

<sup>116</sup> Vgl. als Beispiel nochmals § 51 UrhG mit seinen eher starren Tatbestandselementen (etwa der Begriff der „Wissenschaftlichkeit“ beim Großzitat), bei denen den Folgen der Benutzung lediglich eine korrigierende Rolle zukommt.

rechts ein. Zwischen den wesentlichen Aspekten von Rechtsgewährung und -einschränkung besteht im US-Copyright eine weitgehende Symmetrie. Diese beginnt bereits bei der Frage nach der Existenzberechtigung des Urheberrechts selbst und der Begründung der Urheberrechtsschranken, die beide argumentativ maßgeblich im Hinblick auf das Gemeinwohl und die Interessen der Allgemeinheit hergeleitet werden<sup>117</sup>. Auch abseits urheberrechtstheoretischer Überlegungen äußert sich dieser Gleichlauf in der gesetzgeberischen Ausgestaltung der rechtsgewährenden Normen und der maßgeblichen rechtseinschränkenden Vorschrift. Der weiten Formulierung der Schutzvoraussetzungen in 17 U.S.C. § 102 steht mit der Fair Use-Doktrin eine gleich offen gefasste Schrankenvorschrift gegenüber, die sich im selben Umfang flexibel und dynamisch verändernden Gegebenheiten anpassen kann.

Die flexible Auslegung der Fair Use-Doktrin wird zudem durch das theoretische Regel-Ausnahme-Verhältnis im US-amerikanischen Recht gestützt. Im Zusammenhang mit der *incentive theory* wurde gezeigt, dass die herrschende US-amerikanische Urheberrechtstheorie im Ausgangspunkt vom Idealbild eines freien Marktes und von der Gemeinfreiheit kreativer Werke ausgeht<sup>118</sup>. Das Urheberrecht stellt einen staatlichen Eingriff in dieses Primat dar, der nur ausnahmsweise als notwendiges Übel geduldet wird, weil die Situation eines durch Urheberrechte regulierten Marktes aus Sicht der Allgemeinheit günstiger ist als die ohne derartige Ausschließlichkeitspositionen. Abstrakt stellt damit die Gemeinfreiheit die Regel und das Urheberrecht die begründungsbedürftige Ausnahme dar. Die Fair Use-Doktrin ist in diesem System die Ausnahme zur Ausnahme, bewirkt im Einzelfall eine (partielle) Aufhebung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte und stellt insoweit den Grundzustand der Gemeinfreiheit wieder her. Diese Funktion der Urheberrechtsschranken als Gegen Ausnahme zu einem bereits an sich begründungsbedürftigen Ausschließlichkeitsrecht senkt die zur Rechtseinschränkung erforderliche Argumentationslast und fördert eine flexible und dynamische Anwendung. Eine – beispielsweise im deutschen Recht existierende – Vorrangstellung der Urheberinteressen existiert damit im US-amerikanischen Recht nicht<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Vgl. zu dieser Symmetrie auch *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 816 (Interessen der Allgemeinheit sowohl „Schutzgrund als auch -einschränkung“).

<sup>118</sup> Siehe auch *Wagner-Silva Tarouca*, Urheberschutz der ausübenden Künstler, S. 9 f., die die Gemeinfreiheit als „natürlichen“ Zustand der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie identifiziert.

<sup>119</sup> Vgl. *Sirinelli*, *Exceptions and Limits*, S. 25, der dies nicht nur als Charakteristikum der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin, sondern auch des englischen Fair Dealing hervorhebt.

Zur Illustration dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses lohnt ein erneuter Blick auf die Behandlung des *time-shifting* im Fall *Sony v. Universal*<sup>120</sup>. Ein maßgebliches Argument für die Zulässigkeit des privaten Einsatzes des Sony-Heimvideosystems war die Tatsache, dass dem Urheberrechtseinhaber nicht der Nachweis gelungen war, dass die Nutzungshandlungen aktuelle wirtschaftliche Einbußen mit sich bringen oder für die Zukunft erwarten lassen. Aus Sicht des (investierenden) Urhebers und der Allgemeinheit bedeutet dies zugleich, dass die Zulässigkeit des *time-shifting* auf die Anreizwirkung des Urheberrechts keinen Einfluss hat. Wenn durch die Möglichkeit privater Videoaufzeichnungen für potentielle Urheber keine wirtschaftlichen Beeinträchtigungen zu erwarten sind, werden sie dadurch auch nicht von ihren Investitionen abgehalten. Aus Sicht der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie ist es folglich auch nicht erforderlich, den Urheberrechtseinhabern die Befugnis zu verleihen, privates *time-shifting* untersagen zu können. Damit fehlte es in diesem Fall aus Sicht der *incentive theory* bereits an einer Legitimation für die Rechtsgewährung.

## Kapitel 4: Die Schranken des Urheberrechtsgesetzes als Ausnahmen zum verfassungsrechtlich gewährleisteten monistischen Urheberrecht

### *A. Grundgedanken und Wurzeln des deutschen Urheberrechts*

Anders als bei dem auf Anreizgedanken aufbauenden US-amerikanischen Urheberrecht folgt die Begründung der deutschen Ausschließlichkeitsrechte einem auf den Autor bezogenen Ansatz. Von den verschiedenen ideengeschichtlichen Modellen hat sich heute die monistische Theorie durchgesetzt, nach der das Urheberrecht als ein einheitliches Immaterialgüterrecht angesehen wird, das vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Elemente untrennbar vereint (I). Ähnlich wie im Zusammenhang mit der *incentive theory* stellt sich allerdings auch hier die Frage nach einer „Legitimationskrise“ (II).

#### *I. Geistesgeschichtliche Wurzeln des deutschen Urheberrechts*

Die historische Entwicklung und die geistesgeschichtlichen Wurzeln des deutschen Urheberrechts waren bereits Gegenstand zahlreicher umfassender Untersuchungen, so dass an dieser Stelle in erster Linie auf die ein-

---

<sup>120</sup> 464 U.S. 417 (1984); ausführlich zu *Sony v. Universal* siehe oben S. 38 f.

schlägigen Publikationen verwiesen werden kann<sup>121</sup>. Im Folgenden seien daher nur die Grundzüge der Urheberrechtsentwicklung und die wesentlichen Strömungen – namentlich die Lehre vom geistigen Eigentum, die persönlichkeitsrechtliche Theorie sowie die Lehre vom Immaterialgüterrecht in der heutigen monistischen Auffassung – überblicksartig dargestellt.

Eine erste Erklärung für ein unabhängig von staatlicher Verleihung existierendes und territorial übergreifendes Recht an kreativen Schöpfungen bot die Lehre vom geistigen Eigentum<sup>122</sup>. Grundlage dieser auf naturrechtlichen Gedanken aufbauenden Theorie war die Überlegung, dass zwischen der Rechtsinhaberschaft am körperlichen Werkexemplar und den darin zum Ausdruck kommenden geistigen Inhalten zu trennen sei. Veräußerte danach der Autor sein Werk in körperlicher Form, so konnte der Erwerber lediglich die Inhaberschaft am Werkexemplar erlangen. Die im Werk verkörperten geistigen Inhalte blieben dagegen nach wie vor dem Autor als dessen „natürliches, angeborenes, unzuveräußerndes Eigentumsrecht“<sup>123</sup> zugeordnet und wurden durch die Eigentumsübertragung am Werkexemplar nicht berührt. Die Lehre vom geistigen Eigentum bot folglich die Erklärung dafür, warum der Erwerb des konkreten Werkexemplares nicht zum Nachdruck an den im Werk verkörperten geistigen Inhalten berechtigte und vom Autor untersagt werden konnte.

Ein alternativer Ansatz zur Urheberrechtsbegründung folgte mit der vor allem im 19. Jahrhundert vertretenen Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht<sup>124</sup>. Im Vordergrund dieser Theorie standen nicht die vermögensrechtlichen, sondern die immateriellen Interessen des Schöpfers. Urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte gründeten nach diesem Ansatz unmittelbar auf der Persönlichkeit des Autors und seiner Beziehung zum

---

<sup>121</sup> Siehe etwa *Ann*, GRUR Int. 2004, 597; *Boytha*, 152 RIDA (1992), 53 ff.; *Dölemeyer/Klippel*, FS 100 Jahre GRUR, S. 185 ff.; *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 19 ff.; *Ellins*, Copyright Law, S. 58 ff.; *Gieseke*, Vom Privileg zum Urheberrecht, 1995; *Hubmann*, ZUM 1988, 4; *Klippel*, in: Wadle (Hg.), Historische Studien, S. 121 ff.; *Pahlow*, UFITA 2006, 705, 709 ff.; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 11 ff.; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 12 ff.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 88 ff.; *Schricker/Vogel*, Einl. Rz. 50 ff.; *Vogel*, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 2 (jew. m.w.N.).

<sup>122</sup> Ausführlich zur Lehre vom geistigen Eigentum *Schricker/Vogel*, Einl. Rz. 59 ff.; *ders.*, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 2 Rz. 7 ff.; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 21 ff.; grundlegende Arbeiten der Lehre vom Geistigen Eigentum sind (u.a.) *Pütter*, Der Büchernachdruck nach ächten Grundsätzen des Rechtsgeprüft, 1774 (Nachdruck 1981) und *Fichte*, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Nachdruck in UFITA 106 (1987), 155.

<sup>123</sup> *Fichte*, Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, UFITA 106 (1987), 155, 163.

<sup>124</sup> Ausführlich *Dölemeyer/Klippel*, FS 100 Jahre GRUR, Rz. 42 ff.; *Kellerhals*, GRUR Int. 2001, 438, 439; *Ann*, GRUR Int. 2004, 597.

Werk. *Johann Caspar Bluntschli* drückt diese Vorstellung prägnant in den Worten aus, das Werk gehöre dem Autor an, der es erzeugt habe und zwar „als eine Offenbarung und ein Ausdruck seines persönlichen Geistes“. Zwischen Autor und Werk bestehe „ein natürlicher Zusammenhang, wie zwischen Schöpfer und Geschöpf, und jeder hat ein natürliches Recht, dass dieses Verhältnis geachtet werde“<sup>125</sup>. Zwar kannte die Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht auch verwertungsrechtliche Befugnisse des Autors, diese ergaben sich aber gleichwohl nur als Ausstrahlung des auf immateriellen Interessen gegründeten urheberrechtlichen Schutzes<sup>126</sup>. Ihre klassische Ausarbeitung hat die persönlichkeitsrechtliche Theorie durch *Otto v. Gierke* erfahren<sup>127</sup>.

Gegen den persönlichkeitsrechtlich begründeten Ansatz wandte sich die von *Josef Kohler* entwickelte Theorie vom Immaterialgüterrecht<sup>128</sup>. *Kohler* lehnte es ab, urheberrechtliche Befugnisse als integralen Bestandteil der Persönlichkeit anzusehen und ging stattdessen davon aus, das Urheberrecht sei „ein Recht an einem außerhalb des Menschen stehenden, aber nicht körperlichen, nicht faß- und greifbaren Rechtsgute“<sup>129</sup>. Neben diesem vermögenswerten Recht an einem immateriellen Gut bestehe zwar auch ein Persönlichkeitsrecht, letzteres sei aber vom Urheberrecht zu unterscheiden. Beide Elemente – so *Kohlers* dualistischer Ansatz – stünden zudem selbständig nebeneinander und seien voneinander unabhängig. Die von *Kohler* propagierte grundsätzliche Trennung in Immaterialgut und Persönlichkeitsrecht erwies sich als einflussreichster Ansatz in der deutschen Urheberrechtstheorie und spiegelt sich auch in der heutigen Rechtsauffassung wieder. Deutlich weniger Anhänger fand dagegen die dualistische Betrachtung der beiden Rechte<sup>130</sup>. Durchgesetzt hat sich stattdessen die Auffassung des Urheberrechts als monistisches Recht, bei dem vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Elemente untrennbar zu einem einheitlichen Recht verschmelzen<sup>131</sup>. Die monistische Theorie hat schließlich mit der Verabschie-

<sup>125</sup> *Bluntschli*, Deutsches Privatrecht, S. 191 f.

<sup>126</sup> *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 29; *Schricker/Vogel*, Einl. Rz. 70.

<sup>127</sup> *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht Bd. I: Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895, S. 748 ff.; Nachdruck in UFITA 125 (1994), 103.

<sup>128</sup> Zu *Kohlers* (dualistischer) Theorie vom Immaterialgüterrecht sowie zur heute herrschenden monistischen Auffassung *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 49 ff.; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 30 f.; *Schricker/Vogel*, Einl. Rz. 71 f.

<sup>129</sup> *Kohler*, Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, S. 1.

<sup>130</sup> Die dualistische Auffassung wurde beispielsweise aufgegriffen von *Michaelis*, Persönlichkeitsrechtliche Befugnisse, S. 26 f. und *Müller*, UFITA 2 (1929), 367, 380 f.; siehe auch *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 112 f.

<sup>131</sup> *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 116 illustriert den monistischen Ansatz durch den Vergleich des Urheberrechts mit einem Baum: Die vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Elemente können als Wurzeln angesehen werden, die sich im Baumstamm – dem Urheberrecht – vereinen und die verschiedenen, durch die Äste und Zweige

dung des heutigen § 11 UrhG auch Eingang in das Urheberrechtsgesetz gefunden<sup>132</sup>.

Allen geschilderten Urheberrechtstheorien ist gemeinsam, dass der Urheber und dessen Interessen das Gravitationszentrum der Urheberrechtsbegründung bilden. Primäre Aufgabe und Ansatzpunkt des deutschen Urheberrechts ist es folglich nicht, staatliche Anreize zur Investition zu schaffen, sondern die vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Schöpfungsvorganges anzuerkennen und auszufüllen. Anders als in den Vereinigten Staaten stellt das deutsche Urheberrecht damit kein utilitaristisch motiviertes und auf den Interessen der Allgemeinheit fußendes Zweckmäßigkeitserecht, sondern eine in den individuellen Interessen der Urheber verankerte subjektive Rechtsposition dar. Die Urheberrechtstheorien in den USA und Deutschland unterscheiden sich in diesem Punkt fundamental.

## II. Legitimationskrise der deutschen Urheberrechtstheorie?

Ähnlich wie im Zusammenhang mit der US-amerikanischen *incentive theory* kann auch die Legitimation der deutschen Urheberrechtstheorie in Frage gestellt werden. Hier lässt sich zunächst feststellen, dass das deutsche Urheberrecht zwar nach wie vor charakteristische und durch die monistische Theorie beeinflusste Elemente enthält, sich aber zugleich sukzessive in Richtung eines Investitionsschutzrechts verändert hat (1). Zudem stellt sich die naturrechtliche Basis des deutschen Urheberrechts bei näherem Hinsehen als deutlich weniger homogen dar, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag und lässt sich zudem nur schwer mit der Realität kreativer Tätigkeit vereinbaren (2).

### 1. Sukzessiver Abbau charakteristischer Elemente

#### a) Ausgangspunkt: Formloses und schöpferzentriertes (Persönlichkeits-) Recht

Die deutsche Urheberrechtstheorie mit ihrem den Autor in den Mittelpunkt stellenden und (auch) dessen persönlichkeitsrechtliche Interessen anerkennenden Ansatz spiegelt sich an mehreren Stellen in der konkreten Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung wider. Spürbar wird dies bereits in der terminologischen Bezeichnung des Rechtsgebietes, das sich als „Urheber-

---

des Baumes symbolisierten urheberrechtlichen Befugnisse nähren; zur monistischen Theorie siehe auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 306 ff.

<sup>132</sup> Die Amtl. Begr. (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff., UFITA 45 [1965], 240, 257) sieht Vermögens- und Persönlichkeitsrecht ausdrücklich als „untrennbare Einheit“ an; siehe auch Dreier/*Schulze*, § 11 Rz. 1; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 306; *Schricker/Schricker*, § 11 Rz. 2.

recht“ – im Gegensatz zum US-amerikanischen „copyright“ – deutlich an der Person des Schöpfers und nicht an der wirtschaftlichen Funktion der Ausschließlichkeitsrechte orientiert<sup>133</sup>. Als weitere terminologische Abweichung führt die persönlichkeitsrechtliche Verankerung des Urheberrechts in der deutschen Rechtswissenschaft nach wie vor zu Vorbehalten gegenüber dem Begriff „geistiges Eigentum“<sup>134</sup>.

Die Verknüpfung des Urheberrechts mit der Person des Urhebers tritt zudem im Schöpferprinzip hervor. Danach entsteht der Urheberrechtsschutz immer und ausschließlich nur bei demjenigen, der den Schöpfungsakt selbst vorgenommen oder an diesem mit einem eigenen kreativen Beitrag mitgewirkt hat (vgl. § 7 UrhG)<sup>135</sup>. Ein originärer Rechtserwerb durch Dritte – wie etwa bei den US-amerikanischen *works made for hire* – ist im geltenden Urheberrecht dagegen nicht vorgesehen. Die Produzenten eines urheberrechtlich geschützten Werkes können demnach, sofern sie sich nicht mit einem eigenen kreativen Beitrag an der Schöpfung beteiligen, keinen eigenen Urheberrechtsschutz geltend machen und sind stattdessen auf Leistungsschutzrechte oder darauf angewiesen, dass ihnen der Urheberrechtinhaber Nutzungsrechte (beispielsweise im Rahmen des Arbeitsvertrages) einräumt<sup>136</sup>. Auch nach der Entstehung des Urheberrechtsschutzes bleibt die enge Verbindung zwischen Urheber und Werk erhalten. So können die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Urheberrechts nicht von der Person gelöst und damit auch nicht auf andere übertragen werden. Als Folge der in der monistischen Theorie angelegten untrennbaren Verbindung von Persönlichkeits- und Vermögensinteresse führt dies dazu, dass das Urheberrecht – anders als in den USA – nur in wenigen Ausnahmefällen, etwa beim Rechtserwerb in Erfüllung einer Verfügung von Todes wegen, übertragen werden kann (vgl. § 29 I UrhG)<sup>137</sup>.

---

<sup>133</sup> Siehe dazu bereits oben S. 124 f.

<sup>134</sup> Zum Streit über die Verwendung des Begriffes „geistiges Eigentum“ siehe nur *Ohly*, JZ 2003, 545; *Götting*, GRUR 2006, 353; *Pahlow* UFITA 2006, 705 (jew. m.w.N.); strikt gegen die Verwendung des „aus der Mottenkiste der Rechtsgeschichte“ wieder vorgeholten Begriffes wendet sich *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 97.

<sup>135</sup> *Dreier/Schulze*, § 7 Rz. 1; *Rehbinder*, Rz. 248; *Schricker/Loewenheim*, § 7 Rz. 1 bezeichnet diesen Grundsatz als „Urheberschaftsprinzip“; zum Schöpferprinzip als Charakteristikum des deutschen Rechts siehe auch *Hasse*, Parodie v. Parody, S. 224 ff.; *Nordemann/Nordemann*, FS *Schricker*, S.475 f.

<sup>136</sup> Zur Einräumung von Nutzungsrechten in Arbeits- und Dienstverhältnissen vgl. § 43 UrhG und *Rehbinder*, Urheberrecht, Rz. 250; für Computerprogramme sieht § 69b UrhG eine Sonderregel vor, die jedoch nichts an der Geltung des Schöpferprinzips ändert, *Schricker/Loewenheim*, § 69b Rz. 1; siehe dazu auch unten S. 155.

<sup>137</sup> Unter dem KUG (§ 8 Abs. 3) und dem LUG (§ 10 Abs. 3) war dagegen grundsätzlich eine Übertragung möglich; vgl. *Schricker/Schricker*, § 29 Rz. 1, 4; *Dreier/Schulze*, § 29 Rz. 1; zur Bedeutung der Unübertragbarkeit des Urheberrechts für die ökonomische Analyse siehe *Reich*, ökonomische Analyse, S. 81 f.; allgemein zum Dogma der Unüber-

Die Anknüpfung an die Person des Urhebers und die Betonung des Schöpfungsvorgangs wird auch dadurch deutlich, dass im deutschen Recht für den Urheberrechtsschutz keinerlei Formalitäten eingehalten werden müssen<sup>138</sup>. Die Angabe des Namens auf Werkexemplaren ist lediglich vor dem Hintergrund der Urheberschaftsvermutung des § 10 UrhG sinnvoll, hat aber auf die Entstehung des gesetzlichen Schutzes keinen Einfluss. Darüber hinaus kann bei anonymen oder pseudonymen Werken eine Eintragung in die beim deutschen Patentamt geführte Urheberrolle sinnvoll sein, da sich in diesem Fall gem. § 66 Abs. 2 UrhG die 70-jährige Schutzdauer nicht nach dem Erscheinen des Werkes, sondern dem Tod des Urhebers richtet. Im Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht, wo die Nichteinhaltung der (heute nur noch) optionalen Formalitäten beispielsweise zum Verlust bestimmter Schadensersatzansprüche führen kann, ist der Anreiz zur Einhaltung dieser nicht zwingenden und für die Entstehung des Urheberrechtsschutz irrelevanten Vorschriften allerdings deutlich geringer.

Die Position des Urhebers als zentrale Figur in der Begründung des deutschen Urheberrechts wird zudem am Schutz des Urheberpersönlichkeitsrechts deutlich. Anders als in den Vereinigten Staaten stellen die immateriellen Interessen des Urhebers keinen aus der minimalen Umsetzung konventionsrechtlicher Vorgaben stammenden Fremdkörper, sondern einen integralen Bestandteil des Urheberrechts dar. Zwar wurde bei der Gesetzgebung zum Urheberrechtsgesetz von der Normierung eines allgemeinen Urheberpersönlichkeitsrechts abgesehen<sup>139</sup>, § 11 S. 1 UrhG identifiziert den Schutz der „geistigen und persönlichen Beziehungen [des Urhebers] zum Werk“ dennoch ausdrücklich als Aufgabe des Urheberrechts. Dieser Vorgabe kommt das Urheberrechtsgesetz unter anderem in seinen §§ 12 bis 14 nach<sup>140</sup>.

#### b) Weiterentwicklung: Vom Urheber- zum Investitionsschutz

Neben der eben beschriebenen nach wie vor bestehenden Verbindung von Urheberrechtstheorie und konkreter Urheberrechtsordnung lässt sich jedoch auch eine sukzessive Weiterentwicklung des deutschen Rechts vom Urheber- zum Investitionsschutz beobachten. Das Urheberrecht übernimmt heute nicht selten eine auf den Produzenten und dessen Investitionen zugeschnittene Aufgabe und wird damit auch den Interessen der Urheberrechts-

---

tragbarkeit von Persönlichkeitsrechten *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das *Droit moral*, S. 105 ff.

<sup>138</sup> Dreier/*Schulze*, § 2 Rz. 245.

<sup>139</sup> Vgl. Begr. RegE (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.); UFITA 45 (1965), 240, 257 f.

<sup>140</sup> Vgl. Dreier/*Schulze*, Vor § 12 Rz. 2 f.; urheberpersönlichkeitsrechtliche Elemente enthalten unter anderen auch die §§ 25, 34, 39 und 42 UrhG.

industrie gerecht, deren wachsende wirtschaftliche Bedeutung gerade in jüngerer Zeit immer stärker wahrgenommen wird<sup>141</sup>. Die Schutzrichtung des Urheberrechts verlagert sich damit – insbesondere auch unter dem Einfluss der europäischen Harmonisierung<sup>142</sup> und der wachsenden Bedeutung des internationalen Urheberrechts<sup>143</sup> – in Richtung des anglo-amerikanischen *incentive*-Ansatzes.

Spürbar wird die Aufgabenverschiebung des Urheberrechts bereits am Wandel der vom Urheberrechtsgesetz erfassten Werkarten. Anfänglich als Recht der Künstler, Schriftsteller und Komponisten konzipiert, erfasst das deutsche Urheberrecht heute auch Werke, die denkbar weit vom ursprünglichen Leitbild des freischaffenden Künstlers entfernt sind. Zu nennen sind hier beispielsweise der Schutz von Computerprogrammen (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1. 69a ff. UrhG) oder die Anwendung des Urheberrechts auf Werke der angewandten Kunst (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG). Schöpfungen beider Kategorien entstammen regelmäßig einem industriell organisierten Fertigungsprozess und sind seltener das Ergebnis klassischer freischaffender Tätigkeit. Das Urheberrecht wird in diesen Fällen von einem Recht der Künstler (auch) zu einem Recht der Industrie und nähert sich – wie das Beispiel der Computerprogramme als „technische Sprachwerke“<sup>144</sup> zeigt – funktionell der Domäne der gewerblichen Schutzrechte an<sup>145</sup>. Sehr deutlich wird die

---

<sup>141</sup> So schätzt beispielsweise das Europäische Parlament in seiner Entschließung zu einem Gemeinschaftsrahmen für Verwertungsgesellschaften im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte (2002/2274(INI)), dass etwa 5 bis 7% des EU-Bruttoinlandsprodukts durch Produkte und Dienstleistungen erwirtschaftet werden, die durch das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte geschützt sind; zu weiteren ökonomischen Studien und zur wirtschaftlichen Bedeutung des Urheberrechts und der Kulturindustrie siehe *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 1989, 23; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 28; *Schricker*, GRUR 1992, 242, 243 f.; *Schricker/Schricker*, Einl. Rz. 9; *Towse*, Creativity, S. 24 ff.

<sup>142</sup> Zur ökonomischen Orientierung der europäischen Urheberrechtsrichtlinien vgl. etwa die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (29/2001/EG) und dort insbesondere die Erwägungsgründe 4, 9 und 10; siehe hierzu auch *Koelman*, IIC 35 (2004), 603, 606 f.; kritisch *Hugenholtz*, EIPR 2000, 499, 501 („In fact, the Directive does not do much for authors at all. It is primarily geared towards protecting the rights and interests of the ‚main players‘ in the information industry [...]“; allgemein zum Stellenwert ökonomischer Überlegungen im (Urheber-) Recht der Europäischen Union *Reich*, Ökonomische Analyse, S. 207 ff.; *Metzger*, FS Schricker, S. 457 ff.

<sup>143</sup> Zur Beeinflussung des internationalen Urheberrechts durch wirtschaftliche Erwägungen siehe *Haedicke*, Urheberrecht, S. 199 ff.

<sup>144</sup> *Schricker/Loewenheim*, § 2 Rz. 117.

<sup>145</sup> Bezeichnenderweise wurde vor der Einführung des Urheberrechtsschutzes für Computerprogramme auch darüber nachgedacht, den Schutz über das Patentrecht oder über ein eigenständiges gewerbliches Schutzrecht zu suchen; vgl. *Schricker/Loewenheim*, Vor §§ 69a ff. Rz. 1 ff.; zur Aufnahme investitionsschützender Elemente durch die Ausdehnung der Werkkategorien siehe auch *Dieselhorst*, Urheberpersönlichkeitsrecht,

produzentenschützende Funktion des Urheberrechts in diesem Bereich auch an § 69b UrhG, der als Spezialvorschrift für Computerprogramme vorsieht, dass bei Werkschöpfungen im Arbeits- oder Dienstverhältnis als Grundregel von einer Einräumung von Nutzungsrechten auszugehen ist. § 69b UrhG ändert zwar formell nichts am nach wie vor geltenden Schöpferprinzip, stärkt aber dennoch deutlich die Position des (mit dem Investitionsrisiko belasteten) Arbeitgebers<sup>146</sup>. In seiner tatsächlichen Entwicklung ist das Urheberrecht folglich nicht bei seinem klassischen Leitbild stehen geblieben, sondern hat sich immer wieder technischen und industriellen Veränderungen angepasst und sich auf diese Weise immer mehr in Richtung Investitionsschutz verändert<sup>147</sup>.

Investitionsschutzgedanken finden sich darüber hinaus bei den ebenfalls im Urheberrechtsgesetz geregelten verwandten Schutzrechten. Diese Leistungsschutzrechte erfassen organisatorisch-unternehmerische Leistungen und kommen insoweit unmittelbar den Produzenten oder Werkvermittlern zugute<sup>148</sup>. Als Beispiel sei hier auf den Schutz des Tonträgerherstellers (§ 85 f. UrhG), des Sendeunternehmens (§ 87 UrhG) sowie auf den sui-generis-Schutz des Datenbankherstellers (§§ 87a ff. UrhG)<sup>149</sup> verwiesen. Obwohl derartige Rechte nicht zum Kernurheberrecht gehören, kann die vermehrte Gewährung von Leistungsschutzrechten als Zeichen dafür gedeutet werden, dass die Funktion des Urheberrechts (im weitesten Sinn) nicht mehr nur primär auf die Person des Autors und dessen persönlich-

---

S. 182; *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 369 f.; *Pahud*, Sozialbindung, S. 44 ff.

<sup>146</sup> Zur Funktion des § 69b UrhG vgl. *Dreier/Schulze*, § 69b Rz. 2; auch *Wandtke/Bullinger/Wandtke*, Einl. Rz. 25 sieht in § 69b UrhG die Tendenz, Elemente des Copyright in das deutsche Recht einfließen zu lassen.

<sup>147</sup> Vgl. *Schricker/Schricker*, Einl. Rz. 1; nach *Hilty*, ZUM 2003, 983, 984 „mutet [das klassische Urheberrechtsbild] in der heutigen Kulturindustrie eher wie ein Museumsstück an.“; vgl. auch *Guibault*, in: *Baulch/Green/Wyborn* (Hg.), *Boundaries of Copyright*, S. 52; *Schack*, ZUM 1990, 59, 61 f. („Daß der Urheberrechtsschutz mit gutem Grund von Förmlichkeiten frei und für neue Werkarten offen ist, hat zur Denaturierung des Urheberrechts geführt, das zur Zeit in weiten Teilen von einem Wirtschaftsgut kaum mehr zu unterscheiden ist“); *Dietz*, in: *Dittrich* (Hg.), *Woher kommt das Urheberrecht?*, S. 202 ff. spricht angesichts der zunehmenden wirtschaftlichen Bedeutung von einem „neue[n] Paradigma“ des Urheberrechts; zur Wechselwirkung von Technik und Urheberrecht siehe *Kindermann*, ZUM 1987, 219 ff.; *Schack*, JZ 1998, 753.

<sup>148</sup> In ihrer formalen Ausgestaltung als Abwehrrechte sind die Leistungsschutzrechte dabei dem Kernurheberrecht ähnlich; *funktional* unterscheiden sie sich jedoch dadurch vom Urheberrecht, dass sie nicht an der Kreativität des Schöpfers, sondern am getätigten Organisationsaufwand anknüpfen; vgl. *Hilty*, FS Ullmann, S. 658.

<sup>149</sup> Zum wirtschaftlich motivierten Hintergrund des sui-generis-Schutzes siehe die Erwägungsgründe 7 und 40 der Richtlinie 96/9/EG und ausführlich *Bensinger*, Sui-generis Schutz, S. 87 ff.

keitsrechtliche Interessen abstellt, sondern stärker auch den Produzenten und dessen wirtschaftliches Risiko berücksichtigt<sup>150</sup>.

## *2. Kritik an der naturrechtlichen Basis des deutschen Urheberrechts und Unvereinbarkeit der monistischen Theorie mit der Realität kreativen Schaffens*

Daneben lässt sich die grundsätzliche Frage aufwerfen, inwieweit das Urheberrecht überhaupt sinnvoll und widerspruchsfrei auf eine naturrechtlich verwurzelte Basis gestellt werden kann. So wird zu Recht darauf hingewiesen, dass naturrechtliche Vorstellungen über die Schutzbedürftigkeit des geistigen Eigentums häufig nicht nur äußerst vage, sondern zudem auch dem jeweiligen Zeitgeist unterworfen und einer manipulativen Interpretation zugänglich sind<sup>151</sup>. Beispiele aus dem 19. Jahrhundert zeigen, dass einige Autoren das Urheberrecht auf Grundlage naturrechtlicher Gedanken als heiligstes und persönlichstes Recht ansahen, während für andere der Gedanke von Ausschließlichkeitsrechten an immateriellen Gütern als schlichtweg unvereinbar mit dem Naturrecht galt<sup>152</sup>. Die naturrechtliche Basis der deutschen Urheberrechtstheorie stellt sich aus diesem Blickwinkel als deutlich weniger homogen dar, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag<sup>153</sup>. Zudem ist zu berücksichtigen, dass *droit d'auteur*- und Copyrightsystem in ihrer historischen Entwicklung und in ihrem ursprünglichen Ansatz deutlich mehr Parallelen aufweisen, als die heutige (Über-) Betonung der persönlichkeitsrechtlichen Wurzel des kontinentaleuropäischen Rechts vermuten lässt<sup>154</sup>.

Als weiteres Legitimationsproblem spiegelt sich der individuelle autorfokussierte Begründungsansatz des deutschen Urheberrechts nicht oder nicht mehr uneingeschränkt in allen geistigen Schöpfungen wider. Ein Bei-

<sup>150</sup> Vgl. Dreier, IIC 1995, 989, 996

<sup>151</sup> Geiger, IIC 2006, 371, 379; ders. Vortrag auf der Tagung „Interessenausgleich im Urheberrecht – Teil 2“ am 6. November 2004 in Berlin, der Vortrag ist online verfügbar unter: [http://193.174.132.100/ww/de/pub/forschung/publikationen/online\\_publicationen/4\\_dogmatische\\_wildw\\_chse\\_di.cfm?#geiger](http://193.174.132.100/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen/4_dogmatische_wildw_chse_di.cfm?#geiger) (zuletzt besucht am 6. Juni 2007).

<sup>152</sup> Geiger, ebd., u.a. mit Verweis auf Strowel, *Droit d'auteur et Copyright, Divergences et Convergences*, 1993; die widersprüchlichen Ergebnisse naturrechtlicher Begründungsmodelle attestieren auch Fechner, *Geistiges Eigentum und Verfassung*, S. 124 f. und Pahud, UFITA 2000, 99, 107.

<sup>153</sup> Vgl. auch den Hinweis von Strowel, in: Sherman/Strowel (Hg.), *Of Authors and Origins*, S. 247 f., dass nicht alle gesetzlichen Eigenheiten des *droit d'auteur* (z.B. die beschränkte Schutzdauer) naturrechtlich erklärt werden können.

<sup>154</sup> Mit Bezug auf das französische Recht Ginsburg, in: Sherman/Strowel (Hg.), *Of Authors and Origins*, S. 143 ff.; Dreier, in: Dreyfuss/Zimmerman/First (Hg.), *Expanding the Boundaries*, S. 299 f.; Davies, IIC 1995, 964, 966 f.; Reich, *Ökonomische Analyse*, S. 177 ff.

spiel hierfür sind etwa viele Werke der sog. „kleinen Münze“, bei denen aufgrund der äußerst geringen Schöpfungshöhe die Persönlichkeit des Schöpfers nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck kommt<sup>155</sup>. Daneben hat auch der bereits erwähnte Wandel der vom Urheberrechtsgesetz erfassten Werkarten dazu geführt, dass nicht mehr allen urheberrechtlichen Sachverhalten das traditionelle Bild vom allein arbeitenden freien Künstler, Schriftsteller oder Komponisten zugrunde liegt. Dies gilt etwa für die Produktion von (proprietärer) Software, deren Herstellung in industriellem Rahmen und in organisierten Teams weisungsabhängiger Urheber ohne nennenswerten kreativen Gestaltungsspielraum erfolgt. Mit einer den Autor in den Mittelpunkt stellenden und das Werk als Ausdruck seiner Persönlichkeit ansehenden Urheberrechtstheorie sind derartige Schöpfungen kaum zu vereinbaren<sup>156</sup>. Das Urheberrecht knüpft in diesen Situationen zwar nach wie vor an der Person des Schöpfers und dessen individueller kreativer Leistung an, die Verbindung von Urheberrecht und Schöpfer ist allerdings häufig nur noch formeller Natur<sup>157</sup>.

### III. Zusammenfassung

Es lässt sich damit festhalten, dass der individualrechtliche Ansatz zwar nach wie vor im deutschen Recht verankert ist und sich in konkreten urheberrechtlichen Vorschriften nachweisen lässt, im Laufe der Zeit aber beständig an Bedeutung verloren hat und wohl auch in Zukunft weiterhin verlieren wird<sup>158</sup>. Wie bereits bei der US-amerikanischen *incentive theory*, deren uneingeschränkte Geltung ebenfalls fraglich ist<sup>159</sup>, stellt sich damit auch die deutsche Urheberrechtstheorie lediglich als (durchaus bedeutender) Ausgangspunkt und (wichtiges) theoretisches Fundament dar, das al-

---

<sup>155</sup> Geiger, IIC 37 (2006), 371, 380; vgl. auch Ann, GRUR Int. 2004, 597, 600; Ohly, in: Depenheuer/Peifer (Hg.), Geistiges Eigentum, S. 151; Rigamonti, Geistiges Eigentum, S. 152 f.; Schack, ZUM 1990, 59, 61 f. wendet sich unter anderem aus diesem Grund vehement gegen den Schutz der „kleinen Münze“ im Urheberrecht.

<sup>156</sup> Zur Veränderung des Urheberbildes im Zuge moderner Produktionsverfahren unter dem Blickwinkel der Urheberrechtstheorie vgl. Dreier, IIC 1995, 989, 994 ff.; Dieselhorst, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 182 f.; Geiger, IIC 37 (2006), 371, 380; Jaszi, 10 Cardozo Arts & Ent. L.J. 293, 304 (1992); Pahud, Sozialbindung, S. 44 ff.; ders., UFITA 2000, 99, 111 f.; Peukert, in: Hilty/Peukert (Hg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 21; Senfileben, Three-Step Test, S. 18 f.; Wandkte, GRUR 2002, 1, 2 ff.

<sup>157</sup> Vgl. Dreier/Schulze, Einl. Rz. 17 (individueller Urheber zum Teil lediglich Anknüpfungspunkt einer gesetzlichen Regelung, die im Kern den Verwerter betrifft).

<sup>158</sup> Vgl. Dreier, CR 2000, 45, 46, der die Bedeutungsverschiebung des Urheberrechts vom Persönlichkeits- zum Investitionsschutz als „unumkehrbar“ bezeichnet; zu den Konturen eines aus Elementen der *civil law* sowie der *common law*-Tradition bestehenden „europäischen Urheberrechts“ siehe Loewenheim, GRUR Int. 1997, 285, 287 ff.

<sup>159</sup> Siehe dazu oben S. 124 ff.

lerdings nicht jeder konkreten urheberrechtsrelevanten Situation gerecht wird. Andererseits wäre es auch hier verfehlt, der monistischen Theorie jedwede Bedeutung abzusprechen. Wie im US-amerikanischen Recht<sup>160</sup> existiert das monistische Modell einer auf der Person des Schöpfers basierenden Urheberrechtsordnung nach wie vor als typologisches Leitbild fort und dient sowohl zum besseren Verständnis der Urheberrechtsordnung als auch zur Abgrenzung des deutschen zum anglo-amerikanischen Urheberrecht.

## *B. Verfassungsrecht, Urheberrechtstheorie und Schrankenkatalog*

### *I. Leitbildfunktion des monistischen Konzepts und Bedeutung des Verfassungsrechts*

Im US-amerikanischen Recht hat der Blick auf die Verankerung der Fair Use-Doktrin in der *incentive theory* gezeigt, dass die US-amerikanische Urheberrechtstheorie unmittelbar zwar nur die Existenz von Ausschließlichkeitsrechten rechtfertigt, mittelbar aber auch zum Verständnis der Urheberrechtsschranken – insbesondere der Unterschiede zum deutschen Recht – beitragen kann. Ähnliches gilt auch für das Urheberrechtsgesetz, dessen monistisches Konzept sich in erster Linie auf die *Gewährung* von urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten bezieht und unmittelbar nichts darüber aussagt, wann, wie und warum diese Rechte *eingeschränkt* werden können. Dennoch lohnt auch im deutschen Recht eine Untersuchung der Schrankenbestimmungen unter dem Blickwinkel der Urheberrechtstheorie. Ähnlich wie die *incentive theory* in ihrer Funktion als typologisches Leitbild das US-amerikanische Urheberrechtssystem durchdringt, ist auch im deutschen Recht zu erwarten, dass die Grundlagen des Urheberrechts zum Systemverständnis der Unterschiede zwischen deutschem und US-amerikanischem Recht beitragen. Spürbar wird der Einfluss der deutschen Urheberrechtstheorie vor allem in Zusammenschau mit der – ebenfalls auf die Person des Schöpfers und dessen vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Interessen abstellenden – verfassungsrechtlichen Verankerung des Urheberrechts (II) und der sich daraus ergebenden Beschränkung des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes (III). Aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben und der darin verkörperten typologisierten Urheberrechtstheorie können schließlich Schlussfolgerungen auf die konkrete Ausgestaltung und Handhabung der Schranken des Urheberrechtsgesetzes gezogen werden (IV).

---

<sup>160</sup> Siehe dazu oben S. 136 f.

## II. Der grundrechtliche Schutz des Urhebers

Ausdrückliche Erwähnung findet das Urheberrecht im Grundgesetz lediglich in Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG, der dem Bund die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für „den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht und das Verlagsrecht“ zuweist, darüber hinaus aber keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Verbürgung des geistigen Eigentums enthält<sup>161</sup>. Anders als noch in der Weimarer Reichsverfassung von 1919<sup>162</sup>, in der bayerischen Verfassung von 1946<sup>163</sup>, der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948<sup>164</sup> und der im Jahr 2000 verkündeten EU-Grundrechtecharta<sup>165</sup> ist das Urheberrecht damit weder ausdrücklich als Grundrecht vorgesehen, noch als Programmsatz angeführt<sup>166</sup>. Dennoch besteht in

---

<sup>161</sup> Dietz, GRUR Int. 2006, 1, 4; aus der Aussage über die Gesetzgebungskompetenz und dem damit verbundenen gesetzgeberischen Auftrag wird zum Teil der Schluss auf die Schutzwürdigkeit der erwähnten Belange gezogen und den Gesetzgebungskompetenzen damit eine (beschränkte) materiell-rechtliche Wirkung zuerkannt, vgl. Maunz/Dürig/Maunz, Art. 73 Rz. 7 (materiellrechtliche Wirkung jeder Zuständigkeitsabgrenzung „immanent“); siehe auch Fechner, Geistiges Eigentum, S. 61, der zwischen früheren, das geistige Eigentum erwähnenden Verfassungstexten und dem Grundgesetz einen Unterschied „lediglich im Hinblick auf die Ausdrücklichkeit der Formulierung“ erkennt.

<sup>162</sup> Art. 158 Abs. 1 WRV lautete: „Die geistige Arbeit, das Recht der Urheber, der Erfinder und der Künstler genießt den Schutz und die Fürsorge des Reichs“; ähnlich bereits § 164 Abs. 3 der Paulskirchenverfassung: „Das geistige Eigentum soll durch die Reichsgesetzgebung geschützt werden“; vgl. auch Badura, FuR 1984, 552, 555; ders., in: Klippel/Ohly (Hg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 46 f.

<sup>163</sup> Art. 162 der bayerischen Verfassung sieht vor: „Das geistige Eigentum, das Recht der Urheber, der Erfinder und Künstler genießen den Schutz und die Obsorge des Staates.“

<sup>164</sup> Art. 27 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen lautet: „Jeder hat das Recht auf Schutz der geistigen und materiellen Interessen, die ihm als Urheber von Werken der Wissenschaft, Literatur oder Kunst erwachsen.“ (Übersetzung des Office of the High Commissioner for Human Rights; online verfügbar unter <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/ger.htm> (zuletzt besucht am 6. August 2007); die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte entfaltet als bloße Resolution der Generalversammlung der UN keine verbindliche Wirkung (Dreier, in: Ders. [Hg.], Grundgesetz-Kommentar, Vorb. Rz. 25 mit Nachweisen zu einer im Vordringen befindlichen Auffassung, die den menschenrechtlichen Kerngehalt der AEMR mittlerweile als bindendes Völkergewohnheitsrecht begreift).

<sup>165</sup> Art. 17 Abs. 2 der EU Grundrechte-Charta (entspricht Art. II-77 Abs. 2 des Vertrages über eine Verfassung für Europa) lautet: „Geistiges Eigentum wird geschützt“; siehe dazu Walter, in: Ders. (Hg.), Europäisches Urheberrecht, Allgemeiner Teil 5. Kap. Rz. 5 f.; Kröger, Informationsfreiheit, S. 105.

<sup>166</sup> Zu der Überlegung, eine eigenständige verfassungsrechtliche Verbürgung des geistigen Eigentums zu schaffen Fechner, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 502 f. (mit der Einschränkung, eine Änderung des Grundgesetzes sei aus „praktisch-politischen Gründen wenig erfolgversprechend“) sowie Dietz, GRUR Int. 2006, 1, 8 f.

Rechtsprechung und -wissenschaft weitestgehende Übereinstimmung darüber, dass der Urheber sich auf grundrechtlichen Schutz berufen kann. Erreicht wird dies durch die Zuordnung der vermögensrechtlichen Komponente des Urheberrechts zu der in Art. 14 GG enthaltenen Eigentumsgarantie (1) und durch die Verortung der persönlichkeitsrechtlichen Elemente im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (2). Darüber hinaus kann sich der Urheber in bestimmten Situationen auch auf weitere grundrechtliche Positionen, namentlich auf die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG), berufen (3). In Hinblick auf den Gegenstand dieser Untersuchung stellt sich schließlich die Frage, welche der möglichen Grundrechtspositionen im Fall der Einführung von Urheberrechtsschranken tatsächlich betroffen sind (4).

### *1. Vermögensrecht: Art. 14 GG*

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG unterscheidet sich dadurch von anderen grundrechtlichen Freiheiten, dass ihr Schutzbereich nur in Zusammenschau mit den vom Gesetzgeber erlassenen einfachgesetzlichen Vorschriften bestimmt werden kann<sup>167</sup>. Normtextlich spiegelt sich diese auch als Normgeprägtheit bezeichnete Struktur der Eigentumsgarantie in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG wider, der dem Gesetzgeber die Aufgabe zuweist, neben den Schranken auch den *Inhalt* des Eigentums zu bestimmen. Der Legislative kommt damit die Aufgabe zu, den grundrechtlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie einfachgesetzlich auszuformen. Tut sie dies, so erlangt die einfachgesetzliche Eigentumsordnung im Rahmen des Art. 14 GG verfassungsrechtliche Bedeutung<sup>168</sup>.

Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, welche konkreten einfachgesetzlichen Rechtspositionen als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen sind und ob hierzu auch das geistige Eigentum, insbesondere das Urheberrecht zählt. Rechtsprechung und -wissenschaft bestimmen den Anwendungsbereich von Art. 14 GG mit Hilfe eines eigenständigen verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffes, der nicht nur das bürgerlich-rechtliche, auf körperliche Gegenstände beschränkte Sacheigentum<sup>169</sup>, sondern auch weitere einfachgesetzliche Rechtspositionen erfasst. Die Zuord-

---

<sup>167</sup> *Wieland*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 14 Rz. 25; ausführlich zur Gesetzesabhängigkeit des Eigentums *Sieckmann*, Modelle des Eigentumschutzes, S. 135 ff.

<sup>168</sup> *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 200; *Herzog*, FS Zeidler Bd. 2, S. 1419 („Der Gesetzgeber ist es nach unserem Verfassungssystem, der – je nachdem, ob er einer vermögenswerten Position die Eigenschaft eines Rechtes einräumt oder nicht – darüber entscheidet, ob sie den verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG genießt oder nicht“).

<sup>169</sup> Vgl. §§ 903, 90 BGB und BGHZ 44, 288, 293 f. – *Apfel-Madonna*.

nung von Rechten zum Schutzbereich des Art. 14 GG erfolgt dabei mit Blick auf die Grundaufgabe der Eigentumsgarantie, dem Grundrechtsträger „einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen“<sup>170</sup>. In der Konsequenz führt dies zu einem weiten Ansatz, der auch das als privates Ausschließlichkeitsrecht mit vermögenswertem Inhalt (vgl. §§ 15 ff. UrhG) ausgestaltete Urheberrecht umfasst<sup>171</sup>.

### 2. Persönlichkeitsrecht: Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Der Urheber genießt im Hinblick auf seine persönlichkeitsrechtlichen Interessen zudem Schutz durch das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerte allgemeine (verfassungsrechtliche) Persönlichkeitsrecht<sup>172</sup>. Mindestens<sup>173</sup> soweit diese Positionen durch das Urheberrechtsgesetz im Urheberpersönlichkeitsrecht ausgeformt sind, unterfällt deren Ausübung dem Schutz des Grundgesetzes.

### 3. Kunst- und Wissenschaftsfreiheit: Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Darüber hinaus können in Urheberrechtsfällen auch die Voraussetzungen der Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) erfüllt sein. Der sachliche Schutzbereich der Kunstfreiheit ist eröffnet, wenn sich im konkreten Fall urheberrechtlicher Werk- und verfassungsrechtlicher Kunstbegriff<sup>174</sup> inhaltlich decken<sup>175</sup>. In vielen Konstellationen, insbesonde-

---

<sup>170</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 24, 367, 389 – *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*.

<sup>171</sup> BVerfGE 31, 229, 239 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; BVerfGE 49, 382, 392 – *Kirchenmusik*; BVerfGE 79, 29, 40 – *Vollzugsanstalten*; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 82; *Maunz*, GRUR 1973, 107, 108; *Grzeszick*, ZUM 2007, 344, 346 ff.; Übersicht über die als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG angesehenen Rechtspositionen bei *Wieland*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 14 Rz. 38 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rz. 901 ff.

<sup>172</sup> *Dreier/Schulze*, Einl. Rz. 39; *Schricker/Schricker*, Einl. Rz. 12; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 81.

<sup>173</sup> Neben dem Urheberpersönlichkeitsrecht kann sich der Urheber in bestimmten Situationen auch auf das allgemeine (zivilrechtliche) Persönlichkeitsrecht berufen; das Urheberpersönlichkeitsrecht ist allerdings immer dann vorrangig zu prüfen, wenn die Verbindung des Urhebers zu seinem Werk betroffen ist; das allgemeine (zivilrechtliche) Persönlichkeitsrecht existiert daneben als Auffangregel fort und ist beispielsweise relevant, wenn die Persönlichkeit des Urhebers unabhängig von der Verbindung zu seinem Werk betroffen ist oder wenn ein urheberrechtlicher Schutz mangels Werkqualität ausscheidet, *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 46; *Schricker/Dietz*, Urheberrecht, Vor §§ 12 ff. Rz. 15; *Götting*, in: Loewenheim [Hg.], Handbuch des Urheberrechts, § 3 Rz. 2.

<sup>174</sup> Ausführlich zum Kunstbegriff des Art. 5 Abs. 3 GG *Pernice*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 5 III (Kunst) Rz. 17 ff.

re im klassischen Anwendungsbereich des Urheberrechts als Recht der Künstler, Komponisten und Schriftsteller, wird dies der Fall sein. Daneben existieren allerdings auch Werkkategorien, beispielsweise Computerprogramme (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG), die im Regelfall nicht von der Kunstfreiheit erfasst werden<sup>176</sup>. Sofern die Tätigkeit des Urhebers dem verfassungsrechtlichen Kunstbegriff unterfällt, schützt Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG den Künstler zum einen bei der Erschaffung des Kunstwerkes (*Werkbereich*), zum anderen hinsichtlich der Darbietung, Vervielfältigung und Verbreitung des Kunstwerkes (*Wirkbereich*)<sup>177</sup>.

Der wissenschaftlich tätige Urheber, dessen Werk „nach Inhalt und Form als ernsthafter planmäßiger Versuch zur Ermittlung der Wahrheit anzusehen ist“<sup>178</sup>, kann auch die Voraussetzungen für die Eröffnung des Schutzbereichs der Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) erfüllen. Der grundrechtliche Schutz erstreckt sich in diesen Fällen auf die eigenverantwortliche Tätigkeit des Wissenschaftlers zur Auffindung, Deutung und Weitergabe der wissenschaftlichen Erkenntnisse<sup>179</sup>.

#### *4. Einschlägige Grundrechte auf Urheberseite bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Urheberrechtsschranken*

Da sich die Urheber in Bezug auf ein und dasselbe Werk häufig auf verschiedene der eben beschriebenen grundrechtlichen Positionen berufen können, stellt sich vor dem Hintergrund der vorliegenden Untersuchung die Frage, welche Grundrechte bei der Einführung von Urheberrechtsschranken durch den Gesetzgeber konkret betroffen sind und in welchem Verhältnis die Grundrechtspositionen zueinander stehen.

##### a) (Verfassungsrechtliches) Persönlichkeitsrecht oder Eigentumsgarantie?

In Bezug auf das Verhältnis zwischen dem allgemeinen (verfassungsrechtlichen) Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und der

<sup>175</sup> Zur Überlappung von Kunstbegriff und Urheberrecht Wandtke/Bullinger/Wandtke, Einl. Rz. 31.

<sup>176</sup> Fechner, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 290; Poeppl, Neuordnung, S. 144; vgl. auch v. Becker, ZUM 2000, 864, 864 (Fn. 3).

<sup>177</sup> Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht; BVerfGE 30, 173, 189 – *Mephisto*; BVerfGE 36, 321, 331 – *Schallplatten*; Ausführlich Pernice in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 5 III (Kunst) Rz. 24 ff.

<sup>178</sup> BVerfGE 35, 79, 112 – *Hochschul-Urteil*; ausführlich zum Begriff der Wissenschaft Pernice, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 5 III (Wissenschaft) Rz. 24 ff.

<sup>179</sup> Vgl. BVerfGE 35, 79, 112 – *Hochschul-Urteil*; Poeppl, Neuordnung, S. 144; ausführlich Pernice, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 5 III (Wissenschaft), Rz. 30.

Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG zieht das Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Urheberrechtsschranken in erster Linie Art. 14 GG als Prüfungsmaßstab heran<sup>180</sup>. Da dem Inhaber des monistischen Urheberrechts durch das Urheberrechtsgesetz sowohl Persönlichkeits- als auch verwertungsrechtliche Befugnisse zugesprochen werden, überrascht diese Beschränkung auf den ersten Blick. Eigentumsgarantie auf der einen und (verfassungsrechtliches) Persönlichkeitsrecht auf der anderen Seite betreffen unterschiedliche Aspekte des Urheberrechtsschutzes (Verwertungsrecht/Persönlichkeitsrecht) und müssten daher – da sie nicht in einem Spezialitätsverhältnis zueinander stehen – nebeneinander anwendbar sein<sup>181</sup>.

Dennoch ist Beschränkung des Prüfungsmaßstabes auf Art. 14 GG bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Urheberrechtsschranken berechtigt. Die Urheberrechtsschranken des deutschen Urheberrechtsgesetzes betreffen fast ausschließlich die urheberrechtlichen Verwertungsrechte und lassen die persönlichkeitsrechtliche Komponente des Urheberrechts regelmäßig unberührt<sup>182</sup>. In den allermeisten, insbesondere auch den vom Bundesverfassungsgericht beurteilten Fällen ist daher von vorneherein klar, dass durch die in Frage stehende Urheberrechtsschranke ein Grundrechtseingriff nur in Bezug auf die verwertungsrechtliche Seite des Urheberrechts erfolgen kann und daher im Ergebnis auch nur an Art. 14 GG zu messen ist. Ein Eingriff in das allgemeine (verfassungsrechtliche) Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG kommt dagegen – obwohl der sachliche Schutzbereich eröffnet ist – bei der Beurteilung der Urheberrechtsschranken nicht in Betracht. Hinzu kommt als pragmatisches Argument, dass die Ausweitung der Prüfung auf die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte ohnehin kaum zu abweichenden Ergebnissen führen dürfte<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Vgl. BVerfGE 31, 229, 238 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; BVerfGE 79, 29, 40 – *Vollzugsanstalten*.

<sup>181</sup> Allgemein zur Behandlung der Konkurrenz von Grundrechten *Dreier*, in: Ders. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Vorb. Rz. 155; zur umstrittenen Festlegung des Spezialitätsverhältnisses von Grundrechten *Stern*, Staatsrecht III/2, S. 1392 f.

<sup>182</sup> Siehe dazu oben S. 79; vgl. auch *Badura*, in: Klippel/Ohly (Hg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 52 mit dem Hinweis, dass die Frage, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht tangiert ist, „je nach Ziel und Wirkung einer Regelung oder eines Eingriffs“ variiert; abweichend *Poepfel*, Neuordnung, S. 145, der die Verwertungsrechte auch als Instrument zur Durchsetzung eigener Vorstellungen „über das durch die Werkverwertung der Öffentlichkeit vermittelte Bild“ interpretiert und daher bei einem Eingriff in die Verwertungsrechte auch das Persönlichkeitsrecht betroffen sieht.

<sup>183</sup> So im Ergebnis auch *Poepfel*, Neuordnung, S. 145; vgl. auch *Maunz*, GRUR 1973, 107, 107; zu den geringen praktischen Auswirkungen bei der Berücksichtigung zusätzlicher Grundrechte vgl. *Dreier*, in: Ders. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Vorb. Rz. 155.

## b) Eingriff in die Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit?

Daneben stellt sich die Frage nach der Berücksichtigung der in vielen Fällen ebenfalls einschlägigen Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit des Urhebers (Art. 5 Abs. 3 GG)<sup>184</sup>. Sofern die verwertungsrechtliche Seite des Urheberrechts betroffen ist, geht das Bundesverfassungsgericht auch hier zu Recht von einem Vorrang der Eigentumsgarantie aus<sup>185</sup>. Diese Beschränkung des Prüfungsumfanges kann – ähnlich wie beim Verhältnis zwischen Eigentumsgarantie und (verfassungsrechtlichem) Persönlichkeitsrecht – damit erklärt werden, dass bei der Einführung von Urheberrechtsschranken in den meisten Fällen gar kein Eingriff in die Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit stattfindet. Illustrieren lässt sich dies am Schutzbereich der Kunstfreiheit, insbesondere an dem die Tätigkeiten des Urhebers hinsichtlich der Darbietung, Vervielfältigung und Verbreitung des Kunstwerkes erfassenden *Wirkbereichs*. Durch die Beschränkung des Verwertungsrechts in Form einer Urheberrechtsschranke wird der Künstler selbst an den dem *Wirkbereich* unterfallenden Tätigkeiten gar nicht gehindert. Nutzungsbefugnisse Dritter heben zwar die Ausschließlichkeit des Urheberrechts partiell auf, hindern aber den Urheber selbst nicht daran, weiterhin den durch den *Wirkbereich* geschützten Tätigkeiten nachzugehen<sup>186</sup>. Nur in Ausnahmefällen ist denkbar, dass die Einführung einer Urheberrechtsschranke auch den *Wirkbereich* betrifft, nämlich dann, wenn die wirtschaftliche Verwertung des Werkes durch die gesetzliche Vorschrift so stark eingeschränkt wird, dass eine freie künstlerische Betätigung praktisch nicht mehr möglich ist<sup>187</sup>. Nur in diesem (seltenen) Fall läge ein Eingriff sowohl in Art. 14 GG als auch in Art. 5 Abs. 3 GG vor.

---

<sup>184</sup> Siehe dazu oben S. 161 f.

<sup>185</sup> BVerfGE 31, 229, 238 ff. – *Kirchen und Schulgebrauch*; BVerfGE 49, 382, 392 – *Kirchenmusik*; so auch *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 195 ff.; *Gounalakis*, Elektronische Kopien, S. 11; *Poepfel*, Neuordnung, S. 146; für eine (zumindest teilweise) parallele Anwendbarkeit von Art. 14 GG und Art. 5 Abs. 3 GG sprechen sich aus: *Maunz*, GRUR 1973, 107, 114; *Badura*, FuR 1984, 552, 557 f.; *ders.*, in: Klippel/Ohly (Hg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 52 f.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 87; *Kirchhof*, FS Zeidler, S. 1654 (bei entgeltlicher Verwertung ragt Art. 5 Abs. 3 GG „über das Urheberpersönlichkeitsrecht hinaus auch in das Urheberverwertungsrecht“); in diese Richtung auch *Kröger*, Informationsfreiheit, S. 110, der davon ausgeht, dass die Verwertungsrechte „erst in zweiter Hinsicht“ von der Eigentumsgarantie erfasst werden.

<sup>186</sup> Vgl. auch *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 196, der darauf hinweist, dass aus der durch Art. 5 Abs. 3 GG geschützten (Wirkbereichs-) Freiheit nicht folge, dass der Künstler hierfür auch eine Entlohnung erhalten müsse – diese Frage unterfalle ausschließlich Art. 14 GG; so auch *Poepfel*, Neuordnung, S. 146.

<sup>187</sup> Offen gelassen in BVerfGE 31, 229, 240 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 197.

## c) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann damit Folgendes festgehalten werden: In Bezug auf kreative Tätigkeit können die Schutzbereiche der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG), des allgemeinen (verfassungsrechtlichen) Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie der Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) eröffnet sein. Bei der im Rahmen dieser Untersuchung relevanten Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen bei der Einführung von Urheberrechtsschranken spielt in Bezug auf die Grundrechtspositionen des Nutzers allerdings praktisch nur die Eigentumsgarantie eine Rolle. Nur wenn bei Urheberrechtsschranken außer den Verwertungsrechten auch urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte betroffen sind (was nur sehr selten der Fall sein wird), kann zusätzlich das allgemeine (verfassungsrechtliche) Persönlichkeitsrecht berücksichtigt werden. Ähnliches gilt für die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, die ebenfalls nur in seltenen Ausnahmefällen betroffen ist.

*III. Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit**1. Vorbemerkung zur Rolle der Grundrechte bei der verfassungsrechtlichen Betrachtung der Urheberrechtsschranken*

Die Grundrechte des Grundgesetzes stellen in ihrer klassischen Funktion Abwehrrechte dar, die im Verhältnis Bürger-Staat dem Einzelnen einen subjektiv-rechtlichen und gegen hoheitliche Eingriffe gerichteten negatorischen Anspruch zuerkennen<sup>188</sup>. Diesem Gedanken der Vertikalbindung entsprechend legt das Grundgesetz in Art. 1 Abs. 3 fest, dass die Grundrechte „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“ binden. Die im Rahmen dieser Arbeit relevanten Urheberrechtsschranken finden allerdings letztendlich im (horizontalen) Verhältnis zwischen Urheberrechtsinhaber und Nutzer Anwendung, womit sich die Frage stellt, welche Wirkungen die Grundrechte in diesen Situationen entfalten können. Die Vielfalt der hinter dieser Problematik der Grundrechtswirkung im einfachen Recht stehenden Lösungsvorschläge<sup>189</sup> lassen sich für den Zweck dieser Untersuchung wie folgt fruchtbar machen:

---

<sup>188</sup> Zu dieser Funktion der Grundrechte BVerfGE 7, 198, 204 – *Lüth* („Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat“); *Dreier*, in: Ders. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Vorb. Rz. 84 (negatorische Seite der Grundrechte als „Systemmitte der Grundrechtsdogmatik“); *Hesse*, Verfassungsrecht, Rz. 287; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 558 ff.

<sup>189</sup> Ausführlich und m.w.N. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 7 ff.

## a) Urheberseite: Grundrechtliche Eingriffsverbote und Übermaßverbot

Zunächst ist festzuhalten, dass der Urheberrechtsgesetzgeber selbst nach Art. 1 Abs. 3 GG *unmittelbar* an die Vorgaben des Grundgesetzes gebunden ist. Verkürzt der Gesetzgeber durch eine einfachgesetzliche Maßnahme eine grundrechtlich geschützte Position des Urhebers, so ist das entsprechende Gesetz als Grundrechtsbeeinträchtigung zu werten und muss den verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere dem Übermaßverbot, gerecht werden. Die Grundrechte kommen hier in ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte gegen hoheitliche Gewalt zur Anwendung und führen zu staatlichen Eingriffsverboten. Einer weitergehenden Begründung der Grundrechtsbindung bedarf es in diesem Fall nicht<sup>190</sup>. Auch wenn die Urheberrechtsschranke später im Horizontalverhältnis zwischen Urheberrechtsschranke und Nutzer Anwendung findet, stellt bereits ihre Einführung eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG dar<sup>191</sup>, gegenüber der die Grundrechte ihre klassische Funktion als Abwehrrechte entfalten können. Die Einführung von Schrankenbestimmungen ist folglich unabhängig von einem etwaigen späteren Vollzugsakt (gerichtliches Urteil) als unmittelbarer Grundrechtseingriff zu werten, der einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf<sup>192</sup> und insbesondere den Vorgaben des Übermaßverbotes gerecht werden muss.

## b) Nutzerseite: Grundrechtliche Schutzgebote und Untermaßverbot

Die unter *a*) beschriebene (unmittelbare) Grundrechtsbindung des Gesetzgebers erfolgt ausschließlich im Hinblick auf die Beeinträchtigung der Interessen des *Urhebers* bei der Einführung von Schrankenbestimmungen. Daneben können im Zusammenhang mit den Urheberrechtsschranken auch

<sup>190</sup> Vgl. *Dreier*, in: ders. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Vorb. Rz. 97; *Stern*, Staatsrecht III/1, S. 1565 ff.; gegen eine unmittelbare Bindung des Privatrechtsgesetzgebers sprechen sich aus *Kopp*, FS Wilburg, S. 149 (Bedeutung erlangen nicht „die Grundrechte als solche, sondern die hinter ihnen stehenden und in ihnen erkennbar werdenden Grundentscheidungen, und auch diese nur im Sinne eines allgemeinen Berücksichtigungsgebotes“); *Lerche*, ZHR 149 (1985), 165, 167 (Fn. 10) (Grundrechtsbindung kann nicht „automatisch“ schon deshalb angenommen werden, weil der Gesetzgeber einen auftretenden Konflikt zu entscheiden hat); ausführlich *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 89 ff.

<sup>191</sup> Zur Abgrenzung von Inhalts- und Schrankenbestimmung siehe *Häberle*, Wesensgehaltgarantie, S. 179; *Sieckmann*, Modelle des Eigentumsschutzes, S. 281 ff.; *Wieland*, in: *Dreier* (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 14 Rz. 74 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rz. 920, 899; *Leinemann*, Sozialbindung, S. 62.

<sup>192</sup> Vgl. auch die Entscheidungen BVerfGE 31, 229, 240 – *Kirchen und Schulgebrauch* und BVerfGE 49, 382, 394 – *Kirchenmusik*, in denen die Schranken des Urheberrechtsgesetzes unmittelbar an Art. 14 GG gemessen werden; siehe auch *Badura*, Eigentumsschutz, S. 23; *ders.*, FuR 1984, 552, 556; *Gounalakis*, Elektronische Kopien, S. 9 f.; *Kreile*, FS Lerche, S. 260.

auf Seiten des *Nutzers* verfassungsrechtlich geschützte Positionen betroffen sein, beispielsweise die in Art 5 Abs. 1 und 3 GG normierten Grundrechte. Eine unmittelbare Wirkung der Grundrechte zugunsten der Nutzer lässt sich bei der (hier relevanten) Beurteilung von Urheberrechtsschranken allerdings nicht feststellen, da durch die Einführung der Schranken keine Beeinträchtigung, sondern sogar umgekehrt eine Förderung der Nutzerinteressen erfolgt. In ihrer klassischen Funktion als Abwehrrechte gegen den Staat helfen dem Nutzer im Zusammenhang mit den Urheberrechtsschranken seine Grundrechte folglich wenig<sup>193</sup>.

In den hier relevanten Fällen der horizontalen Kollision urheberrechtlich geschützter Interessen können die Grundrechte zugunsten der Nutzer jedoch auch über ihre traditionelle vertikale Abwehrfunktion hinaus zur Anwendung kommen. Entwickelt wurde diese zusätzliche Schutzrichtung mit dem Hinweis auf eine durch die Grundrechte etablierte „objektive Wertordnung“, von der alle Bereiche des Rechts und damit auch das Privatrecht „Richtlinien und Impulse“ empfangen<sup>194</sup>. Heute hat sich als dogmatische Begründung dieser auch als „Drittwirkung“ bezeichneten Funktion die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten etabliert<sup>195</sup>. Derartige Pflichten richten sich (wie die Abwehrrechte) gegen den Staat und verpflichten ihn, die Grundrechtsträger (hier: die durch eine Schrankenvorschrift begünstigten Nutzer) vor Beeinträchtigungen durch Dritte (hier: die von ihrem Ausschließlichkeitsrecht Gebrauch machenden Urheberrechtshaber) zu schützen. Die Gesetzgebung ist danach angehalten, notwendige Schutznormen (hier: Urheberrechtsschranken) zu schaffen, sowie betroffene Nutzerinteressen bei der Auslegung zu berücksichtigen<sup>196</sup>. Insbesondere Letzteres ist von praktischer Bedeutung und führt zu der auch vom Bundesverfassungsgericht in der bereits erwähnten *Germania 3*-Entscheidung vorgenommenen verfassungskonformen Auslegung des bestehenden

---

<sup>193</sup> Zum Teil wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass die Existenz des Urheberrechts selbst – also bereits die *Rechtsgewährung* – einen Eingriff in die Informationsfreiheit darstellt; *Hüsken*, Informationsfreiheit, S. 114 ff., 120 ff.; *Druey*, Information als Gegenstand des Rechts, S. 437; für die Aufgabenstellung der vorliegenden Untersuchung ist dieser Aspekt allerdings weniger von Interesse, da nicht die Verfassungsmäßigkeit der Urheberrechtsgewährung sondern der Urheberrechtseinschränkung zur Diskussion steht.

<sup>194</sup> BVerfGE 7, 198, 205 – *Lüth*; siehe auch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 13 ff. (m.w.N.).

<sup>195</sup> *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 228; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, S. 37 ff.; vgl. auch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 20 ff.; kritisch zur Rolle der grundrechtlichen Schutzpflichten im Privatrecht *Diederichsen*, in: *Starck* (Hg.), Rangordnung, S. 63 ff.; allgemein zur Figur der grundrechtlichen Schutzpflichten *Schwarz*, in: *Blaschke/Förster/Lumpp/Schmidt*, Sicherheit statt Freiheit?, S. 34 ff.

<sup>196</sup> Vgl. *Canaris*, JuS 1989, 160, 163; in diesem Sinne auch (für den Bereich der Wissenschaftsfreiheit) *Hohagen*, Freiheit der Vervielfältigung, S. 294.

Rechts<sup>197</sup>, deren Ziel die *praktische Konkordanz*<sup>198</sup> zwischen den widerstreitenden verfassungsrechtlich geschützten Positionen ist. Darüber hinaus kann die verfassungsrechtliche Position des Nutzers über die Sozialbindung des (geistigen) Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) bei der Verhältnismäßigkeitsabwägung eigentumsbeschränkender Maßnahmen eine Rolle spielen. Dem Gesetzgeber steht jedoch insoweit eine Einschätzungsprärogative zu<sup>199</sup>, deren Grenze erst durch das Untermaßverbot<sup>200</sup> gezogen und damit ein Schutzminimum zugunsten des Grundrechtsberechtigten garantiert wird.

### c) Zwischenergebnis

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Einführung von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen ist in zweierlei Hinsicht eingeschränkt. Zum einen darf der Gesetzgeber die Grundrechtspositionen der Urheberrechtshaber durch Urheberrechtsschranken nicht unverhältnismäßig begrenzen, zum anderen ist der Gesetzgeber angehalten, die grundrechtlich geschützten Interessen der Nutzer zu berücksichtigen. Die Grundrechte als Eingriffsverbote auf Urheberseite stehen damit einer Einführung von Urheberrechtsschranken tendenziell entgegen, während die Grundrechte als Schutzgebote auf Nutzerseite umgekehrt Urheberrechtsschranken fördern. Beide Positionen stecken den Gestaltungsspielraum des Urheberrechtsgesetzgebers ab. Der Gesetzgeber ist dabei angehalten, den widerstreitenden Interessen im Sinne einer *praktischen Konkordanz* zu jeweils möglichst umfassender Geltung zu verhelfen.

## 2. Die Institutsgarantie (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG)

Als Ausfluss der Normgeprägtheit der Eigentumsgewährleistung enthält Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG die Institutsgarantie<sup>201</sup>. Art. 14 GG eröffnet dem

<sup>197</sup> Zur *Germania 3*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts siehe bereits oben S. 102 ff.; grundlegend zur verfassungskonformen Auslegung des einfachen Rechts am Beispiel der Meinungsfreiheit BVerfGE 7, 198, 208 – *Lüth*; BVerfGE 85, 1, 16 f. – *Bayern-Aktionäre*.

<sup>198</sup> Zu diesem Begriff Hesse, *Verfassungsrecht*, Rz. 317 f.; Poeppl, *Neuordnung*, S. 133; BVerfGE 89, 214, 232 – *Bürgschaftsverträge*.

<sup>199</sup> Vgl. BVerfGE 97, 169, 176 f. – *Kleinbetriebsklausel I*; Poeppl, *Neuordnung*, S. 132.

<sup>200</sup> Zum Begriff des Untermaßverbotes *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 228; vgl. auch ders., JuS 1989, 160, 163; Dreier, in: ders. (Hg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Vorb. Rz. 103.

<sup>201</sup> Weitere Institutsgarantien gewährleisten die (privatrechtliche) Existenz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG), die Privatschule (Art. 7 Abs. 4 GG) sowie das Erbrecht (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG); daneben wird als institutionelle Garantie die öffentlich-rechtliche Einrichtung des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) gewährleistet.

Gesetzgeber damit einerseits die Möglichkeit, die Eigentumsordnung durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen legislativ auszugestalten, stellt aber andererseits sicher, dass das Privateigentum als Rechtsinstitut durch den einfachen Gesetzgeber tatsächlich geschaffen wird und erhalten bleibt. Die Institutsgarantie erfordert hierbei allerdings lediglich die Existenz eines Kernbestands an eigentumsrechtlichen Normen<sup>202</sup> und soll sicherstellen, dass die Grundfunktion des Eigentums, dem Grundrechtsträger „einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen“<sup>203</sup>, erhalten bleibt. Zu dem von der Institutsgarantie erfassten (geringen) Kernbestand an eigentumsrechtlichen Normen gehören nicht nur Vorschriften in Bezug auf körperliche Gegenstände, sondern im Grundsatz auch die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte<sup>204</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat den hieraus fließenden Regelungsauftrag des Gesetzgebers wie folgt umschrieben:

„Der Gesetzgeber ist im Rahmen des Regelungsauftrags nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich verpflichtet, das vermögenswerte Ergebnis der schöpferischen Leistung dem Urheber zuzuordnen und ihm die Freiheit einzuräumen, in eigener Verantwortung darüber verfügen zu können“<sup>205</sup>.

Die Institutsgarantie setzt für die Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung lediglich die eher vage Vorgabe, dass die dem Schöpfer zustehenden Positionen ein System von privatnützigen und verwertbaren Ausschließlichkeitsrechten darstellen müssen<sup>206</sup>. Beispiele für gesetzgeberische Maßnahmen, die gegen diese Vorgabe verstoßen würden, lassen sich nur schwer finden. Nicht mit der Institutsgarantie vereinbar wäre es etwa, wenn der Gesetzgeber die heute geltenden Ausschließlichkeitsrechte komplett abschaffen und lediglich gesetzliche Vergütungsansprüche gewähren wür-

---

<sup>202</sup> BVerfGE 24, 367, 389 – *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*; *Wieland*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 14 Rz. 125; allgemein zur Schutzdichte der Institutsgarantien *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 80 ff.

<sup>203</sup> St. Rspr. seit BVerfGE 24, 367, 389 – *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*.

<sup>204</sup> *Badura*, FuR 1984, 552, 556 f.; *ders.*, Eigentumsschutz, S. 22; *Fechner*, Geistiges Eigentum, S. 210; *Maunz*, GRUR 1973, 107, 108; *Poepfel*, Neuordnung, S. 136.

<sup>205</sup> BVerfGE 49, 382, 392 – *Kirchenmusik*; vgl. auch BVerfGE, 31, 229, 240 f. – *Kirchen- und Schulgebrauch*.

<sup>206</sup> Vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 84; *Poepfel*, Neuordnung, S. 136 f.; *Badura*, FuR 1984, 552, 557; differenzierend *Hohagen*, Freiheit der Vervielfältigung, S. 275 f., der davon ausgeht, dass die verfassungsrechtlich gebotene Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber reine Vergütungsansprüche erlaubt und sich erst aus der verfassungsrechtlich gebotenen Freiheit, über die schöpferische Leistung in eigener Verantwortung verfügen zu können, eine Pflicht zur Ausgestaltung des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht ergibt.

de<sup>207</sup>. Ein konkreter Fall aus jüngerer Zeit, bei dem die Unvereinbarkeit einer urheberrechtlichen Schrankenregelung mit der Institutsgarantie diskutiert wurde, war der umstrittene Regierungsentwurf zu § 52a UrhG (Öffentliche Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung), der die zustimmungsfreie Digitalisierung gesamter Werke vorsah und damit das Ausschließlichkeitsrecht in Bezug auf eine vor allem für wissenschaftlich tätige Urheber (und deren Werkvermittler) wesentliche Verwertungsart zu einem bloßen Vergütungsanspruch herabstufte<sup>208</sup>. Ob die Vorschrift nach der im Regierungsentwurf vorgesehenen Fassung tatsächlich mit den vagen Vorgaben der Institutsgarantie in Konflikt geraten wäre, erscheint jedoch sehr fraglich. Nach der Abschwächung der Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren ist die Urheberrechtsschranke im Hinblick auf die Institutsgarantie<sup>209</sup> allerdings in jedem Fall unbedenklich. Die Norm schränkt in ihrer heute gültigen Fassung den Anwendungsbereich der Schranke insoweit ein, als die öffentliche Zugänglichmachung nach § 52a Abs. 1 UrhG nur für „veröffentlichte kleine Teile eines Werkes, Werke geringen Umfangs sowie einzelne Beiträge aus Zeitungen oder Zeitschriften“ zulässig ist. Darüber hinaus privilegiert die Vorschrift stets nur einen „bestimmt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern“ (§ 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG) oder einen „bestimmt abgegrenzten Kreis von Personen für deren eigene wissenschaftliche Forschung“ (§ 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG). So mag § 52a UrhG zwar eine spürbare Beeinträchtigung für den wissenschaftlich tätigen Urheber und dessen Werkvermittler bedeuten, der Charakter des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht wird durch die Regelung allerdings nicht aufgehoben und ein Eingriff in die Institutsgarantie liegt folglich nicht vor.

Für die im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung relevante Frage, welche Grenzen die Eigentumsgarantie dem Gesetzgeber bei der Einführung von Urheberrechtsschranken zieht, ist durch den Blick auf die Institutsgarantie folglich nur wenig zu gewinnen. Der Gesetzgeber wird durch die Institutsgarantie nicht gehindert, Schrankenvorschriften einzuführen, solange er das Urheberrecht als System privater Ausschließlichkeitsrechte unangetastet lässt. Auch eine normtextliche Neugestaltung der urheberrechtlichen Schranken – beispielsweise der Ersatz des Schrankenkataloges durch eine Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischem

---

<sup>207</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 84 mit Verweis auf das Urheberrechtssystem der ehemaligen Sowjetunion; vgl. auch *Poepfel*, Neuordnung, S. 137.

<sup>208</sup> Siehe hierzu *Schack*, AfP 2003, 1, 6 (durch die Regelung werde „einer bestimmten Gruppe von Urhebern das Ausschließlichkeitsrecht durch eine spezielle Schranke faktisch so gut wie vollständig genommen“).

<sup>209</sup> Denkbar – im Ergebnis jedoch ebenfalls abzulehnen – ist allerdings ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip; siehe hierzu sogleich unten S. 173 f.

Vorbild – ist daher nicht per se unvereinbar mit der Institutsgarantie. Erst wenn die durch die Urheberrechtsschranken vermittelten Nutzungsbefugnisse derart ausgeweitet würden, dass das Urheberrecht seinen Charakter als Ausschließlichkeitsrecht verlöre, ließe sich über einen Eingriff in die Institutsgarantie nachdenken.

### 3. Verhältnismäßigkeitsprüfung

#### a) Verhältnismäßigkeitsprinzip und Sozialbindung bei der Einführung von Urheberrechtsschranken

Von deutlich größerer praktischer Bedeutung für die legislative Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieses im Zusammenhang mit den Grundrechten beinahe allgegenwärtige Prinzip erfordert, dass eine staatliche Maßnahme immer einen bestimmten (legitimen) Zweck verfolgt und dass das hierfür vom Staat gewählte Mittel tauglich zur Verfolgung dieses Zweckes ist (*Geeignetheit*). Darüber hinaus darf kein Ersatz durch ein gleich wirksames aber weniger einschneidendes Mittel möglich sein (*Erforderlichkeit*). Die als *Proportionalität*, *Verhältnismäßigkeit i.e.S.*, *Angemessenheit* oder *Zumutbarkeit* bezeichnete letzte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt zudem eine adäquate Zweck-Mittel-Abwägung, die zu einem angemessenen Ausgleich zwischen grundrechtlich geschütztem Interesse und hoheitlicher Beeinträchtigung führen muss<sup>210</sup>. Je stärker folglich der grundrechtlich geschützte Bereich des Urheberrechts beeinträchtigt wird, desto bedeutender müssen die für die Zulässigkeit der Nutzung ins Feld geführten Allgemeinwohlbelange sein<sup>211</sup>.

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung wird im Rahmen der Eigentumsgarantie von der *Sozialpflichtigkeit* durchsetzt. Der privatnützige Gebrauch des (geistigen) Eigentums soll nach diesem in Art. 14 Abs. 2 GG niedergelegten Grundsatz „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit“ dienen. Folglich verbieten Übermaßverbot und Sozialbindung nicht nur eine übermäßige Einschränkung der grundrechtlichen Position, sondern legen dem Gesetzgeber zugleich die Verpflichtung auf, auch positiv die Sozialpflichtigkeit des (geistigen) Eigentums zu berücksichtigen und im Vergleich mit den privatnützigen Rechten nicht unverhältnismäßig zu vernachlässigen<sup>212</sup>. Damit

---

<sup>210</sup> Allgemein zum Verhältnismäßigkeitsprinzip *Dreier*, in: ders. (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Vorb. Rz. 145 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I, Rz. 56 f.; *Stern*, Staatsrecht, III/2, S. 761 ff.; mit Blick auf Art. 14 GG *Maunz/Dürig/Papier*, Bd. II, Art. 14 Rz. 315 ff.

<sup>211</sup> BVerfGE 49, 382, 400 – *Kirchenmusik*; *Schricker/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rz. 10; *Götting*, in: *Loewenheim* (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 3 Rz. 4.

<sup>212</sup> *Fechner*, Geistiges Eigentum, S. 240; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rz. 929; *Wieland*, in: *Dreier* (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 14 Rz. 127 spricht insoweit von einem „spezifischen Strukturprinzip“ der Eigentumsgarantie; zum Gedanken der „so-

kommen bei der Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung nicht nur die Interessen des Urhebers, sondern auch die der Allgemeinheit zum Zuge. Der Gesetzgeber muss zwischen diesen beiden Polen agieren und die verfassungsrechtlich garantierten privatnützigen Rechte mit einer sozialverträglichen Eigentumsordnung abwägen<sup>213</sup>. Auch wenn hierbei dem Gesetzgeber ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum zusteht<sup>214</sup>, können sich dennoch aus dieser Abwägung Grenzen für staatliches Handeln ergeben.

Bei der Ausgestaltung des Schrankenkataloges tritt eine solche Beschränkung in zwei Formen auf: Zum einen kann sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben, dass die Einführung einer Schranke in verfassungswidriger Weise in das Ausschließlichkeitsrecht des Urheberrechtshabers eingreift. Die Eigentumsgarantie setzt damit eine *Obergrenze* für die Einführung von Urheberrechtsschranken. Ein Überschreiten dieser Grenze wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur derzeit beispielsweise im Zusammenhang mit der bereits erwähnten öffentlichen Zugänglichmachung für Unterrichtung und Forschung nach § 52a UrhG vertreten<sup>215</sup>. Die Regelung führe – so Kritiker – zu einem unangemessenen Eingriff in den wirtschaftlich bedeutenden Primärmarkt für die Verwertung wissenschaftlicher Werke und sei daher nicht mit der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu vereinbaren. Dem Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit kann in diesem Fall allerdings – wie bereits im Zusammenhang mit der Institutsgarantie – entgegnet werden, dass der Gesetzgeber in mehreren Tatbestandsmerkmalen den Anwendungsbereich der Vorschrift spürbar begrenzt<sup>216</sup> und zudem in § 52a Abs. 4 UrhG eine Vergütungsregelung eingeführt hat<sup>217</sup>. Insbesondere letzteres führt dazu, dass sich die für die Urheber zu erwartenden Folgen in Grenzen halten. Hinzu kommt, dass – ganz ähnlich wie bei der *Pressespiegel*-Entscheidung des Bundesgerichtshofes<sup>218</sup> – die Einführung der Urheberrechtsschranke und insbesondere die kollektive Verwertung den Urhebern sogar nutzt. Letztere haben in aller Regel bereits

---

zial gebundenen Befugnis“ des Immaterialgüterrechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts siehe RGZ 140, 264, 270; Schricker/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rz. 1.

<sup>213</sup> Vgl. BVerfGE 37, 132, 140 f. – *Vergleichsmiete I* (Betonung des „dialektischen Verhältnisses von verfassungsrechtlich garantierter Freiheit [...] und dem Gebot einer sozialgerechten Eigentumsordnung“); BVerfGE 87, 114, 138 – *Pachtzins für Kleingärten*; *Wieland*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 14 Rz. 127.

<sup>214</sup> Vgl. BVerfGE 79, 29, 40 – *Vollzugsanstalten*, *Sieckmann*, Modelle des Eigentumsschutzes, S. 358 ff.

<sup>215</sup> *Gounalakis*, Elektronische Kopien, S. 17 ff.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 513a; v. *Bernuth*, ZUM 2003, 438, 444.

<sup>216</sup> Siehe hierzu oben S. 171.

<sup>217</sup> Zu diesem Argument vgl. *Ohly*, in: Hoffmann-Riem/Eifert (Hg.), Geistiges Eigentum und Innovation, S. 296.

<sup>218</sup> Siehe hierzu oben S. 104 ff.

den Werkvermittlern ein ausschließliches Recht eingeräumt und profitieren daher unmittelbar von der in § 52a Abs. 4 UrhG vorgesehenen Vergütung<sup>219</sup>. Bei der Ausgestaltung der Vorschrift hat der Gesetzgeber folglich die durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gezogene Obergrenze nicht überschritten.

Zum anderen kann sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auch das Postulat zur Einführung von Urheberrechtsschranken ergeben. Die Sozialbindung des Urheberrechts führt in diesen Fällen zu einer *Untergrenze* von Nutzungsprivilegien, deren Unterschreitung verfassungswidrig wäre. Ein Beispiel für eine solche Untergrenze ist die in § 53 UrhG geregelte Vervielfältigung zum privaten Gebrauch. Würde der Gesetzgeber dem Urheberrechtseinhaber ein uneingeschränktes Vervielfältigungsrecht gewähren, ohne die Herstellung einzelner Vervielfältigungsstücke zum privaten Gebrauch zu ermöglichen, so wären viele Nutzer von einer Teilnahme am kulturellen Kommunikationsprozess ausgeschlossen. Mit der Sozialbindung des Urheberrechts ließe sich dies kaum vereinbaren<sup>220</sup>. Die Sozialbindung des Urheberrechts steckt in diesem Beispiel mithin einen Mindeststandard für die Einführung von Urheberrechtsschranken ab, der nach oben insoweit begrenzt wird, als durch die Urheberrechtsschranken die Position des Urheberrechtseinhabers nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt werden darf. Bei der Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken begegnen sich folglich die als Abwehrrecht ausgestaltete Position des Urheberrechtseinhabers und die im Rahmen der grundrechtlichen Schutzgebote zu berücksichtigenden Nutzerinteressen. Trotz dieser verfassungsrechtlichen Grenzen verbleibt dem Gesetzgeber allerdings ein erheblicher Gestaltungsspielraum bei der Ausformung der Urheberrechtsschranken.

#### b) Rechtsfolgendifferenzierung als verfassungsrechtliche Anforderung

Für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und den Vergleich des deutschen mit dem US-amerikanischen Recht besonders interessant sind die Auswirkungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips auf die Rechtsfolgen von Urheberrechtsschranken. Hier ist zu berücksichtigen, dass dem Interesse der Allgemeinheit an freiem Zugang zu urheberrechtlichen Werken regelmäßig bereits durch die Zustimmungsfreiheit der Nutzung genügt wird. Eine zusätzlich auch vergütungsfreie Nutzung ist daher nur unter erschwerten Bedingungen begründbar und erfordert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein „gesteigertes öffentliches Inte-

---

<sup>219</sup> Ohly, Die Verwaltung 2005, 419, 422.

<sup>220</sup> Ausführlich hierzu Hohagen, Freiheit der Vervielfältigung, S. 310 ff.; ders., FS Schrickler, S. 357 ff.

resse<sup>221</sup>, das gerade auch an der Vergütungsfreiheit der Nutzung bestehen muss<sup>222</sup>. Diese erhöhten Anforderungen ergeben sich unmittelbar aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der damit verbundenen Abwägung der betroffenen Interessen. Für die Ausgestaltung der deutschen Urheberrechtsschranken hat dies spürbare Folgen. Zwar steht es dem Gesetzgeber weitgehend frei, Urheberrechtsschranken einzuführen oder nicht, entscheidet er sich jedoch für die Einschränkung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte, so darf nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtsfolge nur dann die vergütungsfreie Nutzung gestattet werden, wenn ein solches „gesteigertes öffentliches Interesse“ an der Vergütungsfreiheit besteht. In vielen Schrankenkonstellationen werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt sein. Ein Beispiel hierfür ist etwa der bereits mehrfach angesprochene § 52a UrhG. Zwar ist hier ein beachtenswertes öffentliches Interesse (Nutzbarkeit moderner technischer Kommunikationsformen und Gewährleistung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Forschungseinrichtungen)<sup>223</sup> feststellbar, dass dieses Interesse aber neben der Zustimmungsfreiheit auch die Vergütungsfreiheit verlangt, ist nicht ersichtlich. Der Gesetzgeber hat daher mit gutem Grund in § 52a Abs. 4 UrhG eine Vergütung angeordnet und die Vorschrift nicht als ersatzlose Aufhebung sondern als *gesetzliche Lizenz* ausgestaltet. Eine Regelung ohne Kompensation wäre höchstwahrscheinlich verfassungswidrig<sup>224</sup>.

Die Schranken des Urheberrechtsgesetzes bilden damit – sofern sie Entschädigungspflichten vorsehen – einen Anwendungsfall der sog. ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung<sup>225</sup>. Da dem Inhaber

---

<sup>221</sup> BVerfGE 31, 229, 243 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; BVerfGE 49, 382, 400 – *Kirchenmusik*

<sup>222</sup> Vgl. BVerfGE 49, 382, 400 – *Kirchenmusik*; BVerfGE 79, 29, 41 – *Vollzugsanstalten*; ausführlich und kritisch zur *Vollzugsanstalten*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts *Fechner*, Geistiges Eigentum, S. 243 ff., 461 ff.; *Götting*, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 30 Rz. 3; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 85; *Schricker/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rz. 11; siehe auch *Badura*, in: Klippel/Ohly (Hg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 57 ff.; *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rz. 10; *Grezeszick*, ZUM 2007, 344, 350 f.; *Hohagen*, Freiheit der Vervielfältigung, S. 279 f.; *Kreile*, FS Lerche, S. 262 f., 265; *Krüger-Nieland*, FS Oppenhoff, S. 180 ff.; *Poepfel*, Neuordnung, S. 140 f.; zur Übernahme dieser gestuften Anforderungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes siehe BGH GRUR 1999, 707, 713 – *Kopienversanddienst*.

<sup>223</sup> Vgl. hierzu die BegrRegE (Bt-Drucks. 15/38), S. 20, 40; zum Zweck der Regelung siehe auch *Gounalakis*, Elektronische Kopien, S. 19; *Ohly*, Die Verwaltung 2005, 419, 421.

<sup>224</sup> Gleiches gilt für die ebenfalls bereits erwähnte Vervielfältigung zum privaten Gebrauch; ausführlich hierzu *Hohagen*, Freiheit der Vervielfältigung, S. 314 ff.

<sup>225</sup> Zur Entschädigungspflicht im Zusammenhang mit Art. 14 GG *Sass*, Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis 1992; *Sieckmann*, Modelle des Eigentumsschutzes,

des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts die Verfügungsbefugnis über sein Recht in diesen Fällen nicht entzogen wird, liegt nach dem formellen Enteignungsbegriff des Bundesverfassungsgerichts<sup>226</sup> keine entschädigungspflichtige (Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG) Enteignung vor. Gleichwohl ist die Beeinträchtigung der Nutzung derart intensiv und sind die für die Nutzungsfreiheit ins Feld geführten Allgemeinwohlbelange derart gering, dass die Verhältnismäßigkeit der Schranke nur gewahrt bleibt, wenn eine (für Inhalts- und Schrankenbestimmungen eigentlich nicht vorgesehene) Entschädigung des Rechtsinhabers eingeführt wird. In der Konsequenz führen diese Erwägungen zu der für das deutsche Recht charakteristischen ausdifferenzierten und abgestuften Schrankensystematik. *Gesetzliche Lizenzen*, die das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers zwar aufheben, gleichzeitig aber einen Vergütungsanspruch etablieren, sind danach weit verbreitet, während die vollständige und ersatzlose Aufhebung des Urheberrechts in deutlich weniger Fällen vorgesehen ist<sup>227</sup>. Würde man statt der jetzt geltenden abgestuften und differenzierenden Regelung flächendeckend das im US-amerikanischen Recht bei der Fair Use-Doktrin vorherrschende Alles-oder-Nichts-Prinzip<sup>228</sup> einführen, so wäre dies unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig. Im Hinblick auf die Rechtsfolge schränkt das Grundgesetz damit den Handlungsspielraum des Urheberrechtsgesetzgebers spürbar ein.

#### 4. Auswirkungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes

##### a) Allgemeine Vorgaben des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes

Eine Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes kann sich – neben der eben geschilderten Wirkung der Grundrechte – auch aus dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot ergeben. Dieser unter anderem Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG verankerte und für die Verfassungsordnung

---

S.428 ff.; Hösch, Eigentum und Freiheit, S.241 ff.; Wieland, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 14 Rz. 129 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rz. 934 f.

<sup>226</sup> Hierzu BVerfGE 52, 1, 27 – *Kleingarten*; BVerfGE 58, 300, 330 f. – *Naßauskiesung*; Lepsius, Besitz und Sachherrschaft, S.76 ff.; Wieland, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Art. 14 Rz. 74 ff.; ausführlich Lege, Zwangsvertrag und Güterdefinition, 1995.

<sup>227</sup> Zur Kategorisierung der Urheberrechtsschranken im Hinblick auf ihre Eingriffintensität siehe bereits oben S. 78; aufgrund der mit den *gesetzlichen Lizenzen* einhergehenden Ausgleichspflicht ordnet Leinemann, Sozialbindung, S. 71 f. diese Kategorie der Schranken grundrechtsdogmatisch den „ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmungen“ zu.

<sup>228</sup> Siehe dazu oben S. 34.

zentrale Grundsatz<sup>229</sup> verlangt, dass der Gesetzgeber die Rechtslage hinreichend klar gestaltet, damit der Betroffene seine Normunterworfenheit erkennen und sein Verhalten daran ausrichten kann<sup>230</sup>. Ein für alle Fälle geltender starrer Bestimmtheitsgrad existiert dabei nicht. Vielmehr korrespondiert die im konkreten Fall erforderliche Bestimmtheit mit der Intensität, mit der die entsprechende Vorschrift grundrechtsrelevante Belange berührt<sup>231</sup>.

(Schranken-) Generalklauseln werfen aus Sicht des Bestimmtheitsgebotes folgende Probleme auf: Einerseits kann aufgrund des hohen Abstraktionsniveaus von Generalklauseln ihr normativer Gehalt nur unzureichend durch normtextliche Analyse und Gesetzesauslegung ermittelt werden<sup>232</sup>. Andererseits besteht aufgrund der Komplexität des Wirtschaftslebens und der (für das Urheberrecht besonders relevanten) Geschwindigkeit des technischen Fortschritts ein Bedürfnis nach flexiblen und wandelbaren Normen. Der Gesetzgeber befindet sich damit in der Situation, hinreichend bestimmte Vorschriften schaffen zu müssen, die zugleich den Bedürfnissen einer modernen Rechts- und Wirtschaftsordnung gerecht werden. Dieser Zielkonflikt führt dazu, dass normtextlich weit gefasste Vorschriften nicht schlichtweg als unzulässig angesehen werden und vom Bundesverfassungsgericht auch bereits mehrfach gebilligt wurden, sofern die „Vielgestaltigkeit des Lebens“ wandelbare und flexible Vorschriften erfordert<sup>233</sup>. Der Gesetzgeber ist aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts also keinesfalls verpflichtet, die denkbar exakteste Formulierung (das „sprachlich Mögliche“) zu wählen und damit umständliche, unüberschaubare oder schlicht zu starre Vorschriften zu schaffen. Im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot muss er nur das tun, was ihm „praktisch möglich“ ist<sup>234</sup> und hat darüber hinaus einen erheblichen Handlungs-

---

<sup>229</sup> Zur Herleitung und Bedeutung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes *Papier/Möller*, AöR 1997, 177, 178 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rz. 129.

<sup>230</sup> BVerfGE 45, 400, 420 – *Oberstufenreform*; BVerfGE 83, 130, 145 – *Josephine Mutzenbacher*.

<sup>231</sup> BVerfGE 83, 130, 145 – *Josephine Mutzenbacher*.

<sup>232</sup> *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 9 f.

<sup>233</sup> Vgl. BVerfGE 4, 352, 358; BVerfGE 9, 137, 151 – *Einfuhrgenehmigung* („Vielgestaltigkeit der Verhältnisse“); BVerfGE 71, 108, 114 f. – *Anti-Atomkraftplakette*; BVerfGE 92, 1, 12 – *Sitzblockaden II*; BVerfGE 102, 347, 360 f. – *Schockwerbung I*; siehe auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rz. 133 ff.; *Sommermann*, in: Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, Art. 20 Abs. 3 Rz. 289 spricht insoweit von „zukunfts-offenen Regelungen“; kritisch zum Begriff der „Vielgestaltigkeit der Verhältnisse“ *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177, 186.

<sup>234</sup> BVerfGE 57, 9, 22 – *Einlieferungsersuchen* (zur Bestimmtheit von Rechtswegvorschriften); zur Unterscheidung des „sprachlich Möglichen“ vom „praktisch Möglichen“

spielraum bei der konkreten Ausgestaltung der Rechtsordnung. Generalklauseln sind danach verfassungsrechtlich insbesondere dann nicht zu beanstanden, wenn eine genauere Regelung durch abschließende Einzeltatbestände aufgrund der unübersehbaren Vielfalt der zu regelnden Sachverhalte kaum sinnvoll erscheint. Dies wurde vom Bundesverfassungsgericht beispielsweise für die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 1 UWG a.F. angenommen<sup>235</sup>. Für die Zulässigkeit von Generalklauseln spricht es nach Ansicht der Rechtsprechung zudem, wenn der normative Gehalt der Vorschrift durch eine langjährige Rechtsprechung bereits hinreichend konkretisiert worden ist<sup>236</sup>.

b) Vereinbarkeit einer Schrankengeneralklausel mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot

Vor dem Hintergrund der vorliegenden Arbeit stellt sich damit die Frage nach den Auswirkungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes auf die gesetzgeberische Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken. Hierbei lässt sich insbesondere untersuchen, ob das Grundgesetz den Gesetzgeber verpflichtet, am enumerativen Schrankenatalog festzuhalten oder ob stattdessen auch eine die wichtigsten Nutzungssituationen umfassende Schrankengeneralklausel – beispielsweise nach dem Vorbild der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin<sup>237</sup> – den Anforderungen an die Bestimmtheit gerecht würde. Dies wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur von *Jan Poeppel* bezweifelt<sup>238</sup>: Der Nutzer könne – anders als beim jetzigen starren Schrankenatalog – im Falle einer Generalklausel kaum mehr erkennen, welche Nutzungshandlungen zulässig seien. Außerdem sei

---

*Papier/Möller*, AöR 122 (1997) 177, 185 ff.; *Poeppel*, Neuordnung, S. 500 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, Art. 20 (Rechtsstaat) Rz. 133.

<sup>235</sup> BVerfGE 32, 311, 317 – *Steinmetz*, BVerfGE 102, 347, 360 f. – *Schockwerbung I*.

<sup>236</sup> Nach BVerfGE 32, 311, 317 – *Steinmetz* wird der Nachteil fehlender Rechtssicherheit bei § 1 UWG a.F. „dadurch gemindert, daß die langjährige Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs den Rechtsgehalt der Generalklausel nach vielen Richtungen breit entfaltet hat“; ähnliche Argumente finden sich auch im Zusammenhang mit Generalklauseln im Polizei- und Sicherheitsrecht („öffentliche Sicherheit und Ordnung“); BVerfGE 54, 143, 144 f. – *Taubenfütterungsverbot*; BVerwGE 116, 347, 350.

<sup>237</sup> Neben einer Generalklausel nach US-amerikanischem Vorbild wäre auch eine sprachliche Orientierung am Dreistufentest denkbar; was die Unbestimmtheit der (hypothetischen) Norm angeht, unterscheiden sich die beiden Formulierungsmöglichkeiten allerdings kaum; ausführlich zu diesen beiden Varianten unten S. 214 ff.

<sup>238</sup> *Poeppel*, Neuordnung, S. 499 ff. geht davon aus, es sei „allenfalls [mit den Vorgaben des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes] vereinbar, eine Generalklausel als *Auffangtatbestand* neben den meisten der bisherigen (überarbeiteten) Schranken zu installieren [Herv. A.F.]“.

es dem Gesetzgeber praktisch möglich, den Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität auch mit anderen Mitteln zu erreichen<sup>239</sup>.

Diese Ansicht vermag nicht restlos zu überzeugen. Zwar ist es richtig, dass beim Ersatz des Schranken kataloges durch eine Generalklausel der Normtext der Vorschrift dem Rechtsunterworfenen nur wenig über die Zulässigkeit konkreter Nutzungshandlungen mitteilt, dies hat jedoch nicht zwingend die Unvereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zur Folge. Entscheidend für die Beurteilung einer Generalklausel nach dem Bestimmtheitsgebot ist nicht allein der Normtext, sondern der durch die Vorschrift unter Berücksichtigung der ergangenen Rechtsprechung vermittelte Grad an Rechtssicherheit<sup>240</sup>. Richtigerweise muss also über den Text der Vorschrift hinaus danach gefragt werden, inwieweit sich die Vorhersehbarkeit von Nutzungssituationen durch die Einführung einer Schrankengeneralklausel tatsächlich verschlechtert. Vor diesem Hintergrund spricht es auf den ersten Blick gegen die Zulässigkeit einer Schrankengeneralklausel, dass zu einer solchen neu eingeführten Vorschrift noch überhaupt keine Rechtsprechung existiert, durch die der normative Gehalt der Generalklausel konkretisiert würde. Eine solche formelle Betrachtung ließe jedoch unberücksichtigt, dass eine Schrankengeneralklausel das Erbe der durch sie ersetzten Urheberrechtsschranken anträte und daher keinesfalls im luftleeren Raum stünde. Es ist zu erwarten, dass die inhaltliche Ausfüllung der Generalklausel durch die Rechtsprechung an der zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung geltenden Rechtsrealität ansetzt und diese kontinuierlich weiterführt und -entwickelt. Als Anknüpfungspunkt für die Auslegung der Schrankengeneralklausel kämen dabei auch die zum alten Recht ergangenen Entscheidungen in Betracht. Zwar besteht in Deutschland keine mit den Vereinigten Staaten von Amerika<sup>241</sup> vergleichbare Präjudizienbindung, den zu einer Sachfrage ergangenen Urteilen kommt für die nachfolgende Rechtsprechung dennoch eine Leitfunktion als *persuasive authority* zu<sup>242</sup>. Die Gerichte mögen damit zwar nicht formal an die zur alten Rechtslage ergangenen (höheren) Entscheidungen gebunden sein, für Abweichungen vom vorhandenen Präjudizienmaterial tragen sie aber die Argumentationslast<sup>243</sup>. Im Ergebnis lässt sich daraus bei Einführung einer

---

<sup>239</sup> Poepfel, Neuordnung, S. 502 f.

<sup>240</sup> Siehe bereits oben S. 177 Fn. 236 zur Zulässigkeit von durch die Rechtsprechung konkretisierten Generalklauseln.

<sup>241</sup> Siehe oben S. 15 ff.

<sup>242</sup> Ausführlich und m.w.N. Ohly, Richterrecht und Generalklausel, S. 261 ff.; ders., AcP 201 (2001) 1, 19 ff.

<sup>243</sup> Siehe hierzu Ohly, ebd.; Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 334 ff.; Picker, JZ 1984, 153, 158 umschreibt die Abweichung der Gerichte vom fallinduktiven Richterrecht bildhaft als „formlose Kassation kraft besserer Einsicht“; ausführlich zur

Schrankengeneralklausel auf die weitgehende Kontinuität zwischen alter und neuer Rechtslage schließen. Für den Rechtsunterworfenen wäre damit auch nach einer Gesetzesänderung erkennbar, welche Nutzungshandlungen zulässig sind und welche nicht. Dass darüber hinaus alternative und vermeintlich gleich effiziente Gesetzgebungstechniken existieren, spielt keine Rolle, da es sich beim verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot lediglich um eine Mindestanforderung handelt, die dem Gesetzgeber ausreichend Handlungsspielraum lässt<sup>244</sup>. Der Neueinführung einer Schrankengeneralklausel stünde das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot damit nicht entgegen.

#### IV. Vergleichende Analyse

Mit Blick auf diese Vorgaben können einige Unterschiede des deutschen zum US-amerikanischen Urheberrecht erklärt werden. Zunächst lässt sich festhalten, dass der deutsche Gesetzgeber unter dem Grundgesetz in seiner Handlungsfreiheit bei der Einführung von Urheberrechtsschranken deutlich stärker eingeschränkt ist als der US-amerikanische Kongress (1) und dass die rechtsfolgendifferenzierende Gestaltung des deutschen Schrankenataloges sich in diese verfassungsrechtlichen Vorgaben einfügt (2). Darüber hinaus können ein zum US-amerikanischen Recht umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis und eine Argumentationsasymmetrie zwischen Urheberrechtsgewährung und -einschränkung beobachtet werden (3). Schließlich zeigt der Blick auf das Verfassungsrecht und die Urheberrechtstheorie, warum der ökonomischen Analyse der Urheberrechtsschranken in Deutschland nur eine geringe Bedeutung zukommen kann (4).

##### 1. Eingeschränkter Handlungsspielraum des Urheberrechtsgesetzgebers

Im Vergleich zu den Vereinigten Staaten ist der Handlungsspielraum des deutschen Gesetzgebers deutlich eingeschränkt. Wie im *Kapitel 3* gezeigt, ergeben sich für den US-amerikanischen Kongress aufgrund des Charakters der Ausschließlichkeitsrechte als Zweckmäßigkeitsschöpfungen kaum verfassungsrechtliche Einschränkungen des gesetzgeberischen Handlungsspielraumes. Weder ist der Kongress durch die *intellectual property clause* verpflichtet, überhaupt einen Urheberrechtsschutz einzuführen, noch wird er gehindert, für die Zukunft die bestehenden Ausschließlichkeitsrechte durch Urheberrechtsschranken zu begrenzen<sup>245</sup>. Im deutschen Recht wird

---

Abweichung der Gerichte von rationes decidendi bereits ergangener Entscheidungen *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung, S. 105 ff.

<sup>244</sup> Vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I, Rz. 356.

<sup>245</sup> Eine verfassungsrechtliche Einschränkung könnte sich allenfalls im Hinblick auf das 5<sup>th</sup> Amendment bei einer retroaktiven Änderung der Urheberposition ergeben; vgl.

der Gesetzgeber – trotz seines erheblichen Handlungsspielraumes – dagegen durch das Grundgesetz an mehreren Stellen spürbar eingeschränkt. Nach der in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG festgelegten Institutsgarantie ist der Gesetzgeber verpflichtet, einen Kernbestand an urheberrechtlichen Vorschriften einzuführen. Anders als in den Vereinigten Staaten ist die Existenz des Urheberrechts an sich folglich nicht bloße Option, sondern zwingende verfassungsrechtliche Voraussetzung. Auch die Einführung von Urheberrechtsschranken steht nicht vollkommen zur Disposition des Gesetzgebers. Als Eingriff in die grundrechtlich geschützte Position des Urhebers müssen Urheberrechtsschranken verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden und müssen insbesondere verhältnismäßig sein. Darüber hinaus ergeben sich aus dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot Mindestanforderungen an die Klarheit des Schrankenataloges.

Einschränkend ist allerdings anzumerken, dass der deutsche Gesetzgeber trotz der erwähnten verfassungsrechtlichen Beschränkungen nicht für immer auf den jetzigen Schrankenatalog festgelegt ist. Das Grundgesetz lässt trotz seiner zwingenden Vorgaben einen erheblichen Spielraum für die legislative Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken. Sofern die verfassungsrechtlichen Vorgaben gewahrt werden, ist dem Gesetzgeber beispielsweise nicht versagt, einzelne Schranken aufzuheben oder neue Schranken einzuführen. Ebenso wenig ist der Gesetzgeber verpflichtet, den Schrankenatalog (wie es heute der Fall ist) abschließend und eng zu gestalten. So wäre es verfassungsrechtlich grundsätzlich denkbar, den bestehenden Schrankenatalog durch den Einsatz von flexibleren Elementen offener zu gestalten oder gar eine Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischem Vorbild einzuführen. Von der dem US-amerikanischen Gesetzgeber zustehenden Freiheit, Urheberrechtsschranken nach Belieben und ohne Rechtfertigungszwang einzuführen, ist das deutsche Recht allerdings weit entfernt.

## *2. Verhältnismäßigkeitsprinzip und rechtsfolgendifferenzierender Schrankenatalog*

Die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung für jede Urheberrechtseinschränkung gesondert vorzunehmende Abwägung zwischen Urheberinteresse und sozialverträglicher Eigentumsordnung begünstigt eine rechtsfolgendifferenzierende Gestaltung des Schrankenataloges. So können nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Urheberrechtsschranken eine bestimmte Nutzung nur dann nicht nur zustimmungs-, sondern auch

---

hierzu *Nimmer/Nimmer*, *On Copyright*, § 1.11, der allerdings einräumt, dass dies bisher bei den Änderungen des US-amerikanischen Copyright Act praktisch noch nie der Fall war.

vergütungsfrei gestatten, wenn ein „gesteigertes öffentliches Interesse“ gerade auch an der Vergütungsfreiheit der Nutzung besteht<sup>246</sup>. Dies führt dazu, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen in vielen Fällen keine ersatzlose Aufhebung des Urheberrechts zulässig ist und dass stattdessen nur eine Einschränkung in Form einer *gesetzlichen Lizenz* erfolgen darf. Insbesondere wäre es im deutschen Recht unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig, für die bestehenden Schranken eine generelle Alles-oder-Nichts-Rechtsfolgenregelung wie in den Vereinigten Staaten einzuführen. Darüber hinaus verbleibt dem deutschen Gesetzgeber allerdings ein erheblicher Handlungsspielraum, der auch (sofern die genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben gewahrt werden) die Einführung einer Schrankegeneralklausel erlauben würde.

### 3. Verhältnis der Urheberrechtsschranken zur Rechtsgewährung

Die Analyse im *Teil 1* der Untersuchung hat gezeigt, dass die Fair Use-Doktrin wesentlich flexibler und dynamischer gehandhabt wird als der deutsche Schrankenatalog. Mit einem Blick auf die Rechtfertigung des US-amerikanischen Rechts in *Kapitel 3* ließ sich die Flexibilität der Doktrin unter anderem mit der Argumentationssymmetrie und dem Regel-Ausnahme-Verhältnis erklären. Im US-Recht stellt die Gemeinfreiheit von Werken den gedanklichen Regelfall und die Gewährung urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte die begründungsbedürftige Ausnahme dar. Sowohl die Gewährung als auch die Einschränkung des Urheberrechts werden dabei argumentativ mit Gemeinwohlerwägungen begründet. Dieser Begründungsgleichlauf erleichtert die flexible Anwendung der Urheberrechtsschranken, die als Ausnahme zur Ausnahme den Regelfall der Gemeinfreiheit wieder herstellen<sup>247</sup>.

#### a) Argumentationsasymmetrie und Argumentationstransfer

Das deutsche Recht unterscheidet sich fundamental von diesen Feststellungen. Dies gilt bereits für die bei der Rechtsgewährung und -einschränkung vorgebrachten Argumente, die sich – anders als im US-Recht – in Deutschland nicht symmetrisch verhalten. Für die Urheberrechtsbegründung wird aus Sicht der Urheberrechtstheorie in erster Linie auf die individuellen (persönlichkeits- und vermögensrechtlichen) Interessen des Schöpfers und gerade nicht auf das Allgemeinwohl abgestellt. Gleiches gilt für den verfassungsrechtlichen Schutz, der eine auf den Urheber bezogene individuelle Freiheitssphäre gewährleistet. Zwar ist es richtig, dass vom Urheberrecht auch andere Personen als der Urheber pro-

---

<sup>246</sup> BVerfGE 31, 229, 243 – *Kirchen- und Schulgebrauch*; siehe dazu oben S. 173.

<sup>247</sup> Ausführlich oben S. 146 ff.

fitieren<sup>248</sup>, Anknüpfungspunkt ist und bleibt aber der Urheber und die von ihm erbrachte schöpferische Leistung. Allgemein- und Nutzerinteressen kommen im deutschen Urheberrecht lediglich *negativ*<sup>249</sup> bei der Begrenzung der Ausschließlichkeitsrechte in Form der Schranken ins Spiel und werden im Rahmen der Eigentumsgarantie aufgrund der Sozialbindung des Eigentums berücksichtigt<sup>250</sup>. Für die Handhabung des Urheberrechts bedeutet dies, dass kein mit der Fair Use-Doktrin vergleichbarer Argumentationstransfer von der Urheberrechtsbegründung auf die -einschränkung vorgenommen werden kann. Insbesondere lässt sich die Einführung einer Urheberrechtsschranke – anders als in den Vereinigten Staaten – kaum mit dem Argument begründen, bereits die Urheberrechtsgewährung hätte im konkreten Fall nicht erfolgen dürfen.

#### b) Regel-Ausnahme-Verhältnis und grundsätzliches Verbot der teleologischen Extension

Ein weiterer und für die praktisch Handhabung der Schranken äußerst bedeutender Unterschied lässt sich beim Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Rechtsgewährung und -einschränkung beobachten. Hier verhält sich das deutsche Recht genau entgegengesetzt zum US-amerikanischen Copyright Act. Im deutschen Recht unterliegt die Existenz von urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten keinem mit den Vereinigten Staaten vergleichbaren Rechtfertigungszwang. Stattdessen geht die monistische Urheberrechtstheorie in ihrem Ansatz davon aus, dass (bereits existierende) persönlichkeitsrechtliche und vermögensrechtliche Urheberinteressen vom Gesetzgeber anerkannt<sup>251</sup> und als Recht ausgeformt werden. Sichtbar wird dies im heutigen Recht an § 11 UrhG, der die Interessen des Schöpfers und deren Sicherung (nicht aber die Förderung des Allgemeinwohls) zur Grundaufgabe des Urheberrechts erklärt. Aus Sicht der monistischen Urheberrechtstheorie als Leitmodell des deutschen Urheberrechts stellt damit die Existenz von Ausschließlichkeitsrechten den Regelfall dar<sup>252</sup>.

---

<sup>248</sup> Zum Funktionswandel des Urheberrechts in Richtung eines Investitionsschutzes siehe oben S. 153 ff.

<sup>249</sup> Vgl. hierzu auch *Davies*, Public Interest, Rz. 7-022; *Schricker/Schricker*, Einl. Rz. 12.

<sup>250</sup> Zur Sozialbindung und zum Verhältnismäßigkeitsprinzip siehe oben S. 171 ff.

<sup>251</sup> Zum Teil wird in Anlehnung an naturrechtliche Gedanken sogar argumentiert, die Ausschließlichkeitsrechte selbst (und nicht nur die Interessen der Schöpfer) seien vorexistent und würden vom Gesetzgeber letztlich nur anerkannt; zu dieser Frage *Fechner*, Geistiges Eigentum und Verfassung, S. 121 ff. (m.w.N.).

<sup>252</sup> Aus rechtshistorischer Sicht war dies nicht immer der Fall; so gab es in der Zeit des Nationalsozialismus die Tendenz, dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ folgend die Interessen der Allgemeinheit als (mindestens) gleichwertig anzusehen; siehe etwa *Elster*, GRUR 1940, 404, 407 („daß der Werkschöpfer nur seinen Lohn bekomme,

Ähnliches gilt bei einem Blick auf die Verfassung und den dadurch vermittelten grundrechtlichen Schutz des Urhebers. Die verfassungsrechtliche Anerkennung der Urheberinteressen zeugt davon, dass der rechtliche Schutz des Urhebers den (nicht begründungsbedürftigen) Regelfall darstellt. Eine Begründungspflicht besteht dagegen für die Einführung von Urheberrechtsschranken. Diese stellen eine Beschränkung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentums dar und müssen daher den Anforderungen an Grundrechtseingriffe gerecht werden. Sie sind damit als begründungsbedürftige Ausnahmen vom Regelfall des grundrechtlichen Schutzes anzusehen<sup>253</sup> und als solche verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Der Annahme von *Martin Löffler*<sup>254</sup>, *Thomas Hoeren*<sup>255</sup> und *Reto M. Hilty*<sup>256</sup>, dass Informationsfreiheit bzw. freier Wettbewerb die Regel und das Urheberrecht hierzu die begründungsbedürftige Ausnahme darstelle, ist daher nicht zuzustimmen. Zwar mag es rechtspolitisch wünschenswert und notwendig sein, die Nutzerinteressen stärker zu betonen, mit der geltenden Verfassungsrealität ist die von *Löffler*, *Hilty* und *Hoeren* propagierte Umkehr des traditionellen urheberfreundlichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses allerdings nicht zu vereinbaren. Allgemeininteressen (u.a. an freiem Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken) spielen eine bedeutende Rolle bei der gesetzgeberischen Ausgestaltung der Urheberrechtsordnung. Sie kommen aber immer erst im Rahmen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums und damit als einschränkendes – negatives – Kriterium ins Spiel<sup>257</sup>.

Aus diesem Blickwinkel rechtfertigt sich auch die traditionelle Zurückhaltung gegenüber einer extensiven Auslegung der deutschen Urheberrechtsschranken<sup>258</sup>. Das eben festgestellte Regel-Ausnahme-Verhältnis

---

würde keine hinreichende Rechtfertigung seines ‚ausschließlichen‘ Sonderrechts ergeben, wenn er nicht mit seinem Werk einen Nutzen für die Volksgemeinschaft erbrächte“) hierzu; *Dieselhorst*, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 15; *Leinemann*, Sozialbindung, S. 41 ff.; *Pahud*, Sozialbindung, S. 20 f.; *Schricker/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rz. 2; allgemein zum Urheberrecht im Nationalsozialismus *Hefsti*, in: *Dittrich* (Hg.), *Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es?*, S. 165 ff.

<sup>253</sup> So auch *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 84; vgl. auch *Findeisen*, Auslegung, S. 73 ff., der im Ergebnis davon ausgeht, dass die Schranken des Urheberrechtsgesetzes „vom Standpunkt des Urhebers“ aus betrachtet werden müssen.

<sup>254</sup> *Löffler*, NJW 1980, 201, 204 (Kommunikationsfreiheit als „ein für die freiheitliche Demokratie konstituierendes Grundprinzip, das seiner Natur nach jedes Ausnahmecharakters entbehrt“).

<sup>255</sup> *Hoeren*, GRUR 1997, 866, 869 f.; *ders.*, MMR 2000, 1, 1; *Möhring/Nicolini/Hoeren*, § 69d Rz. 2; dem zustimmend *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815, 819; *Hüsken*, Informationsfreiheit, S. 268 f.; *Kröger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, S. 224; *ders.*, MMR 2002, 18, 20; vgl. auch *Dreier*, JZ 2003, 477, 478.

<sup>256</sup> *Hilty*, in: *Klippel/Ohly* (Hg.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, S. 111.

<sup>257</sup> Siehe hierzu oben S. 181.

<sup>258</sup> Siehe hierzu bereits ausführlich oben S. 98 ff.

spiegelt sich in den Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes insoweit wieder, als einer umfassenden Rechtsgewährung partielle Ausnahmen gegenübergestellt werden<sup>259</sup>. Die Schranken des Urheberrechtsgesetzes sind damit nicht nur formal-sprachlich, sondern auch materiell-inhaltlich echte Ausnahmen. Der darin zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Hintergrund ist auch bei der Auslegung der Urheberrechtsschranken zu beachten. Nur wenn der Nutzer sich ebenfalls auf grundrechtlich geschützte Positionen (vor allem Art. 5 GG) berufen kann, wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis aufgehoben und in verfassungskonformer Auslegung kann ausnahmsweise eine erweiternde Auslegung bestehender Urheberrechtsschranken erfolgen<sup>260</sup>. Die Rechtsprechung weigert sich daher zu Recht, die bestehenden Urheberrechtsschranken generell weit auszulegen und durchbricht diesen Grundsatz mit guten Gründen nur in wenigen (begründungsbedürftigen) Ausnahmefällen. Eine (durchaus wünschenswerte) Flexibilisierung der Urheberrechtsschranken kann daher – von den wenigen Fällen der verfassungskonformen Auslegung abgesehen – nur durch den Gesetzgeber erfolgen<sup>261</sup>.

#### *4. Zur Relevanz ökonomischer Erwägungen bei der Betrachtung der deutschen Urheberrechtsschranken*

Die geistesgeschichtliche und verfassungsrechtliche Verankerung trägt auch zum Verständnis der Unterschiede in der Bedeutung ökonomischer Erwägungen bei der Betrachtung der deutschen Urheberrechtsschranken bei. Im *Kapitel 1* hat sich mit Blick auf die US-amerikanische Rechtslage gezeigt, dass ökonomische Erwägungen ein wesentliches und in allen Fair Use-Faktoren nachweisbares Leitmotiv der Doktrin darstellen. Bei einem Blick auf die US-amerikanische Urheberrechtstheorie (*Kapitel 3*) konnte diese Fixierung auf wirtschaftliche Erwägungen unter anderem mit der Verwurzelung der Urheberrechtsschranken im ökonomischen Denken des US-Urheberrechts erklärt werden. Im Hinblick auf das deutsche Recht konnte bei der Betrachtung der Zitierfreiheit (*Kapitel 2*) dagegen festgestellt werden, dass ökonomische Erwägungen bei § 51 UrhG nur am Rande als einschränkendes Korrektiv eine Rolle spielen.

Die Zurückhaltung des deutschen Rechts gegenüber wirtschaftlichen Erwägungen lässt sich mit dem Ursprung und der Verwurzelung des deutschen Urheberrechts erklären. Die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte in ihrer traditionellen Auffassung sind mit der Persönlichkeit des Schöpfers verklammert und dadurch mit Elementen versehen, die sich

---

<sup>259</sup> Vgl. Schrickler/Melichar, Vor §§ 44a ff. Rz. 1, 3.

<sup>260</sup> Zur verfassungsrechtlichen Position des Nutzers als Leitmotiv bei der erweiternden Auslegung der Urheberrechtsschranken siehe bereits oben S. 109 f.

<sup>261</sup> Zu den rechtspolitischen Gestaltungsmöglichkeiten siehe unten S. 211 ff.

weitgehend einem rein ökonomischen Verhaltensmodell entziehen<sup>262</sup>. Eine Auslegung bestehender Vorschriften unter Heranziehung des Transaktionskostenarguments der ökonomischen Analyse des Rechts kann daher nur dann erfolgen, wenn die persönlichkeitsrechtlichen Elemente nicht im Vordergrund stehen und der auszulegenden Rechtsnorm ein ökonomisches (Effizienz-) Programm zugrunde liegt<sup>263</sup>. Dies ist für jede auszulegende Vorschrift einzeln zu untersuchen und kann im Hinblick auf die Urheberrechtsschranken nur selten eindeutig bejaht werden. Ein solch unproblematischer Fall ist etwa die Zulässigkeit der Dekompilierung von Computerprogrammen nach § 69e UrhG, die maßgeblich auf dem Gedanken beruht, Substitutions- und Ergänzungsprodukte zu etablierten Programmen zu ermöglichen und auf diese Weise den Wettbewerb zwischen den Herstellern von Computersoftware zu erhöhen<sup>264</sup>. Die Vorschrift folgt damit im Ansatz einem ökonomischen Kalkül, das bei der Auslegung Berücksichtigung finden kann und sogar muss. Ähnlich aber nicht mehr ganz so deutlich lassen sich wirtschaftliche Erwägungen und der Gedanke des Marktversagens auch für die Vervielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch (§ 53 UrhG) feststellen. Grund für die Privilegierung der Nutzungshandlung ist hier zum einen der Schutz der Privatsphäre<sup>265</sup>, zum anderen der Gedanke, dass die Nutzer ansonsten für jede Vervielfältigung eine gesonderte Einwilligung erlangen müssten<sup>266</sup>.

---

<sup>262</sup> Aus diesem Grunde zurückhaltend gegenüber ökonomischen Erwägungen im deutschen Recht *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 27, 31 („Das Urheberrecht ist nicht nur ein Posten in der Handelsbilanz, sondern stets auch ein Kultur- und Persönlichkeitswert, der sich einer ökonomischen Analyse letztlich entzieht“); in diesem Sinne auch; *Däubler-Gmelin*, ZUM 1999, 265, 268; *Jänich*, Geistiges Eigentum, S. 254; *Poepel*, Neuordnung, S. 158 f. (ökonomische Analyse der Verwertungsrechte stößt an eine „urheberrechtsimmanente Grenze“, da urheberrechtliche Werke „nicht nur Wirtschaftsgüter oder Ressourcen“, sondern „auch Ausdruck der Persönlichkeit des Schöpfers“ sind).

<sup>263</sup> Ausführlich *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 451 ff.; in Bezug auf das Urheberrecht *Reich*, ökonomische Analyse, S. 40 f., 227 f. der in Anlehnung an die Typenlehre von *Larenz* im Einzelfall prüfen will, ob das ökonomische Verhaltensmodell im konkreten Handlungszusammenhang zutrifft; ähnlich auch *Lehmann/Katzenberger*, Elektronische Pressespiegel, S. 86 f., die eine Anwendung der ökonomischen Analyse auf die Verwertungs-, nicht aber auf die Urheberpersönlichkeitsrechte für möglich halten; für eine ökonomische Analyse des Urheberrechts auch *Peukert*, in: *Hilty/Peukert* (Hg.), Interessenausgleich, S. 20 ff. (Kontinentaleuropäische Sichtweise „stellt [...] keinen zwingenden Grund dar, die ökonomische Analyse außer Betracht zu lassen“).

<sup>264</sup> Vgl. Amtl. Begr., BT-Drucks. 12/4022, S. 13; *Schricker/Loewenheim*, § 69e Rz. 1; *Dreier/Schulze*, § 69e Rz. 1 f., Vor §§ 44a ff. Rz. 4.

<sup>265</sup> Vgl. die Amtl. Begr. (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 287.

<sup>266</sup> Für die sonstige Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch Amtl. Begr. (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 289 („Wissenschaftler und wissenschaftliche Institute sollen in ihrer Tätigkeit nicht dadurch behindert sein, dass sie vor der Herstellung von Abschriften aus geschützten Werken jedesmal die Erlaubnis der Urheber einho-

Bei zahlreichen (vor allem klassischen) Schranken liegen wirtschaftliche Erwägungen dagegen deutlich ferner. Hintergrund der Rechtseinschränkung sind in diesen Fällen meist nicht ökonomische (Effizienz-) Überlegungen, sondern breit gefächerte Allgemeininteressen, beispielsweise an ungehinderter geistiger Auseinandersetzung (§ 51 UrhG)<sup>267</sup> oder an einem freien Informationsfluss (§ 49 UrhG)<sup>268</sup>. Aus dem Blickwinkel des Gesetzgebers bei der Einführung der Urheberrechtsschranken erscheint es daher nur folgerichtig, dass beispielsweise das Transaktionskostenargument (dessen Berücksichtigung in den von der Zitierfreiheit geregelten Fällen durchaus möglich wäre<sup>269</sup>) bei den traditionellen Schranken keine entscheidende Rolle spielt und ökonomische Erwägungen (beim Zitatrecht etwa die „Substitutionskonkurrenz“) lediglich als Hilfsaspekte in Betracht kommen. Allerdings wird sich auch bei den klassischen Schranken die an anderer Stelle festgestellte Akzentverschiebung des deutschen Urheberrechts bemerkbar machen. Ja stärker sich das deutsche Urheberrecht in Richtung eines Investitionsschutzrechts verändert<sup>270</sup>, desto mehr können entsprechende Erwägungen auch bei der Auslegung von Urheberrechtsschranken Berücksichtigung finden. Der persönlichkeitsrechtliche Charakter des deutschen Urheberrechts steht einer ökonomischen Auslegung dabei nicht zwingend entgegen, da die Urheberrechtsschranken in erster Linie die Verwertungsrechte und nur selten das Urheberpersönlichkeitsrecht betreffen<sup>271</sup>. Der individualistische Hintergrund des deutschen Urheberrechts ist bei einer ökonomischen Deutung der Urheberrechtsschranken dennoch immer im Blick zu behalten.

---

len müssen.“); zu § 53 UrhG siehe auch *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rz. 4; § 53 Rz. 1 sowie *Reich*, *Ökonomische Analyse*, S. 277 ff., der die Regelung der (digitalen) Privatkopie im Zusammenhang mit § 95b UrhG ökonomisch deutet; vgl. auch *Senfleben*, *Three-Step Test*, S. 31; in Bezug auf Schrankenbestimmungen für Medienbeobachtungsdienste *Hilty*, GRUR 2005, 819, 822 f.

<sup>267</sup> Siehe oben S. 86.

<sup>268</sup> Vgl. *Dreier/Schulze*, § 49 Rz. 1; *Schricker/Melichar*, § 49 Rz. 1; auch die *Amtl. Begr.* (BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff.), UFITA 45 (1965), 240, 282 betont die Rolle der Vorschrift in Hinblick auf die „Meinungsbildung der Öffentlichkeit“.

<sup>269</sup> Siehe das Beispiel zum US-Recht oben S. 138 f.

<sup>270</sup> Siehe hierzu oben S. 153 ff.

<sup>271</sup> Siehe hierzu oben S. 79 f.

## Teil 3

# Inter- und supranationale Vorgaben für die gesetzgeberische Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken

Für die Ausgestaltung der nationalen Schrankenkataloge sind das internationale und supranationale Recht von erheblicher Bedeutung. *Teil 3* der Untersuchung widmet sich den Vorgaben dieser Rechtsregime für die Struktur der US-amerikanischen und deutschen Urheberrechtsschranken. In *Kapitel 5* wird zunächst auf den aus der Berner Übereinkunft stammenden Dreistufentest eingegangen. Aus europarechtlicher Sicht betrachtet *Kapitel 6* schließlich die Vorgaben für die Ausgestaltung des Schrankenkatalogs durch die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft.

## Kapitel 5: Dreistufentest und Schrankengeneralklausel

Der Dreistufentest wurde im Zuge der Stockholmer Revision der Berner Übereinkunft (1967) entwickelt. Er stellt eine Schranken-Schranke für nationale Einschränkungen des Vervielfältigungsrechts dar (A.I) und ist mittlerweile in weiteren internationalen Verträgen – beispielsweise dem TRIPS-Abkommen oder dem WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) – enthalten (A.II). Im Hinblick auf den Gegenstand dieser Arbeit stellt sich die Frage nach den Auswirkungen des Dreistufentests auf die Struktur der Urheberrechtsschranken (B). Eine entscheidende Rolle spielt dabei die erste Stufe („gewisse/bestimmte Sonderfälle“), deren Bedeutung nach den bei internationalen Vertragsdokumenten gängigen Auslegungsgrundsätzen und unter Berücksichtigung der Entscheidungen des WTO-Streitbeilegungsgremiums ermittelt wird (B.I). Die nicht unproblematische Frage, ob die US-amerikanische Fair Use-Doktrin mit diesen Vorgaben vereinbart werden kann, lässt sich im Ergebnis bejahen (B.II).

### A. Funktion, Herkunft und Bedeutung des Dreistufentests

#### I. Berner Übereinkunft, nationale Urheberrechtsschranken und der Dreistufentest

Bereits im Jahr 1886 erfolgte mit der Berner Übereinkunft die erste und bis heute maßgebliche multilaterale völkerrechtliche Regelung des Urheberrechts. Kernpunkt des mittlerweile mehrfach revidierten<sup>1</sup> und zum jetzigen Zeitpunkt (August 2007) von 163 Mitgliedstaaten<sup>2</sup> unterzeichneten Vertragswerkes ist zum einen der Grundsatz der Inländergleichbehandlung, der den Autoren der Mitgliedstaaten in allen Ländern der Berner Union dieselben Rechte wie den dort ansässigen Autoren zusichert<sup>3</sup>. Zum anderen sieht die Berner Übereinkunft einen Mindeststandard von Rechten vor. Die Mitgliedstaaten sind danach beispielsweise verpflichtet, bestimmte persönlichkeitsrechtliche Aspekte (Art. 6<sup>bis</sup> RBÜ), ein Vervielfältigungsrecht (Art. 9 RBÜ) oder ein Aufführungsrecht (Art. 11 RBÜ) in ihre nationalen Rechtsordnungen aufzunehmen<sup>4</sup>.

Darüber hinaus enthält die Berner Übereinkunft auch Vorgaben für die nationalen Schrankensysteme. Als Regelungen mit Bezug zu konkreten Schrankensituationen finden sich beispielsweise Ausnahmen im Hinblick auf amtliche Texte (Art. 2 Abs. 4 RBÜ), öffentliche Reden (Art. 2<sup>bis</sup> Abs. 1, 2 RBÜ), Zitate (Art. 10 Abs. 1 RBÜ), Unterrichtsgebrauch (Art. 10 Abs. 2 RBÜ), Presse und Rundfunk (Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 1 RBÜ) oder Berichterstattung über Tagesereignisse (Art. 10<sup>bis</sup> Abs. 2 RBÜ)<sup>5</sup>. Mit Ausnahme

<sup>1</sup> Revisionen fanden statt 1896 (Paris), 1908 (Berlin), 1914 (Bern), 1928 (Rom), 1948 (Brüssel), 1967 (Stockholm) sowie 1971 (Paris); ausführlich zu den Revisionskonferenzen *Ricketson*, Berne Convention, S. 81 ff.

<sup>2</sup> Eine beständig aktualisierte Übersicht über die Vertragsparteien ist auf der Webseite der WIPO abrufbar: [http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country\\_id=ALL&start\\_year=ANY&end\\_year=ANY&search\\_what=C&treaty\\_id=15](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&treaty_id=15) (zuletzt besucht am 12. September 2007).

<sup>3</sup> Vgl. Art. 5 RBÜ; eine Ausnahme hierzu stellt die auch als *term comparison* bezeichnete *rule of the shorter term* in Art. 7 Abs. 8 RBÜ dar; vgl. *Dreier/Schulze*, Einl. Rz. 44; die in der Berner Übereinkunft lediglich als Option vorgesehene *rule of the shorter term* wurde in Art. 7 der SchutzdauerRL für die Mitgliedstaaten der europäischen Gemeinschaft verpflichtend festgeschrieben und bildete ein wesentliches politisches Argument für die Anhebung der US-amerikanischen Schutzfristen durch den Copyright Term Extension Act; zu diesem Aspekt *Bryce*, 37 *Harv. Int'l L.J.* 525, 525 f. (1996); *Brown/Miller*, 44 *J. Cop. Soc'y USA* 94, 96 ff. (1996); zum Copyright Term Extension Act und dessen höchstrichterlicher Überprüfung siehe oben S. 133 ff.

<sup>4</sup> Ausführlich zu den Mindestrechten der Berner Übereinkunft *Ricketson*, Berne Convention, S. 367.

<sup>5</sup> Eine Übersicht über die Schranken der Berner Übereinkunft findet sich bei *Ricketson*, WIPO Study, S. 42 f.; siehe auch *Dreier*, in: *Schricker* (Hg.), Informationsgesellschaft, S. 143 ff.; *Rehbinder*, FS 100 Jahre RBÜ, S. 359 ff.

des Zitatrechts<sup>6</sup> sind die genannten Vorschriften nicht zwingend, sondern eröffnen den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit, entsprechende Urheberrechtsschranken einzuführen und insoweit von den Mindestrechten der Berner Übereinkunft abzuweichen<sup>7</sup>. Die bekannteste und praktisch bedeutendste Vorgabe für die nationalen Schrankensysteme stellt schließlich der auf der Stockholmer Revisionskonferenz von 1967 eingeführte und in Art. 9 Abs. 2 RBÜ aufgenommene Dreistufentest dar<sup>8</sup>:

Art. 9 Abs. 2 RBÜ. Der Gesetzgebung der Verbandsländer bleibt vorbehalten, die Vervielfältigung in gewissen<sup>9</sup> Sonderfällen unter der Voraussetzung zu gestatten, dass eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers<sup>10</sup> unzumutbar verletzt.

Regelungstechnisch handelt es sich beim Dreistufentest um eine Schranken-Schranke<sup>11</sup>. Die Vorschrift nennt den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten keine konkreten Situationen, in denen eine Abweichung von den Mindestrechten der Berner Übereinkunft konventionsrechtlich zulässig ist, sondern gibt inhaltliche Kriterien vor, an denen sich jede nationale Schranke des Vervielfältigungsrechts messen lassen muss. Die drei Stufen (gewisse Sonderfälle, keine Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Werkes, keine unzumutbare Verletzung der Interessen des Urhebers) wurden als gemeinsamer Nenner der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen angesehen<sup>12</sup> und müssen von einer nationalen Regelung kumulativ erfüllt

---

<sup>6</sup> Zum zwingenden Charakter des Zitatrechts; *Ricketson*, Berne Convention, S. 489; *ders.*, WIPO Study, S. 11.

<sup>7</sup> Vgl. *Rehbinder*, FS 100 Jahre RBÜ, S. 358; *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rz. 20; die Regelungstechnik der Berner Übereinkunft (zwingender Mindestschutz plus fakultative Schranken) wird auch als „halbstarres System“ bezeichnet, *Nordemann/Vinck/Hertin*, Internationales Urheberrecht, Einl. Rz. 24.

<sup>8</sup> Ausführlich zu den Verhandlungen in der Revisionskonferenz und zur Einführung des Dreistufentests *Bornkamm*, FS Erdmann, S. 30 ff.; *Reimer/Ulmer*, GRUR Int. 1967, 431, 443 f.

<sup>9</sup> In den anderen Versionen des Dreistufentests (Art. 13 TRIPS; Art. 16 Abs. 2 WPPT; Art. 10 Abs. 1 WCT; Art. 5 Abs. 5 InformationsgesellschaftsRL) ist statt von „gewissen Sonderfällen“ von „bestimmten Sonderfällen“ die Rede; im englischen Originaltext heißt es „certain special cases“.

<sup>10</sup> In Art. 13 des TRIPS-Übereinkommens, und Art. 5 Abs. 5 der Informationsgesellschafts-Richtlinie ist stattdessen von den „berechtigten Interessen des Rechteinhabers“ die Rede; Art. 16 (2) WPPT stellt auf die „berechtigten Interessen der ausübenden Künstler oder Tonträgerhersteller ab“; zum dadurch verursachten „schleichenden Wandel“ des Dreistufentests siehe *Hilty*, in: *Klippel/Ohly* (Hg.), Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 120 f.

<sup>11</sup> Vgl. *Senftleben*, IIC 2006, 407, 411 f.

<sup>12</sup> Zu den nationalen Beschränkungen in den Unionsstaaten zum Zeitpunkt der Stockholmer Revisionskonferenz *Senftleben*, Three-Step Test, S. 52 ff.

werden<sup>13</sup>. Durch die abstrakte Regelungstechnik gewährt der Dreistufentest den Mitgliedstaaten genug Spielraum zur Berücksichtigung nationaler Besonderheiten, verhindert aber zugleich, dass das konventionsrechtliche Vervielfältigungsrecht durch Urheberrechtsschranken ausgehöhlt wird<sup>14</sup>.

## II. Erscheinungsformen des Dreistufentests

Seit seiner Einführung durch die Stockholmer Revisionskonferenz von 1967 hat der Dreistufentest eine bemerkenswerte Karriere durchlaufen<sup>15</sup> und wurde mehrfach von anderen völkerrechtlichen Regelwerken und jüngst auch durch das Europarecht übernommen. Am bekanntesten und von bislang größter praktischer Bedeutung ist die fast wörtliche Wiedergabe des Dreistufentests in Art. 13 des TRIPS-Abkommens. Die Pflicht zur Einhaltung der inhaltlichen Kriterien wurde dadurch vom Vervielfältigungsrecht auf alle Verwertungsrechte ausgedehnt<sup>16</sup> und zudem dem WTO-Streitbeilegungsverfahren unterworfen. Daneben ist der Dreistufentest Bestandteil des WIPO-Urheberrechtsvertrages (Art. 10 Abs. 1 WCT) und des WIPO-Vertrages über Darbietungen und Tonträger (Art. 16 Abs. 2 WPPT)<sup>17</sup>. Im europäischen Recht wurde der Dreistufentest schließlich in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft aufgenommen<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> *Ricketson*, Berne Convention, S. 482; *Reinbothe/v. Lewinski*, The WIPO Treaties 1996, Art. 10 WCT Rz. 14; *Senfleben*, in: Hilty/Peukert (Hg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 173; vgl. auch *Cohen Jehoram*, FS Schrickler, S. 253, der zusätzlich davon ausgeht, dass die Stufen nach ihrer Bedeutung angeordnet wurden und die erste Stufe danach am wichtigsten ist.

<sup>14</sup> *Senfleben*, Three-Step Test, S. 81 f. bezeichnet dies als „dualism inherent in the Three-Step Test“.

<sup>15</sup> *Bornkamm*, FS Erdmann, S. 29 ff. („Karriere eines Begriffs“); Schrickler/*Melichar*, Vor §§ 44a Rz. 11a spricht vom „mittlerweile berühmten“ Dreistufentest.

<sup>16</sup> *Bornkamm*, FS Erdmann, S. 39; *Cohen Jehoram*, FS Schrickler, S. 253; *Reinbothe*, GRUR Int. 1992, 707, 711; *Ricketson*, in: ALAI (Hg.), Boundaries of Copyright, S. 16; die Geltung des TRIPS-Dreistufentests für das Vervielfältigungsrecht ergibt sich bereits aus der Inkorporation der Berner Übereinkunft in Art. 9 Abs. 1 TRIPS; der Ansatz des TRIPS-Übereinkommens (Übernahme der Berner Übereinkunft und Ergänzung durch eigene Regelungen) wird auch als „Bern-plus-Ansatz“ bezeichnet, *Bornkamm*, FS Erdmann, S. 38 f.; *Poepfel*, Neuregelung, S. 109; *Katzenberger*, GRUR Int. 1995, 447, 467.

<sup>17</sup> Zum Dreistufentest im Rahmen der WIPO-Verträge siehe *Reinbothe*, FS Dittrich, S. 250 ff.; *Bornkamm*, FS Erdmann, S. 41; *Reinbothe/v. Lewinski*, The WIPO Treaties 1996, Art. 10 WCT Rz. 12 ff.; Art. 16 WPPT Rz. 17 f.

<sup>18</sup> Ausführlich zur Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft unten S. 202 ff.; als weitere Vorschriften aus dem Europarecht, die zwar nicht den vollständigen Dreistufentest wiedergeben, sich in ihrer Formulierung aber dennoch an die Stufen 2 und 3 anlehnen siehe Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14.5.1991

B. Vereinbarkeit der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin mit der ersten Stufe des Dreistufentests

I. Vorbemerkung zur Auslegung des Dreistufentests

Die Beantwortung der Frage, ob die US-amerikanische Fair Use-Doktrin mit den Vorgaben des Dreistufentests zu vereinbaren ist, hängt maßgeblich von dessen Interpretation ab. Wie bei anderen internationalen Rechtsakten kann die Auslegung der hier relevanten völkerrechtlichen Verträge (Berner Übereinkunft, TRIPS, WCT, WPPT) entweder auf der Basis des (allgemeinen) Völkergewohnheitsrechts oder auf Grundlage des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge aus dem Jahr 1969<sup>19</sup> erfolgen. Welches der beiden Auslegungsregime formal eingreift, ist für jeden Völkerrechtsakt gesondert zu ermitteln.

Im Fall der Berner Übereinkunft ist zu beachten, dass diese vor dem Inkrafttreten des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge geschlossen wurde und daher lediglich der Auslegung nach dem Völkergewohnheitsrecht unterliegt<sup>20</sup>. Gleiches ist für das TRIPS-Abkommen ausdrücklich in Art. 3 Abs. 2 S. 2 der Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung (Anhang 2 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation) festgelegt<sup>21</sup>. WCT und WPPT unterfallen zwar formal dem Wiener Übereinkommen, dessen Anwendbarkeit für den Zweck dieser Arbeit ist allerdings auch hier problematisch, da die USA dem Wiener Übereinkommen nicht beigetreten sind<sup>22</sup>. In allen Fällen richtet sich die Auslegung des Dreistufentests folglich *formal* nach dem Völkergewohnheitsrecht und nicht nach den Regeln des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge. Allerdings ist heute anerkannt, dass die Regeln des Wiener Übereinkommens *inhaltlich* die Vorgaben des Völkergewohnheitsrechts widerspiegeln und das Abkommen daher auch dann ei-

---

über den Rechtsschutz von Computerprogrammen sowie Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken; *Bornkamm*, FS Erdmann, S. 42 f.; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 245.

<sup>19</sup> BGBl. 1985 II, 927.

<sup>20</sup> Siehe Art. 4 der Wiener Übereinkunft und *Ricketson*, WIPO-Study, S. 5 (Fn. 4).

<sup>21</sup> Art. 3 Abs. 2 S. 2 der Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung lautet: „The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law“; der Hinweis auf das Völkergewohnheitsrecht ließe sich allerdings auch als Verweis auf das (völkergewohnheitsrechtliche Regeln wiedergebende) Wiener Übereinkommen interpretieren, *Netanel*, 37 Va. J. Int'l L. 441, 449 f. (1997).

<sup>22</sup> Vgl. *Ricketson*, WIPO-Study, S. 5 (Fn. 5) (in Bezug auf das TRIPS Übereinkommen).

ne Rolle spielt, wenn ein internationales Vertragswerk *formal* nicht dem Auslegungskanon des Wiener Übereinkommens unterfällt<sup>23</sup>.

Ausgangspunkt für die Auslegung des Dreistufentests ist folglich Art. 31 Abs. 1 des Übereinkommens, nach dem internationale Regeln zunächst objektiv im Hinblick auf die „gewöhnliche Bedeutung“ der in Frage stehenden Textpassagen zu verstehen sind<sup>24</sup>. Die Analyse und Auslegung findet allerdings nicht im luftleeren Raum statt, sondern muss zudem – wie Art. 31 Abs. 1 andeutet und Art. 31 Abs. 2 inhaltlich ausfüllt – auch den Zusammenhang des Vertragsschlusses im Blick behalten. Nach Art. 31 Abs. 3 sind daneben „in gleicher Weise“ auch spätere Entwicklungen, etwa in Form von Folgeabkommen, zu berücksichtigen. Erst wenn der Inhalt einer Bestimmung nach den eben beschriebenen Methoden des Art. 31 nicht hinreichend festgestellt werden kann oder wenn die Untersuchung zu einem „offensichtlich sinnwidrigem oder unvernünftigem Ergebnis“ führt, greifen die ergänzenden Auslegungsmittel des Art. 32 ein und erlauben unter anderem die Berücksichtigung vorbereitender Arbeiten und der Umstände des Vertragsschlusses.

Soweit die Auslegung des Dreistufentests in seiner TRIPS-Variante zu untersuchen ist, stellt sich zusätzlich die Frage, wie die Entscheidungen des WTO-Streitbeilegungsgremiums (*dispute settlement body*) in den beschriebenen Auslegungskanon integriert werden können. Für das Verständnis des Dreistufentests ist dies von nicht unerheblicher Bedeutung, da der Test in einer jüngeren Entscheidung in Bezug auf das Urheberrecht ausdrücklich zur Sprache kam<sup>25</sup>. Denkbar wäre, den Entscheidungen des *dispute settlement body* den Charakter einer „späteren Übereinkunft“ (Art. 31 Abs. 3 lit. a) oder einer „späteren Übung“ (Art. 31 Abs. 3 lit. b) zuzusprechen und sie damit bei der Auslegung des TRIPS-Abkommens verbindlich zu berücksichtigen. Für die erstgenannte Variante („Übereinkunft“) spricht der Gedanke, dass die *panel reports* im Streitbelegungsverfahren vom Generalrat angenommen werden müssen<sup>26</sup>. Da der Generalrat

---

<sup>23</sup> Vgl. *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 127; *Ricketson*, WIPO-Study, S. 5; von der Tatsache, dass die Wiener Übereinkunft Regeln des Völkergewohnheitsrechts widerspiegelt, wird offenbar auch in den Vereinigten Staaten ausgegangen, vgl. *American Law Institute* (Hg.), Restatement of the Law, Third, Foreign Relations of the United States, Bd. 1 § 102 Anm. 5 (S. 33) sowie Part III Introductory Note (S. 144 f.); *Netanel*, 37 Va. J. Int'l L. 441, 449 (Fn. 29) (1997).

<sup>24</sup> *Senfleben*, Three-Step Test, S. 100 f.; ausführlich zu Art. 31 Abs. 1 der Wiener Übereinkunft *Sinclair*, Vienna Convention, S. 119 ff.

<sup>25</sup> WT/DS 116 (§ 110 [5] US Copyright Act); allgemein zum WTO-Streitbelegungssystem *Dörmer*, GRUR Int. 1998, 919, 920 ff.; *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, § 9 Rz. 108 ff; *Weiß/Hermann*, Welthandelsrecht, Rz. 250 ff.; mit Blick auf TRIPS *Ethier*, 7 J. Int. Ec. L. 449 (2004).

<sup>26</sup> Siehe Art. IV 3 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation.

selbst aus Vertretern der WTO-Mitglieder zusammengesetzt ist<sup>27</sup>, ließe sich argumentieren, dass diese Entscheidungen von den Mitgliedern der Welthandelsorganisation mitgetragen werden und aus diesem Grunde eine auf den Vertrag bezogene „Übereinkunft“ darstellten. Ein solches Verständnis stünde jedoch in Widerspruch zu Art. IX (2) des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, nach dem die ausschließliche Befugnis zur Auslegung des WTO-Abkommens der Ministerkonferenz und dem Generalrat zusteht und zudem eine Dreiviertel-Mehrheit verlangt<sup>28</sup>. Darüber hinaus lassen sich keine Anhaltspunkte dafür erkennen, dass die WTO-Mitglieder den Entscheidungen des *dispute settlement body* im Streitbeilegungsverfahren tatsächlich eine derartige verbindliche Auslegungswirkung zukommen lassen wollten<sup>29</sup>. Auch die zweite Interpretationsvariante („spätere Übung“) lässt sich im Ergebnis nicht halten. Denkbar wäre eine solche Übung nur dann, wenn spätere Entscheidungen des Streitbeilegungsgremiums früheren Entscheidungen folgen und auf diese Weise eine bestimmte Interpretation des Abkommens fest etablierten<sup>30</sup>. Die wenigen Entscheidungen des Streitbeilegungsgremiums reichen für eine derart gefestigte Praxis jedoch noch nicht aus<sup>31</sup>. Eine bindende Wirkung im Sinne des Art. 31 Abs. 3 des Wiener Übereinkommens kommt den Streitbeilegungsentscheidungen folglich nicht zu. Die Äußerungen des *dispute settlement body* können damit allenfalls als Anknüpfungspunkte für die Auslegung des TRIPS-Abkommens berücksichtigt werden.

## II. Erste Stufe des Dreistufentests und US-amerikanische Fair Use-Doktrin

### 1. Fair Use-Konstellationen als „Sonderfälle“?

Bei der Frage nach dem Verständnis des Begriffes „Sonderfälle“ stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Das WTO-Panel im Verfahren WTO/DS/160 will den Begriff offenbar in *quantitativer* Hinsicht danach bestimmen, ob lediglich eine geringe Zahl von Nutzungshandlungen von der Urheberrechtsschranke erfasst werden<sup>32</sup>. In der rechtswissenschaftlichen Literatur

---

<sup>27</sup> Siehe Art. IV 2 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation.

<sup>28</sup> *Senfleben*, Three-Step Test, S. 108.

<sup>29</sup> Vgl. *Jackson*, Jurisprudence of GATT, S. 128.

<sup>30</sup> Vgl. *Jackson*, Jurisprudence of GATT, S. 129.

<sup>31</sup> Ausführlich *Senfleben*, Three-Step Test, S. 109 f.

<sup>32</sup> Panel Report WTO/DS/160/R; zwar findet sich in § 6.109 der Hinweis „an exception or limitation should be narrow in quantitative as well as in a qualitative sense“, in den § 6.111 und § 6.112 schränkt das Panel jedoch die Bedeutung von „qualitativen“ Zweck-erwägungen ein; siehe auch *Senfleben*, Three-Step Test, S. 140 f., *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 (Fn. 62); *ders.*, IIC 2006, 407, 415; *Poepfel*, Neuordnung, S. 114; zum Hintergrund des Verfahrens WTO/DS/160 *Goldmann*, GRUR Int. 1999, 504, 507 ff.; *Cohen Jehoram*, FS Schrickler, S. 254 f.

findet sich dagegen häufiger ein *qualitativer* Ansatz, nach dem ein „Sonderfall“ nur dann vorliegt, wenn die Urheberrechtsschranke einem bestimmten, gewichtigen Belang folgt<sup>33</sup>. Im Hinblick auf den eben beschriebenen völkerrechtlichen Auslegungskanon ist die letztgenannte *qualitative* Ansicht der vom WTO Panel vorgenommenen *quantitativen* (und – wie dargelegt – für die Auslegung des Dreistufentests nicht zwingenden) Betrachtung vorzuziehen. Vor dem Hintergrund der in Art. 31 des Wiener Übereinkommens geforderten Auslegung völkerrechtlicher Bestimmungen „in ihrem Zusammenhang“ darf das Merkmal der „Sonderfälle“ im Rahmen des Dreistufentests nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss auch im Hinblick auf die weiteren Stufen des Dreistufentests erfolgen. Würde man aber den Begriff „Sonderfälle“ in rein quantitativer Hinsicht auffassen, so käme der zweiten Stufe des Dreistufentests kaum mehr eigenständige Bedeutung zu, da quantitativ selten auftretende Nutzungshandlungen gerade das Gegenstück zur „normalen“ Auswertung des Werkes darstellen. Passiert eine Nutzungshandlung nach dem rein quantitativen Ansatz folglich die erste Stufe des Tests, so kann sie praktisch nicht mehr an der zweiten Stufe scheitern, womit diese letztlich ihre eigenständige Bedeutung verlöre. Dieses Ergebnis kann vermieden werden, wenn man stattdessen auf *qualitative* Kriterien abstellt und den (ohnehin kaum exakt feststellbaren<sup>34</sup>) *quantitativen* Umfang unberücksichtigt lässt<sup>35</sup>.

Bei der Untersuchung, welche konkreten *qualitativen* Kriterien einen „Sonderfall“ ausmachen, hilft ebenfalls ein Blick auf die Regelung „in ihrem Zusammenhang“. Die in der dritten Stufe des Dreistufentests angesprochene und bei Schrankenvorschriften zu verhindernde unzumutbare Beeinträchtigung der Interessen des Urhebers/Rechtsinhabers erfordert eine Abwägung mit gerade solchen in der Urheberrechtsschranke zum Ausdruck kommenden (*qualitativen*) Belangen. Über das Merkmal des „Sonderfalles“ im Rahmen der ersten Stufe kann daher bei einem *qualitativen* Ansatz in Form einer Eingangsprüfung festgestellt werden, ob hinter der Schrankenvorschrift überhaupt solche (*qualitativen*) Belange – beispielsweise die Verbreitung und Zugänglichmachung von wissenschaftlichen

---

<sup>33</sup> *Ficsor*, The Law of Copyright and the Internet, § 5.55; *Reinbothe*, FS Dittrich, S. 257; *ders./v. Lewinski*, The WIPO Treaties 1996, Art. 10 WCT Rz. 15; *Ricketson*, Berne Convention, S. 482; *ders.*, in: Baulch/Green/Wyburn (Hg.), Boundaries of Copyright, S. 10; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 138 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 f.; *ders.*, in: Hilty/Peukert (Hg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 178 f.; gegen die Berücksichtigung qualitativer Elemente *Ginsburg*, RIDA 2001, 3, 39 und ihr nun folgend *Ricketson*, WIPO-Study, S. 22; kritisch auch *Poepfel*, Neuordnung, S. 115.

<sup>34</sup> *Senfileben*, Three-Step Test, S. 138.

<sup>35</sup> Ausführlich und mit weiteren Argumenten gegen den *quantitativen* Ansatz *Senfileben*, GRUR 2004, 200, 207; *ders.*, in: Hilty/Peukert (Hg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 177 ff.; vgl. auch *Poepfel*, Neuordnung, S. 114.

Erkenntnissen oder die Förderung der Ausbildung<sup>36</sup> – stehen. Ist diese Frage zu verneinen oder stellt sich heraus, dass die Belange derart schwach sind, dass im Rahmen der dritten Stufe keine sinnvolle Abwägung mehr erfolgen kann, so ist das Vorliegen eines „Sonderfalles“ zu verneinen und die Prüfung bereits an dieser Stelle abzubrechen<sup>37</sup>.

Ob die von der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin erfassten Konstellationen den eben beschriebenen Anforderungen an „Sonderfälle“ gerecht werden, ist aufgrund des weiten Anwendungsbereichs der Doktrin nur schwer allgemeingültig zu beantworten. Der in *Teil 2* dieser Arbeit erfolgte Blick auf die Verankerung der Fair Use-Doktrin in der ökonomisch utilitaristischen Urheberrechtstheorie legt allerdings nahe, dass die eben beschriebenen recht geringen (qualitativen) Anforderungen der ersten Stufe im Regelfall erfüllt sein werden. Wie in *Teil 2* untersucht, ist die US-amerikanische Schrankengeneralklausel tief in der utilitaristischen Urheberrechtsbegründung verwurzelt und dient in ihrem Ansatz – ebenso wie das US-amerikanische Urheberrecht selbst – der Förderung von Wissenschaft und Kunst. Fair Use-Konstellationen liegt daher in der Regel immer (auch) ein für einen „Sonderfall“ im Sinne der ersten Stufe erforderlicher qualifizierter Belang zugrunde. Ein anschauliches Beispiel hierfür sind die als *transformative use* bezeichneten Situationen<sup>38</sup>, in denen unter Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials neue Werke geschaffen und damit der Bestand an schutzfähigen und aus Sicht der Allgemeinheit wünschenswerten Werken erhöht wird. Auch die Kodifizierung der Vorschrift spiegelt derartige qualitative Belange insoweit wider, als in der Präambel bestimmte und in der Regel allgemeingutbezogene Nutzungshandlungen als beispielhafte Anwendungsfälle der Doktrin aufgezählt sind<sup>39</sup>. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die allermeisten Fair Use-Situationen den qualitativen Anforderungen an „Sonderfälle“ gerecht werden.

---

<sup>36</sup> Zu den möglichen qualitativen Kriterien siehe *Senftleben*, Three-Step Test, S. 147 ff.

<sup>37</sup> Ausführlich hierzu *Senftleben*, Three-Step Test, S. 152 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207 f.; *ders.*, in: Hilty/Peukert (Hg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 176 (erste Stufe als „Eintrittstor“); anders als beim quantitativen Ansatz wird hier die dritte Stufe nicht überflüssig, da die konkrete Abwägung der in der ersten Stufe festgestellten Belange mit den Interessen des Urhebers nicht vorweggenommen wird.

<sup>38</sup> Ausführlich dazu oben S. 43 ff.; zum Zusammenhang zwischen Urheberrechtstheorie und *transformative use* siehe S. 142 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Senftleben*, Three-Step Test, S. 166; in diese Richtung auch *Goldstein*, International Copyright, S. 295; zur Bedeutung der Präambel innerhalb der Fair Use-Analyse siehe oben S. 27 ff.; vgl. auch *Newby*, 51 Stan. L. Rev. 1633, 1652 (1999), der im Hinblick auf den WCT davon ausgeht, die Fair Use-Doktrin befinde sich im Einklang mit der Präambel des Vertrages und der dort erwähnten „balance between the rights of the authors and the larger public interest“.

## 2. Fair Use-Konstellationen als „gewisse/bestimmte“ Sonderfälle?

### a) Inhaltliche Vorgaben des Bestimmtheitsgebotes

Deutlich schwieriger gestaltet sich die Frage, ob die von der Fair Use-Doktrin erfassten „Sonderfälle“ auch hinreichend im Sinne des Dreistufentests „gewiss/bestimmt“ sind. Naheliegender erscheint in diesem Zusammenhang zunächst eine formale Interpretation des Merkmals „gewiss/bestimmt“, nach der Schrankensysteme nur dann den Vorgaben des Dreistufentests gerecht werden, wenn sie dem kontinentaleuropäischen Muster enumerativer Schranken entsprechen. Schrankengeneralklauseln könnten danach niemals mit dem Dreistufentest vereinbart werden. Einer derartigen formalistischen und engen Interpretation ist *Martin Senfleben* mit überzeugenden Argumenten zu Recht entgegengetreten. *Senfleben* warnt davor, die durch internationale Übereinkommen geschlagene Brücke zwischen dem kontinentaleuropäischen *droit d’auteur* und dem anglo-amerikanischen *copyright*<sup>40</sup> durch eine formal-restriktive Auslegung zu zerschlagen. Der Dreistufentest etabliere und erlaube ein Mischsystem, zu dem auch Generalklauseln wie die US-amerikanische Fair Use-Doktrin gehörten. Zudem sollten auch die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen die Möglichkeit haben, „verkrustete Strukturen“ mit Hilfe flexiblerer Normen aufzubrechen<sup>41</sup>. Dieser Kritik lässt sich hinzufügen, dass die *formale* Gestaltung einer Vorschrift als Generalklausel noch nichts darüber aussagt, ob der Umfang der Urheberrechtsschranke *inhaltlich* – etwa mit Hilfe verlässlicher *precedents* – nicht doch hinreichend bestimmt werden kann. Eine Reduzierung der ersten Stufe ausschließlich auf kontinentaleuropäisch geprägte Schrankensysteme und der damit einhergehende kategorische Ausschluss einer Schrankengeneralklausel sind daher aus Sicht des Dreistufentests und seiner Funktion als Schranken-Schranke auch gar nicht erforderlich. Unabhängig von der *formalen* Gestaltung der nationalen Vorschriften ist stattdessen *inhaltlich* zu fragen, ob die entsprechenden Normen hinreichend „gewiss/bestimmt“ sind.

Einen Anhaltspunkt dafür, wie diese inhaltlichen Kriterien aussehen könnten, liefert der WTO-Panel Report aus dem bereits erwähnten Verfahren WTO/DS/160. Dort heißt es zum Merkmal des „bestimmten“ Sonderfalles:

„The ordinary meaning of ‚certain‘ is ‚known and particularised, but not explicitly identified‘, ‚determined, fixed, not variable; definitive, precise, exact‘ (The New Shorter Oxford English

<sup>40</sup> Zur Konvergenz von deutschem und US-amerikanischem Urheberrecht siehe bereits oben S. 127 ff.; S. 153 ff.

<sup>41</sup> Ausführlich *Senfleben*, Three-Step Test, S. 135 f.; *ders.* GRUR Int. 2004, 200, 206 f.; ebenfalls die Flexibilitätsfunktion des Dreistufentests (allerdings bei der Anwendung des Tests durch die Gerichte) betonend *Geiger*, IIC 2006, 683, 694 ff.

Dictionary [„Oxford English Dictionary“], Oxford [1993], p. 364). In other words, this term means that, under the first condition, an exception or limitation in national legislation must be clearly defined. However, there is no need to identify explicitly each and every possible situation to which the exception could apply, provided that the scope of the exception is known and particularised. This guarantees a sufficient degree of legal certainty“<sup>42</sup>.

Der Begriff des „bestimmten“ Sonderfalles erfordert nach Ansicht des WTO-Panels folglich nicht, dass eine Urheberrechtsschranke jede nur denkbare Situation kasuistisch ausmalt. Notwenig ist aber, dass die Vorschrift inhaltlich klar definiert und dass der Umfang der Urheberrechtsschranke hinreichend bekannt und spezifiziert ist. Entscheidend ist mithin, dass die Schrankenvorschrift ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit vermittelt. Das WTO-Panel orientiert sich – wie der einleitende Hinweis auf die gewöhnliche Wortbedeutung („ordinary meaning“) erkennen lässt – im Ansatz an der in Art. 31 des Wiener Übereinkommens geforderten objektiven Auslegung und wählt damit den richtigen Ausgangspunkt zur Auslegung des Dreistufentests. Obwohl die Ansicht des WTO-Streitbeilegungsgremiums für die Auslegung des Dreistufentests keine verbindliche Bedeutung hat<sup>43</sup>, ist ihr inhaltlich dennoch im Grundsatz zuzustimmen<sup>44</sup>. Gleichzeitig ist allerdings vor einem zu engen Verständnis der Aussage des Streitbeilegungsgremiums zu warnen. Aus der im Report enthaltenen Klarstellung, nicht jede denkbare Nutzungssituation müsse (vom Gesetzgeber) ausdrücklich fixiert werden, lässt sich schließen, dass auch die Rechtsprechung zur inhaltlich bestimmten Ausfüllung der nationalen Urheberrechtsschranken beitragen kann. Ergibt folglich die Zusammenschau von gesetzlicher Regelung und ausfüllender Rechtsprechung, dass sich unter einer Generalklausel inhaltlich voneinander unterscheid- und vorhersehbare zulässige Nutzungssituationen herausgebildet haben, so ist die nationale Regelung mit der ersten Stufe des Dreistufentests vereinbar<sup>45</sup>.

#### b) Hinreichende Konkretisierung der Doktrin durch die Rechtsprechung?

Damit ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob die eben beschriebenen Anforderungen bei den von der Fair Use-Doktrin erfassten Fällen auch tatsächlich erfüllt werden. Der offene Gesetzeswortlaut der Doktrin kann jedenfalls für sich genommen nicht ausreichen, um den Anforderungen an

---

<sup>42</sup> WTO Panel Report WTO/DS/160/R § 6.108.

<sup>43</sup> Siehe dazu oben S. 192 f.

<sup>44</sup> Kritischer insoweit *Senfileben*, GRUR Int. 2004, 200, 206 der es als „nicht zwingend“ ansieht, überhaupt ein gesondertes Bestimmtheitsgebot in die erste Stufe des Dreistufentests zu lesen; ebenso *ders.*, Three-Step Test, S. 134 u.a. mit Verweis auf die französische Fassung.

<sup>45</sup> So im Ergebnis auch *Senfileben*, Three-Step Test, S. 136 f.; *ders.*, in: Hilty/Peukert (Hg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 177; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 207.

„gewisse/bestimmte Sonderfälle“ gerecht zu werden. Die Umschreibung der zulässigen Handlungen als „fair“ und die nicht abschließende beispielhafte Aufzählung der Nutzungszwecke in der Präambel zu 17 U.S.C. § 107 geben von sich aus dem Nutzer nur geringe Anhaltspunkte dafür, welche konkreten Nutzungshandlungen im Einzelfall zulässig sind und welche nicht<sup>46</sup>. Die Kompatibilität der Fair Use-Doktrin mit den Vorgaben der ersten Stufe des Dreistufentests hängt folglich von der konkretisierenden Wirkung der zur Doktrin ergangenen Rechtsprechung ab.

Die rechtswissenschaftliche Literatur sieht das zur Fair Use-Doktrin ergangene Fallmaterial zum Teil als für den Dreistufentest hinreichende Konkretisierung der Schrankengeneralklausel an. *Martin Senftleben* weist beispielsweise auf die Tatsache hin, dass US-amerikanische Gerichte ohnehin ausschließlich Einzelfallentscheidungen trafen und damit die Rechtslage in jeder Entscheidung als bestimmten Einzelfall konkretisierten<sup>47</sup>. Bei diesem Vorgang sei zudem auch eine ausreichende Rechtssicherheit gewährleistet. Die Fair Use-Doktrin erwähne in ihrer Präambel zwar lediglich einige vage Zwecke (z.B. criticism, comment, news reporting), in Zusammenschau mit der zur Fair Use-Doktrin ergangenen Rechtsprechung und den darüber hinaus im Copyright Act existierenden speziellen Schranken könne aber von einer hinreichend konkreten Ausformung und Vorhersehbarkeit der Schrankengeneralklausel ausgegangen werden. Das Fallrechtsmaterial in Verbindung mit der Bindungswirkung von Entscheidungen (*precedents*<sup>48</sup>) führe dazu, dass die urheberrechtliche Zulässigkeit einer Nutzungshandlung vom Rechtsanwender eingeschätzt werden könne, womit die Fair Use-Doktrin genügend Rechtssicherheit vermittele und folglich konventionsrechtlich auch nicht zu beanstanden sei<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Vgl. *Ricketson*, WIPO Study, S. 68 f.; die Unzulänglichkeit des Normtextes bei der Vorhersehbarkeit von Nutzungssituationen erkennt auch der *House Report on the Copyright Act of 1976* (abgedruckt bei *Nimmer/Nimmer*, On Copyright, Appendix 4), S. 66, an und hält dazu fest: „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“; *Koelman*, EIPR 2006, 407, 410 ff. macht unter anderem vor dem Hintergrund der Kritik durch *Ricketson* den Vorschlag, den Dreistufentest in Anlehnung an die US-amerikanische Fair Use-Doktrin zu interpretieren: „A redesigned test that is inspired by the fair use test could lessen the danger that the United States – not the least influential state – will be found to violate the TRIPs Agreement“.

<sup>47</sup> Vgl. *Senftleben*, Three-Step Test, S. 164.

<sup>48</sup> Siehe dazu oben S. 15 ff.

<sup>49</sup> *Schack*, FS Schrickler, S. 513; *Poepfel*, Neuordnung, S. 114 (Gerichte werden „Schranken mit unbestimmten Tatbestandselementen notgedrungen stets durch Definition und Fallgruppenbildung hinreichend konkretisieren“); *Senftleben*, Three-Step Test, S. 165.

Dieser Einschätzung kann nicht ohne weiteres zugestimmt werden. Die Tatsache, dass US-amerikanische Gerichte ohnehin lediglich Einzelfälle entscheiden, kann kaum als Argument dienen, um die Fair Use-Doktrin über die Schwelle der ersten Stufe des Dreistufentests zu heben. Der Test erfordert von den Mitgliedstaaten nicht, dass die Gerichte (was ohnehin praktisch immer der Fall ist) Einzelfälle entscheiden, sondern dass die im Zusammenspiel von Gesetzgebung und Rechtsprechung entwickelte Schrankensystematik aus Sicht der Nutzer aus einzelnen von einander abgrenz- und vorhersehbaren zulässigen Nutzungshandlungen besteht. Gerade dies wird durch die zur Fair Use-Doktrin ergangenen Entscheidungen aber höchstens im Ansatz erreicht. Zwar ist es im Ausgangspunkt richtig, dass das US-amerikanische Rechtssystem mit seinem hierarchischen Gerichtsaufbau und der Bindungswirkung von Entscheidungen das notwendige Instrumentarium zur Verfügung stellt, um auch ohne (detailliertes) geschriebenes Recht verlässliche und vorhersehbare Rechtssätze zu erzeugen. Die US-amerikanische Rechtsprechung verzichtet aber weitgehend gerade darauf, die Fair Use-Doktrin in vorhersehbare Fallgruppen oder Unterdoktrinen zu zerlegen und hebt stattdessen regelmäßig den Charakter der Fair Use-Untersuchung als *case by case*-Analyse hervor<sup>50</sup>. Durch dieses Vorgehen erhält sich die US-amerikanische Rechtsprechung zwar die Flexibilität der Doktrin, der Rechtssicherheit ist dies allerdings abträglich. Nicht umsonst wird in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft immer wieder die Unvorhersehbarkeit von Fair Use-Entscheidungen kritisiert: „Writers, historians, publishers, and their legal advisers can only guess and pray as to how courts will resolve copyright disputes“<sup>51</sup>. Zwar lassen sich bei näherer Betrachtung der Fair Use-Doktrin durchaus Leit motive – beispielsweise *transformative use* – finden, diese sind aber bislang zu allgemein, um die von der Fair Use-Doktrin erfassten Fälle für den Rechtsanwender tatsächlich vorhersehbar zu machen. Von einer hinreichenden Rechtssicherheit ist die Fair Use-Doktrin in ihrer tatsächlichen Handhabung damit derzeit (noch) entfernt<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Siehe dazu oben S. 31 ff.

<sup>51</sup> *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1107 (1990); ähnlich *ders.*, 36 J. Cop. Soc’y USA 167, 167 (1989); auch *Latman*, Fair Use (Study No. 14), S. 14 kommt nach einer Betrachtung des vor der Kodifizierung der Doktrin ergangenen Fallrechts zu dem Schluss „that fair use is not a predictable area of copyright law“; aus der deutschen Literatur siehe die Ergebnisse der Untersuchung zur Online-Kommunikation von *Rieder*, Copyrightverletzungen, S. 212 f.

<sup>52</sup> Vgl. auch *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807, 808.

## c) Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses

Die Prüfung ist an dieser Stelle allerdings noch nicht zwingend zu Ende. Die eben auf Grundlage einer objektiven Auslegung festgestellte Unvereinbarkeit der Fair Use-Doktrin mit dem Dreistufentest würde dazu führen, dass eine für das US-amerikanische Urheberrechtssystem zentrale, fest etablierte und zudem tief in der Urheberrechtstheorie verankerte nationale Schrankenvorschrift konventionsrechtlich unzulässig wäre. Die Vereinigten Staaten wären demnach im Hinblick auf ihre Urheberrechtsschranken nicht nur zu einer partiellen Änderung, sondern zu einem vollständigen Systemwechsel verpflichtet. Dies stünde aber im Gegensatz zu der Tatsache, dass die Vertragsstaaten beim Beitritt der USA zur Berner Union sowie beim Abschluss des TRIPS-Abkommens offenbar nicht davon ausgingen, dass die US-amerikanische Fair Use-Vorschrift abgeändert werden müsste<sup>53</sup>. Die Kontinuitätserwartung von Seiten der USA wird auch bei einem Blick auf die vor dem Beitritt der Vereinigten Staaten zur Berner Übereinkunft ergangenen Gesetzesänderungen deutlich. Beispielsweise wurde bei der Verlängerung der Schutzfristen bereits vor dem Beitritt der USA nach und nach eine Angleichung an die Vorgaben der Berner Übereinkunft angestrebt. Eine entsprechende Anpassung der Fair Use-Doktrin lässt sich dagegen nicht beobachten. Auch bei den Verhandlungen zu WCT und WPPT (1996) gingen die Vereinigten Staaten davon aus, dass die Fair Use-Doktrin mit internationalen Vorgaben zu vereinbaren sei<sup>54</sup>.

Die bei rein objektiver Auslegung festzustellende Unvereinbarkeit der Doktrin mit dem Dreistufentest stellt vor diesem Hintergrund ein „offensichtlich sinnwidriges Ergebnis“ im Sinne des Art. 32 des Wiener Übereinkommens dar. Die Auslegung muss vor dem Hintergrund des Wiener

---

<sup>53</sup> *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807, 808 (der allerdings andeutet, dass die Entscheidung der TRIPS-Schiedsstelle „ein anderes nahe [lege]“); *Samuelson*, EIPR 1999, 578, 582 f.: die Annahme, dass bestehende nationale Schranken durch die Berner Übereinkunft nicht angetastet werden, entspricht auch der Situation bei der Einführung des Dreistufentests durch die Stockholmer Revisionskonferenz 1967; dort gingen die Staaten (allerdings noch ohne die USA) ebenfalls nicht davon aus, dass bewährte nationale Regelungen abgeändert werden müssten; siehe dazu die Vorschläge für die Revision der Berner Übereinkunft, GRUR Int. 1967, 117, 143 (In Anbetracht der bestehenden nationalen Regelungen sei es „illusorisch [...] anzunehmen, die Länder könnten bereit sein, in Zukunft diese Änderungen in erheblichem Umfang abzuschaffen“); dazu *Bornkamm*, FS Erdmann, S. 31.

<sup>54</sup> *Vgl.* die Minutes of the Main Committee I WIPO Doc. CRNR/DC/102, S. 70 („[Mr. Kushan/USA] said that it was essential that the Treaties permit application of the evolving doctrine of ‚fair use,‘ which was recognized in the laws of the United States of America, and which was also applicable in the digital environment.“); dazu *Senftleben*, Three-Step Test, S. 167 f.; *Ricketson*, Internationale Conventions, in: Baulch/Green/Wyburn (Hg.), *the Boundaries of Copyright*, S. 20.

Übereinkommens folglich nicht zwingend bei der objektiv zu bestimmenden „gewöhnlichen Bedeutung“ der ersten Stufe stehen bleiben, sondern darf darüber hinaus auch die Umstände des Vertragsschlusses berücksichtigen. Dazu gehört auch die eben erwähnte Tatsache, dass die Vertragsstaaten die Fair Use-Doktrin in ihrer damaligen Form offenbar als mit dem Dreistufentest vereinbar hielten und nicht davon ausgingen, dass ein vollständiger Systemwechsel zum kontinentaleuropäischen Modell enumerativer Schranken erfolgen müsse. Der zum Zeitpunkt des Beitritts der Vereinigten Staaten zur Berner Übereinkunft durch die Fair Use-Doktrin vermittelte Grad an Rechtssicherheit muss daher für einen „gewissen/bestimmten“ Sonderfall genügen. Da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass dieser Grad an Rechtssicherheit mittlerweile unterschritten wurde, ist davon auszugehen, dass die Fair Use-Doktrin auch heute nicht gegen die Vorgaben des Dreistufentests verstößt<sup>55</sup>.

### 3. Zusammenfassung

Nach dem vorzugswürdigen *qualitativen* Ansatz liegt ein „Sonderfall“ im Sinne des Dreistufentests immer dann vor, wenn eine nationale Schrankenregelung einem bestimmten öffentlichen Belang folgt. Aufgrund der am Allgemeinwohl orientierten Gesamttendenz der US-amerikanischen Schrankengeneralklausel können die von der Fair Use-Doktrin erfassten Situationen regelmäßig als solche „Sonderfälle“ angesehen werden. Die schwierigere Frage, ob die unzähligen Fair Use-Konstellationen auch hinreichend „gewiss/bestimmt“ sind, lässt sich unter Berücksichtigung der Umstände des Vertragsschlusses im Ergebnis ebenfalls bejahen.

## Kapitel 6: Auswirkungen der Informationsgesellschaftsrichtlinie auf die Ausgestaltung der nationalen Urheberrechtsschranken

Die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationgesellschaft (A) hat für das deutsche Recht spürbare Auswirkungen auf die nationale Ausgestal-

---

<sup>55</sup> Zu einfach würde man es sich an dieser Stelle allerdings machen, wenn man in der Tatsache, dass die Fair Use-Doktrin von den Vertragsstaaten bislang nicht offen als konventionsrechtlich unzulässig beanstandet wurde, bereits ein Indiz für die Vereinbarkeit der Fair Use-Doktrin mit dem Dreistufentest sehen wollte (in diese Richtung aber *Poepfel*, Neuordnung, S. 499); so kann es als politisch unwahrscheinlich gelten, dass eine nationale Regierung oder die Europäische Union eine derart fundamentale Vorschrift des US-amerikanischen Urheberrechts offen angreifen und zum Gegenstand eines TRIPS-Streitbeilegungsverfahrens machen würden (vgl. *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807. 808); an der materiellen Vereinbarkeit der Fair Use-Doktrin mit dem Dreistufentest ändern diese politischen Vorgänge indes nichts.

tung der Urheberrechtsschranken. Von besonderer Bedeutung sind hierbei zunächst Art. 5 Abs. 1 bis 4 der Richtlinie, die einen abschließenden Katalog von größtenteils fakultativen Beschränkungen der Urheberbefugnisse vorsehen (B.I). Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie führt zudem den Dreistufentest in das europäische Recht über (B.II.). Ähnlich wie im *Kapitel 5* stellt sich damit auch hier die (allerdings hypothetische) Frage, ob eine Schranken-generalklausel nach dem Vorbild der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin mit den Vorgaben des Europarechts vereinbar wäre (B.III).

### A. Die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft

Im Vergleich mit anderen Rechtsgebieten setzte die europäische Harmonisierung des Urheberrechts erst relativ spät Ende der achtziger Jahre ein und war zudem mit einigen Anlaufschwierigkeiten behaftet<sup>56</sup>. Seit den neunziger Jahren wurden schließlich insgesamt sieben Urheberrechtsrichtlinien erlassen<sup>57</sup>, deren bedeutendste und umfassendste die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft<sup>58</sup> ist. Hintergrund der Richtlinie war zum einen die europaweite koordinierte Umsetzung des WIPO-Urheberrechtsvertrages (WCT) und des WIPO-Vertrages über Darbietungen und Tonträger (WPPT)<sup>59</sup>, zum anderen sollte mit der Richtlinie neuen technologischen Gegebenheiten, insbesondere der Digitalisierung von Inhalten begegnet, Lücken im *acquis communautaire* geschlossen und die nationalen Urheberrechte auf den aktuellen Stand gebracht werden<sup>60</sup>. Im Einzelnen enthält die Richtlinie Vorgaben zur Harmonisierung der urhe-

<sup>56</sup> Beispielhaft hierfür ist das Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung – Urheberrechtsfragen, die sofortiges Handeln erfordern, KOM (88) 172 (endg. v. 23.8.1988); kritisiert wurde am Grünbuch insbesondere der industriepolitische Ansatz („Urheberrecht ohne Urheber“); siehe dazu die Stellungnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1989, 183; *Schricker*, IIC 1989, 466, 473 ff.; *Möller*, ZUM 1990, 65; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 124; *Kröger*, Informationsfreiheit, S. 27.

<sup>57</sup> Eine Übersicht über die ergangenen Rechtsakte und Materialien findet sich bei *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht Rz. 121 ff. (m.w.N.); als weiterer, allerdings nicht ausschließlich das Urheberrecht betreffender europäischer Rechtsakt ist noch die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums zu erwähnen.

<sup>58</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft; die vor der Informationsgesellschaftsrichtlinie ergangenen Rechtsakte werden auch als Richtlinien der „ersten Generation“ bezeichnet; dazu *Reinbothe*, ZUM 2002, 43, 43 f.

<sup>59</sup> Vgl. den Erwägungsgrund Nr. 15; kritisch zu diesem Aspekt der Richtlinie *Hoeren*, MMR 2000, 515, 515 ff.

<sup>60</sup> Vgl. die Erwägungsgründe der Richtlinie sowie *Reinbothe*, ZUM 2002, 43, 44.

berrechtlichen Verwertungsrechte (Art. 2 bis 4), zu den urheberrechtlichen Schranken (Art. 5), zu technischen Schutzmaßnahmen (Art. 6 bis 7) und zu den urheberrechtlichen Sanktionen und Rechtsbehelfen (Art. 8)<sup>61</sup>. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist dabei – anders als der Titel vermuten lässt – nicht auf digitale Werknutzung und neue Medien beschränkt, sondern erfasst auch die herkömmliche analoge Verwertung<sup>62</sup>. In Deutschland wurden die Vorgaben der Richtlinie durch das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003<sup>63</sup> umgesetzt.

### B. Vorgaben für die Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken

#### I. Katalog von Einzelausnahmen (Art. 5 Abs. 1 bis 4)

Als eine ihrer zentralen Vorschriften<sup>64</sup> sieht Art. 5 der Richtlinie in seinen Absätzen 1 bis 4 einen Katalog von insgesamt 21 spezifischen Ausnahmetatbeständen vor. Lediglich die in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie vorgesehene Schranke des Vervielfältigungsrechts bei vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen ist hiervon obligatorisch und muss von den Mitgliedstaaten zwingend in das nationale Recht umgesetzt werden<sup>65</sup>. Die Einführung der weiteren in den Absätzen zwei bis vier enthaltenen Ausnahmen ist den Mitgliedstaaten dagegen freigestellt<sup>66</sup>. Umgekehrt schränkt der in der

---

<sup>61</sup> Ausführlich zum Inhalt der Richtlinie Dreier/Hugenholtz/Bechtold, Concise European Copyright Law, S. 343 ff.; Reinbothe, GRUR Int. 2001, 733, 735 ff.; ders., ZUM 2002, 43, 45 ff.; Spindler, GRUR 2002, 105, 107 ff.; Walter, in: Ders. (Hg.), Europäisches Urheberrecht, Info-Richtlinie Rz. 46 ff.; kritisch Hugenholtz, EIPR 2000, 499 ff. („badly drafted, compromise-ridden, ambiguous piece of legislation“).

<sup>62</sup> Bayreuther, ZUM 2001, 828, 829; Dreier, ZUM 2002, 28, 29 („horizontale Harmonisierung der Kernvorschriften des Urheberrechts insgesamt“).

<sup>63</sup> BGBl. I 1774.

<sup>64</sup> Über die Bedeutung der Vorschrift im Gesamtgefüge der Richtlinie wird bisweilen gestritten; Cohen Jehoram, GRUR Int. 2001, 807, 809 bezeichnet Art. 5 als „die wichtigste Vorschrift im ganzen Text“; dem hält Reinbothe, ZUM 2002, 43, 46 (Fn. 17) entgegen, dass die Regelungen über die technischen Schutzmaßnahmen dem gegenüber „weit wichtiger“ seien und den „wirklichen ‚Mehrwert‘“ der Richtlinie enthalten.

<sup>65</sup> Cohen Jehoram, FS Schricker, S. 257; Poeppl, Neuordnung, S. 124; Reinbothe, ZUM 2002, 43, 46; zur (wörtlichen) Umsetzung in Deutschland siehe § 44a UrhG.

<sup>66</sup> Reinbothe, ZUM 2002, 43, 46; Dreier/Schulze, Vor §§ 44a ff. Rz. 5; Poeppl, Neuordnung, S. 124; entscheidet sich ein Mitgliedstaat allerdings, Art. 5 Abs. 2 lit. a (reprographische Vervielfältigung), lit. b (Vervielfältigung zum privaten Gebrauch) oder lit. e (Vervielfältigung von Sendungen durch soziale Einrichtungen) umzusetzen, so muss zwingend ein Ausgleichsanspruch in das nationale Recht aufgenommen werden; vgl. dazu Bayreuther, ZUM 2001, 828, 830 f.; zu dem in der Richtlinie verwendeten Begriff des „gerechten Ausgleichs“ Reinbothe, ZUM 2002, 43, 49; kritisch zu den fakultativen Be-

Richtlinie enthaltene Ausnahmekatalog den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten allerdings insoweit ein, als keine über die abschließende Aufzählung des Art. 5 Abs. 1 bis 4 hinausgehenden Schranken eingeführt werden dürfen<sup>67</sup>.

## II. Inkorporation des Dreistufentests (Art. 5 Abs. 5)

Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie gibt den an anderer Stelle dieser Untersuchung bereits vorgestellten<sup>68</sup> Dreistufentest wieder<sup>69</sup>. Anders als in der Berner Übereinkunft stellt der Test in der Informationsgesellschaftsrichtlinie jedoch keine eigenständige Ermächtigung zur Einschränkung des Vervielfältigungsrechts dar, sondern fußt ausweislich seines Wortlautes auf den spezifischen Schrankenbestimmungen des Art. 5 Abs. 1 bis 4 der Richtlinie. Die Einführung einer Urheberrechtsschranke durch die Mitgliedstaaten ist folglich nur dann richtlinienkonform, wenn die nationale Schranke sowohl den Vorgaben einer in Art. 5 Abs. 1 bis 4 der Richtlinie genannten spezifischen Schranke entspricht als auch den Anforderungen des in Art. 5 Abs. 5 normierten Dreistufentests gerecht wird<sup>70</sup>.

Die dadurch herbeigeführte Verbindung von spezifischen Schranken und Dreistufentest hat in der rechtswissenschaftlichen Literatur zu einer Diskussion darüber geführt, inwieweit dem Merkmal des „bestimmten Sonderfalles“ in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt. Mit guten Gründen lässt sich argumentieren, die in Art. 5 Abs. 1 bis 4 genannten konkreten Ausnahmetatbestände seien bereits hinreichende Sonderfälle, die von den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung nicht noch näher (d.h. als „Sonderfall“ im Sinne des Dreistufentests) spezifiziert werden müssten. Dieses Ergebnis lässt sich zunächst mit der Erwä-

---

schränkungsmöglichkeiten und der dadurch verhinderten (Voll-) Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen *Hilty*, GRUR 2005, 819, 819.

<sup>67</sup> Zum abschließenden Charakter der aufgezählten Schranken siehe den Erwägungsgrund 32 der Richtlinie; vgl. auch *Dreier/Hugenholz/Bechtold*, Concise European Copyright Law, S. 369; *Ginsburg*, GRUR Int. 2000, 97, 101; *Lehmann*, in: Loewenheim (Hg.), Handbuch des Urheberrechts, § 54 Rz. 45; *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 737; eine Ausnahme zur Beibehaltung existierender Schranken gilt für nationale Vorschriften, die selbst auf einer früheren Richtlinie beruhen; vgl. Art. 1 II der Informationsgesellschaftsrichtlinie, nach dem vorbestehende Richtlinien unberührt bleiben; zur Konkurrenz der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft mit anderen Richtlinien *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 830.

<sup>68</sup> Siehe oben S. 188 ff.

<sup>69</sup> Art. 5 Abs. 5 der Informationsgesellschaftsrichtlinie gibt den Dreistufentest – anders als frühere europäische Rechtsakte – vollständig wieder; Art. 6 Abs. 3 ComputerprogrammRL (91/250/EWG) und Art. 6 Abs. 3 DatenbankRL (96/9/EG) beziehen sich zwar inhaltlich auf den Dreistufentest, enthalten aber nur dessen Stufen zwei und drei.

<sup>70</sup> *Senfileben*, Three-Step Test, S. 255 f.; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 481.

gung stützen, dass es gesetzgebungstechnisch nicht sinnvoll wäre, wenn der europäische Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 1 bis 4 der Richtlinie zunächst sehr konkrete Vorgaben über die Einführung von Urheberrechtsschranken festschriebe, dann aber in Art. 5 Abs. 5 eine weitere Spezifizierung verlangte und damit den Mitgliedstaaten verwehrte, die Richtlinie wörtlich umzusetzen. Eine solche wortgetreue Umsetzung stellte aber vor dem Hintergrund der mit der Richtlinie bezweckten Harmonisierung der nationalen Urheberrechtssysteme gerade den effektivsten Weg zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben und zur Rechtsvereinheitlichung dar. Darüber hinaus geht die Richtlinie selbst in ihrem Erwägungsgrund 44 zwar auf den Dreistufentest ein, erwähnt dabei inhaltlich aber lediglich die Stufen zwei und drei. All dies legt den Schluss nahe, dass die in Art. 5 Abs. 1 bis 4 genannten spezifischen Urheberrechtsschranken bereits „bestimmte Sonderfälle“ im Sinne des Art. 5 Abs. 5 Informationsgesellschaftsrichtlinie darstellen<sup>71</sup> und von den Mitgliedstaaten nicht noch weiter ausdifferenziert werden müssen<sup>72</sup>. Im Rahmen der Informationsgesellschaftsrichtlinie sind vom Dreistufentest daher lediglich dessen Stufen zwei und drei von Bedeutung<sup>73</sup>.

### III. Vereinbarkeit einer Schrankengeneralklausel nach US-Vorbild mit der Richtlinie?

#### 1. Besonderheiten der Prüfung im Vergleich zu Kapitel 5

Mit Blick auf die Vorgaben der Richtlinie stellt sich die Frage, ob eine generalklauselartige Urheberrechtsschranke nach dem Muster der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin eine europarechtskonforme Umsetzung wäre. Die Fragestellung ähnelt im Ansatzpunkt der bereits in *Kapitel 5*

---

<sup>71</sup> Die in Art. 5 Abs. 1 bis 4 aufgezählten konkreten Schranken entsprechen zudem auch ganz überwiegend den internationalen Anforderungen an „bestimmte Sonderfälle“ im Sinne der Berner Übereinkunft, dem TRIPS-Übereinkommen, WCT und WPPT; ausführlich dazu *Senfileben*, Three-Step Test, S. 258 ff.; der nur bei wenigen spezifischen Schranken das Vorliegen eines „bestimmten Sonderfalles“ verneint oder bezweifelt.

<sup>72</sup> Ausführlich zu den angeführten Argumenten *Dreier*, ZUM 2002, 28, 35; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 264 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200, 206; *Poempel*, Neuordnung, S. 128 ff.; siehe auch *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 839; *Bornkamm*, FS Erdmann, S. 43 f.; v. *Diemar*, Digitale Kopie, S. 38; *Dreier/Hugenholz/Bechtold*, Concise European Copyright Law, S. 382; anders dagegen *Walter*, in: *Ders.* (Hg.), Europäisches Urheberrecht, Infor-RL Rz. 96 (Erfordernis einer Spezifizierung durch die Mitgliedstaaten liegt bei den fakultativen Schranken des Art. 5 Abs. 2 bis 4 „auf der Hand“, da „die Möglichkeiten, Beschränkungen vorzusehen dort nur grob skizziert sind“).

<sup>73</sup> Dass der Dreistufentests dennoch in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie vollständig wiedergegeben wird, lässt sich unter anderem damit erklären, dass nur so die internationalen Vorgaben – insbesondere des mit der Richtlinie europaweit umzusetzenden WCT – vollständig reflektiert werden; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 266 f.

vorgenommenen Prüfung<sup>74</sup>, unterscheidet sich von dieser aber in zwei wesentlichen Punkten. Zum einen handelt es sich – anders als bei der Frage nach der völkerrechtlichen Vereinbarkeit von Fair Use mit den Vorgaben des Dreistufentests – nicht um ein tatsächliches, sondern um ein hypothetisches Szenario, das statt der Beibehaltung einer nationalen Regelung die gedachte Neueinführung einer Generalklausel betrifft<sup>75</sup>. Dies ist insoweit von Bedeutung, als sich nicht alle oben genannten Argumente (insbesondere die Beitrittsgeschichte der USA) auch auf europarechtlicher Ebene wiederfinden. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass – wie eben dargelegt – der ersten Stufe des in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie inkorporierten Dreistufentests keine eigenständige Bedeutung zukommt. Bei der Untersuchung der europarechtlichen Zulässigkeit einer Fair Use-Klausel geht es daher inhaltlich weniger um die Frage, ob (hypothetische) Fair Use-Konstellationen „bestimmte Sonderfälle“ im Sinne des Dreistufentests der Richtlinie darstellten, als vielmehr darum, ob ein Mitgliedstaat die in Art. 5 Abs. 1 bis 4 der Richtlinie abschließend aufgezählten spezifischen Schranken auch in Form einer Generalklausel europarechtskonform umsetzen könnte.

## 2. Allgemeine Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien

Richtlinien zeichnen sich dadurch aus, dass die in ihnen enthaltenen Vorgaben lediglich „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich“ sind, den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung aber „die Wahl der Form und der Mittel“ überlassen<sup>76</sup>. Dieses auch als „gestufte Verbindlichkeit“<sup>77</sup> bezeichnete Charakteristikum führt dazu, dass die Transformation einer Richtlinie in nationales Recht nicht zwingend wörtlich vorgenommen werden muss, sondern auch in anderer Form erfolgen kann. Richtlinien führen auf diese Weise zu einer inhaltlichen Angleichung der nationalen Rechtsordnungen, lassen den Mitgliedstaaten aber gleichzeitig Raum, um ihre nationalen (Gesetzgebungs-) Gewohnheiten beizubehalten<sup>78</sup>. Die Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien wird allerdings durch das

---

<sup>74</sup> Siehe oben S. 193 ff.

<sup>75</sup> Würde man – ebenfalls hypothetisch – die Beibehaltung einer Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischem Vorbild an den Vorgaben der Richtlinie messen, so dürfte sich im Ergebnis nichts ändern; insbesondere könnte die Beibehaltung der Klausel nicht auf Art. 5 Abs. 3 lit. o der Richtlinie gestützt werden, da die Klausel nur vorexistente nationale Schranken erfasst, die Fälle „von geringer Bedeutung“ betreffen; zu Art. 5 Abs. 3 lit. o der Richtlinie siehe *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 837.

<sup>76</sup> Art. 249 Abs. 3 EGV.

<sup>77</sup> *Streinz*, Europarecht, Rz. 433; *König*, in: Schulze/Zuleeg (Hg.), Europarecht, § 2 Rz. 33.

<sup>78</sup> Vgl. *Streinz*, Europarecht, Rz. 434.

*Effektivitätsgebot* begrenzt, das der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung *Royer* wie folgt umschrieben hat:

„[Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet], innerhalb der ihnen nach Artikel 186 [jetzt Art. 249] belassenen Entscheidungsfreiheit die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (effet utile) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen“<sup>79</sup>.

Ob die Umsetzung einer Richtlinie in Form einer von den mitgliedstaatlichen Gerichten richtlinienkonform auszulegenden Generalklausel diesen Erfordernissen gerecht wird, hat die Rechtsprechung bislang nicht einheitlich beantwortet. In mindestens einem Fall wurde der Einsatz einer Generalklausel<sup>80</sup> als zulässig angesehen<sup>81</sup>, während der Europäische Gerichtshof in anderen Entscheidungen das Erfordernis der Rechtssicherheit betonte und hervorhob, dass die Rechtsanwender bei einem Blick in das nationale Recht selbst klar erkennen müssen, welche Befugnisse ihnen konkret zustehen und welche nicht<sup>82</sup>.

### 3. Europarechtskonforme Umsetzung der Informationsgesellschaftsrichtlinie durch eine Schrankengeneralklausel im deutschen Recht?

Die Frage, inwieweit eine Richtlinie europarechtskonform durch eine Generalklausel umgesetzt werden kann, lässt sich nach dem oben Gesagten kaum abstrakt, sondern nur in Zusammenschau von Richtlinieninhalt und nationaler Auslegungs- und Rechtsprechungspraxis beurteilen<sup>83</sup>. Im Hinblick auf die Qualität der nationalen Auslegungspraxis ist hier zu berücksichtigen, dass es im hier zu untersuchenden Beispiel nicht um die Beibehaltung einer Schrankengeneralklausel, sondern um deren (hypothetische) Neueinführung geht. Der umsetzende Mitgliedstaat könnte sich folglich nicht darauf zurückziehen, dass die Auslegungspraxis der Gerichte inhalt-

---

<sup>79</sup> EuGH (Rs. 48/75), Slg. 1976, 497 – *Royer*, Rz. 69/73.

<sup>80</sup> Obwohl der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil selbst von einer „Generalklausel“ spricht (EuGH [Rs. 163/82], Slg. 1983, 3273 – *Kommission/Italien*, Rz. 9), kann bezweifelt werden, ob die zur Überprüfung stehende Vorschrift den Anforderungen an eine solche offene Klausel gerecht wird, da es konkret lediglich um den unbestimmten Rechtsbegriff der „Arbeitsbedingungen“ ging; ausführlich hierzu *Herrmann*, Richtlinienumsetzung, S. 238 f.

<sup>81</sup> EuGH (Rs. 163/82), Slg. 1983, 3273 – *Kommission/Italien*, Rz. 9.

<sup>82</sup> Vgl. EuGH (Rs. 116/86), Slg. 1988, 1323 – *Kommission/Italien*, Rz. 21; EuGH (Rs. 360/87), Slg. 1991, I-791 – *Kommission/Italien*, Rz. 12; EuGH (Rs. C-220/94), Slg. 1995, I-1589 – *Kommission/Luxemburg*, Rz. 10; EuGH (Rs. C-162/99), Slg. 2001, I-541 – *Kommission/Italien*, Rz. 22; EuGH (Rs. C-144/99) Slg. 2001, I-3541 – *Kommission/Niederlande*, Rz. 17 mit Anmerkung *Leible*, EuZW 2001, 438.

<sup>83</sup> *Leible*, EuZW 2001, 438, 438 f. *Poepfel*, Neuordnung, S. 504; generell für die Zulässigkeit einer Richtlinienumsetzung durch Generalklauseln dagegen *Siems*, ZEuP 2002, 747, 750 ff.

lich bereits jetzt den Anforderungen der Richtlinie entspricht und zudem eine methodisch anerkannte Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung den Fortbestand der geltenden Grundsätze gewährleistet<sup>84</sup>. Stattdessen müsste darauf vertraut werden, dass die nationalen Gerichte die neu eingeführte Schrankengeneralklausel von Anfang an im Sinne der Richtlinie handhaben werden. Dies dürfte bei der Bundesrepublik Deutschland allerdings der Fall sein. Im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot wurde bereits ausgeführt, dass eine neu geschaffene Regelung keinesfalls im luftleeren Raum stünde, sondern inhaltlich auf der bestehenden Rechtslage fußen und die bereits existierende Rechtsprechung aufgreifen und fortbilden würde<sup>85</sup>. Da der momentane Schranken katalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes bereits den Vorgaben der Richtlinie entspricht, kann davon ausgegangen werden, dass dies auch bei einer (ohnehin grundsätzlich richtlinienkonform auszulegenden<sup>86</sup>) Schrankengeneralklausel der Fall wäre. Die nationale Auslegungspraxis wäre mithin kein Argument gegen die Einführung einer Schrankengeneralklausel in der Bundesrepublik Deutschland.

Allerdings könnte der Inhalt der Richtlinie einer Umsetzung durch eine Generalklausel entgegenstehen. Hier ist zu beachten, dass die in Art. 5 der Informationsgesellschaftsrichtlinie vorgesehenen Schranken zum einen bereits normtextlich sehr detailliert gefasst sind und zum anderen den Rechtsanwendern konkrete Nutzungsbefugnisse verleihen. Beides spricht dafür, den Aspekt der Rechtssicherheit stärker zu betonen und den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten entsprechend zu beschränken<sup>87</sup>. Durch eine detaillierte Ausformung der Urheberrechtsschranken kann deutlich besser gewährleistet werden, dass die Nutzer auch tatsächlich einsehen können, welche Befugnisse ihnen zustehen und welche nicht. Von einer Umsetzung in Form eines Kataloges geht nicht zuletzt auch die Richtlinie selbst aus und betont an mehreren Stellen explizit, dass die Schrankenvorschriften nur „für bestimmte Fälle“<sup>88</sup> gelten sollten, was bei der Transforma-

---

<sup>84</sup> Eine solche Konstellation lag beispielsweise der Entscheidung EuGH (Rs. C-144/99) Slg. 2001 I, 3541 – *Kommission/Niederlande* zugrunde, vgl. das Vorbringen der niederländischen Regierung, dokumentiert in den Schlussanträgen des GA Tizzano, Slg. 2001, I-3541, Rz. 10 ff.; siehe auch Herrmann, Richtlinienumsetzung, S. 215 ff.

<sup>85</sup> Siehe dazu bereits im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot oben S. 177 ff.

<sup>86</sup> Allgemein zur richtlinienkonformen Auslegung Herdegen, *Europarecht* § 9 Rz. 40 ff.

<sup>87</sup> Vgl. Herrmann, Richtlinienumsetzung, S. 211; Gellermann, *Beeinflussung*, S. 29 (Anforderungen an mitgliedstaatliche Norm umso höher, je detaillierter die Richtlinienvorgabe ist).

<sup>88</sup> Erwägungsgrund 34, 35.

mation in eine Generalklausel gerade nicht mehr zwingend der Fall wäre<sup>89</sup>. Auch für die mit der Informationsgesellschaftsrichtlinie verfolgte Harmonisierung der nationalen Schranken wäre eine generalklauselartige Umsetzung eher schädlich. Art. 5 der Richtlinie fixiert die bestehenden nationalen Schranken und will mit seinem abschließenden Katalog von spezifischen Ausnahmetatbeständen verhindern, dass die Mitgliedstaaten ungestört neue Urheberrechtsschranken einführen und die Urheberrechtsordnungen in Europa dadurch weiter diversifizieren<sup>90</sup>. Regelungstechnisch folgt die Richtlinie dabei der in Europa vorherrschenden Rechtstradition enumerativer Einzeltatbestände<sup>91</sup>. Gäbe nun ein Mitgliedstaat sein bestehendes Schrankenkonzept zugunsten einer Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischem Vorbild auf, so bedeutete dies zugleich ein Abweichen von dem in der Richtlinie verankerten Leitbild enumerativer Schranken. Im Hinblick auf die Regelungstechnik würde es damit zu einer weiteren Diversifikation der europäischen Urheberrechtssysteme kommen, was wiederum den mit der Richtlinie verfolgten Harmonisierungsbestrebungen widerspräche. Eine generalklauselartige Umsetzung schadete daher insoweit der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) der Richtlinie mehr, als dass es ihr nützte. Im Ergebnis ist folglich davon auszugehen, dass eine generalklauselartige Umsetzung der Richtlinie nicht europarechtskonform und damit unzulässig wäre<sup>92</sup>.

#### IV. Zusammenfassung

Die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft schränkt den Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der nationalen Schrankensysteme spürbar ein. Art. 5 Abs. 1 bis 4 sieht einen abschließenden Katalog (größtenteils) fakultativer Urheberrechtsschranken vor, die jeweils auch der zweiten und dritten Stufe des Dreistufentests gerecht werden müssen. Vor dem Hintergrund des Effektivitätsgebotes (*effet*

---

<sup>89</sup> Mit diesem Argument *Schack*, FS Schrickler, S. 512, der eine Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischem Vorbild als „ganz offensichtlich unvereinbar“ mit der Richtlinie ansieht.

<sup>90</sup> Vgl. *Poepfel*, Neuordnung, S. 505; *Reinbothe*, ZUM 2002, 43, 48.

<sup>91</sup> Vgl. *Schack*, FS Schrickler, S. 512; die englische Regelung des Fair Dealing (§§ 29, 30 CDPA) steht dazu nicht in Widerspruch, da auch hier zunächst das Vorliegen eines konkreten Ausnahmetatbestandes geprüft werden muss; zum Unterschied zwischen Fair Use (US) und Fair Dealing (GB) siehe bereits oben S. 35 f.

<sup>92</sup> *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807, 810 weist zudem darauf hin, dass organisierte Verbraucherverbände im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens versucht haben, die Kommission in Richtung einer offenen, Fair Use-ähnlichen Liste zu beeinflussen; dass dieser Vorschlag keine Unterstützung gefunden hat, bewertet *Cohen Jehoram* als „unsichtbare[n], aber durchschlagende[n] Erfolg der ganzen Informationsgesellschafts-Richtlinie“.

*utile*) kann die Umsetzung der Informationsgesellschaftsrichtlinie nicht durch eine Generalklausel erfolgen, da hierdurch (u.a.) das mit der Richtlinie verfolgte Harmonisierungsziel konterkariert würde.

## Teil 4

### Rechtspolitischer Ausblick

#### Kapitel 7: Flexibilisierung der Urheberrechtsschranken de lege ferenda

##### *A. Zur Notwendigkeit einer Flexibilisierung der deutschen Urheberrechtsschranken*

Die Schranken des Urheberrechtsgesetzes sehen sich seit längerem grundlegenden Einwänden ausgesetzt. Kritiker des Schranken kataloges heben immer wieder und zu Recht hervor, die abschließende kasuistische Fassung der Urheberrechtsschranken und die Verwendung technologiespezifischer Begriffe führe dazu, dass neue Entwicklungen und Geschäftsmodelle von den bestehenden Urheberrechtsschranken nur unzureichend erfasst würden und daher zwangsläufig – obwohl häufig an sich erwünscht – als unzulässig angesehen werden müssten<sup>1</sup>. Gerade in jüngerer Zeit sind mehrfach Konstellationen aufgetreten, in denen neue Nutzungsarten nicht von den Schranken des Urheberrechtsgesetzes erfasst werden. Ein Beispiel hierfür ist die bereits erwähnte Digitalisierung von Schriftwerken im Rahmen der „Google Book Search“<sup>2</sup>. Das deutsche Urheberrecht ist in seiner heutigen Fassung nicht in der Lage, eine entsprechende Schrankenvorschrift zur Verfügung zu stellen. Weder werden entsprechende Situationen vom Normtext erfasst, noch kann – da die Nutzungshandlung vollkommen neuartig und mit keiner bestehenden Schranke vergleichbar ist – eine der bereits existierenden Schranken im Wege der erweiternden Auslegung oder des Analogieschlusses angewendet werden. Eine Veränderung des Schrankenkataloges könnte hier Abhilfe schaffen.

Ein ähnliches Szenario stellt sich auch bei der Überlappung von Schutzrechten. Hier sei beispielhaft auf die ebenfalls bereits angesprochene Problematik der Bewerbung von Parfüms durch nicht autorisierte Händler (*Di-*

---

<sup>1</sup> Zur Kritik am abschließenden Katalog der deutschen Urheberrechtsschranken siehe die Nachweise bei den einzelnen Regelungsvorschlägen; in Bezug auf die (ebenfalls abschließenden und wenig flexiblen) Ausnahmetatbestände der Informationsgesellschaftsrichtlinie *Hugenholtz*, EIPR 2000, 499, 501; allgemein zu den Vorteilen eines „open system“ *Sirinelli*, *Exceptions and Limits*, S. 18 f.

<sup>2</sup> Siehe dazu bereits oben S. 112.

or/Evora; Parfumflakon) verwiesen<sup>3</sup>. Vor dem Hintergrund der Verkehrsfähigkeit von Waren und der Freiheit des Wettbewerbs erscheint es hier geboten, eine Kohärenz der marken- und urheberrechtlichen Schranken herzustellen. Im geltenden Recht lässt sich dies jedoch nur durch eine systemsprengende und dogmatisch wenig befriedigende Übertragung der markenrechtlichen Erschöpfung auf das Urheberrecht erreichen. Eine offenere Gestaltung der bestehenden Schranken könnte hier urheberrechtsintern zu einem befriedigenden Ergebnis führen.

Zur Lösung der eben geschilderten Probleme ist ein gesetzgeberischer Eingriff der Forderung nach einer weiten Auslegung des existierenden Schranken kataloges vorzuziehen. Zum einen stößt die Auslegung dort an ihre Grenzen, wo – wie bei der „Google Book Search“ – weder für eine erweiternde Auslegung noch für einen Analogieschluss ein Ansatzpunkt besteht. Zum anderen erweist sich die von der Rechtsprechung traditionell geübte Zurückhaltung bei der richterlichen Ausdehnung der bestehenden Urheberrechtsschranken als tragfähiger und berechtigter Grundsatz. Die Analyse der geistesgeschichtlichen und verfassungsrechtlichen Verwurzelung des deutschen Rechts in *Kapitel 4* hat hervorgebracht, dass in den meisten Fällen mit guten Gründen von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Urheberrechtshabers ausgegangen werden kann und dass sich dadurch die im Vergleich zum US-amerikanischen Recht deutlich strengere Handhabung der Urheberrechtsschranken rechtfertigt<sup>4</sup>. Will man daher den Handlungsspielraum der Gerichte erweitern, so kann dies ohne Systembrüche nur durch eine Veränderung des Normtextes geschehen.

Der Gesetzgeber hat hierbei die Möglichkeit, entweder neue konkrete Urheberrechtsschranken einzuführen oder die bestehenden Schranken flexibler zu gestalten. Eindeutiger Nachteil der erstgenannten Handlungsoption ist – wie das eben erst abgeschlossene Gesetzgebungsvorhaben zum zweiten Korb der Urheberrechtsreform zeigt – die lange Reaktionszeit des Gesetzgebers. Das Verfahren zum Erlass neuer Schranken dauert viel zu lange, um der dynamischen Veränderung der Nutzungsgewohnheiten Rechnung zu tragen. Die Aufnahme neuer Nutzungsarten in den Schranken katalog des Urheberrechtsgesetzes sollte daher nicht durch die „Opt-In“-Lösung neuer konkreter Schranken erfolgen. Zu bevorzugen ist stattdessen ein Regelungsmodell, bei dem neuartige Verwertungshandlungen vom (flexiblen) Wortlaut des Gesetzes a priori erfasst werden können. Sollten dennoch unerwünschte Rechtsprechungsentwicklungen eintreten, so bleibt dem Gesetzgeber das „Opt-Out“ einer korrigierenden Klarstel-

---

<sup>3</sup> Siehe dazu oben S. 83 f.

<sup>4</sup> Siehe oben S. 182 ff.

lung des Gesetzestextes. Es erscheint daher als „Gebot der Stunde“<sup>5</sup>, über eine Flexibilisierung des deutschen Schranken kataloges nachzudenken.

### *B. Rechtsetzungsvarianten*

Zur flexibleren Neugestaltung des deutschen Schranken kataloges bieten sich mehrere Rechtsetzungsvarianten an. Denkbar wäre zunächst eine „große Lösung“ im Sinne des Ersatzes des gesamten Schranken kataloges oder großer Teile davon durch eine (einzige) Generalklausel (I). Daneben ließe sich eine „kleine Lösung“ realisieren, bei der einzelne Schranken durch flexiblere Elemente ergänzt werden. Diesen Weg hat der Gesetzgeber mit der Neuregelung der Zitierfreiheit durch den zweiten Korb der Urheberrechtsreform eingeschlagen (II). Schließlich wäre es noch denkbar, eine Generalklausel als Auffangregel neben konkreten Schranken zu etablieren – entweder als eigenständigen Tatbestand oder in Form einer Generalklausel mit Regelbeispielskatalog (III).

#### *I. „Große Lösung“: Ersatz des Schranken kataloges oder großer Teile davon durch eine Generalklausel*

##### *1. Europarechtswidrigkeit der „großen Lösung“ im deutschen Recht und zwingende verfassungsrechtliche Vorgaben*

Nach der im *Kapitel 6* durchgeführten Untersuchung zu den Vorgaben der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft ist die Einführung einer Schrankengeneralklausel im Hinblick auf das bei der Richtlinienumsetzung zu beachtende Effektivitätsgebot europarechtlich unzulässig. Zum einen wäre nicht mehr gewährleistet, dass die Rechtsanwender aus den Vorschriften des nationalen Rechts ersehen können, welche konkreten Rechte ihnen zustehen. Zum anderen würde die Einführung einer Generalklausel zu einer mit der Informationsgesellschaftsrichtlinie nicht zu vereinbarenden weiteren Diversifikation der europäischen Urheberrechtsordnungen führen<sup>6</sup>. Eine Schrankengeneralklausel müsste im Übrigen auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben beachten und dürfte insbesondere – wie dargelegt – keine generelle Alles-oder-Nichts-Rechtsfolge enthalten<sup>7</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen stellen daher rechtspolitische Erwägungen dar, deren praktische Umsetzung die (eher unwahrscheinliche) Änderung der Richtlinie voraussetzte. Zudem müssten die Vorschläge noch um eine an den verfassungsrechtlichen Vorgaben orientierte Rechtsfolgendif-

---

<sup>5</sup> So *Ohly*, in: *Depenheuer/Peifer* (Hg.), *Geistiges Eigentum*, S. 160.

<sup>6</sup> Ausführlich oben S. 207 ff.

<sup>7</sup> Siehe dazu oben S. 171 ff.

ferenzierung ergänzt werden. Als Regelfall müsste daher die Nutzung gegen die Zahlung einer angemessenen Vergütung vorgesehen werden, während nur bei einem „gesteigerten öffentlichen Interesse“ die ersatzlose Aufhebung des Ausschließlichkeitsrechts erfolgen dürfte<sup>8</sup>.

## 2. Regelungsmöglichkeiten einer „großen Lösung“

### a) Generalklausel nach Vorbild der Fair Use-Doktrin

Als erste Variante einer „großen Lösung“ bietet sich eine Generalklausel nach dem Vorbild der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin an. Obwohl eine solche Vorschrift in der rechtswissenschaftlichen Literatur mehrfach befürwortet wird<sup>9</sup>, finden sich kaum konkrete Formulierungsvorschläge. Nach *Jan Poepel*, der sich im Ergebnis jedoch gegen eine Schrankengeneralklausel ausspricht, könnte eine Vorschrift nach US-amerikanischem Vorbild wie folgt aussehen:

„§ 61 Redliche Verwertung<sup>10</sup>. Die redliche Verwertung eines veröffentlichten Werkes ist zulässig. Bei der Entscheidung, ob eine Verwertung redlich ist, sind insbesondere die folgenden Kriterien zu berücksichtigen:

1. der Zweck und der Charakter der Verwertung einschließlich der Frage, ob der Gebrauch kommerzieller Natur ist; eine Nutzung kann insbesondere dann redlich sein, wenn sie für Zwecke des kritischen Kommentars, der Lehre oder der Forschung erfolgt;
2. die Art des urheberrechtlich geschützten Werkes;
3. der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Teils im Verhältnis zum urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzem und
4. die Auswirkung der Verwertung auf den potenziellen Verwertungsmarkt und auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes<sup>11</sup>“.

<sup>8</sup> Zur Rechtsfolgendifferenzierung als Charakteristikum des deutschen Rechts siehe oben S. 173 ff.

<sup>9</sup> Häufig ist hierbei allerdings nicht eindeutig, ob die bestehenden Urheberrechtsschranken durch eine Schrankengeneralklausel *ersetzt* oder nur durch einen Auffangtatbestand *ergänzt* werden sollen; für eine Fair Use-Klausel im deutschen Recht sprechen sich danach aus *Hüsken*, Informationsfreiheit, S. 218 f.; ohne eindeutig auf das Schicksal der bestehenden Schranken einzugehen wird eine Fair Use-Klausel befürwortet von *Höeren*, GRUR 1997, 866, 871; *Niiranen*, CRi 2006, 65, 69; *Tonninger*, Copyright und Urheberrecht im Internet, S. 221; *Wandtke*, GRUR 2002, 1, 7; *Wittgenstein*, digitale Agenda, S. 82 f.; vgl. auch *Kur*, in: Schrickler/Dreier/Kur (Hg.), Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 49 f.; zur Diskussion über die Flexibilisierung der britischen Schranken nach US-amerikanischem Vorbild siehe *Burrell/Coleman*, Copyright Exceptions, S. 249.

<sup>10</sup> *Poepel* platziert seine hypothetische Schrankengeneralklausel im Schranken-katalog des Urheberrechtsgesetzes; rechtspolitisch denkbar wäre es auch, die Generalklausel sogar noch weiter zu verallgemeinern und in einen (ebenfalls neu zu schaffenden) „allgemeinen Teil des geistigen Eigentums“ einzugliedern, vgl. *Ahrens*, GRUR 2006, 617, 622.

Aufgrund der eingangs beschriebenen verfassungsrechtlichen Vorgaben müsste die Klausel noch um einen Rechtsfolgenabsatz ergänzt werden, der beispielweise wie folgt aussehen könnte:

Für die redliche Verwertung nach Absatz 1 ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Die Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung entfällt, wenn ein gesteigertes öffentliches Interesse nicht nur am freien Zugang, sondern auch an der Unentgeltlichkeit der Nutzung besteht.

Der Vorschlag von *Poepfel* stellt keine wortgenaue Übersetzung von 17 U.S.C. § 107 dar, sondern passt die Vorschrift – soweit möglich und notwendig – der deutschen Begriffs- und Schrankentradition an<sup>12</sup>. Um eine gegenüber dem US-amerikanischen Recht eigenständige Auslegung zu ermöglichen wird „Fair Use“ daher mit „redlicher Verwertung“ übersetzt. Auf die in 17 U.S.C. § 107 seit 1992 ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit der fairen Benutzung unveröffentlicher Werke verzichtet der Regelungsvorschlag bewusst und entspricht damit der deutschen Tradition, Urheberrechtsschranken in erster Linie auf die Verwertungsrechte anzuwenden<sup>13</sup>. Die in der Präambel der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin beispielhaft aufgezählten Nutzungszwecke werden aus systematischen Gründen vom Einleitungssatz in die Nr. 1 verlagert<sup>14</sup>. Welche Nutzungen die deutsche Regelung am Ende beispielhaft aufzählt, könnte dann davon abhängig gemacht werden, welche konkreten Urheberrechtsschranken durch die Generalklausel ersetzt würden.

#### b) Generalklausel nach Vorbild des Dreistufentests

Die zweite Variante einer „großen Lösung“ – Schrankengeneralklausel nach Vorbild des Dreistufentests – wird vor allem von *Thomas Hoeren* befürwortet<sup>15</sup>. Ohne einen konkreten Regelungsvorschlag zu unterbreiten, stellt sich *Hoeren* den Inhalt einer solchen „Megaschranke“ wie folgt vor:

---

<sup>11</sup> *Poepfel*, Neuordnung, S. 491 f.

<sup>12</sup> Ausführlich *Poepfel*, Neuordnung, S. 492.

<sup>13</sup> Siehe dazu oben S. 79.

<sup>14</sup> Dies macht regelungstechnisch insoweit Sinn, als auch im US-amerikanischen Recht die beispielhaft aufgezählten Nutzungshandlungen der Präambel von 17 U.S.C. § 107 in erster Linie bei der Feststellung des „purpose and character of the use“ eine Rolle spielen; siehe oben S. 27 ff., 51 f.

<sup>15</sup> *Hoeren*, WiVerw 1999, 230, 258 f.; *ders.*, MMR 2000, 3, 5; *ders.*, FS Sandrock, S. 370 f.; *ders.*, Grundzüge des Internetrechts, S. 110 ff.; anders noch *ders.*, in: GRUR 1997, 866, 871 (Erweiterung der Schranken im Sinne des US-amerikanischen Fair Use-Prinzips); *Hoeren* deutet dabei an, dass die von ihm befürwortete Klausel an die Stelle der bestehenden Schranken treten und diese nicht nur ergänzen soll.

„Jede Nutzung von Werken sollte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zulässig sein, die weder die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers beeinträchtigt noch der normalen Auswertung des Werkes zuwiderläuft“<sup>16</sup>.

Auch hier müsste aus verfassungsrechtlichen Gründen noch ein Rechtsfolgenabsatz ergänzt werden. *Hoeren* verzichtet ohne Nennung eines Grundes auf die erste Stufe des Tests. Diese Verkürzung des Tests könnte darin begründet sein, dass die gerichtliche Ausformung der Klausel als ausreichend angesehen wird, um das Erfordernis des „bestimmten Sonderfalles“ zu erfüllen<sup>17</sup>. Inhaltlich wird die „Megaschranke“ damit auf eine Zweistufenprüfung reduziert, bei der nur noch die Beeinträchtigung der berechtigten Interessen der Rechtsinhaber und der Einfluss der Nutzungshandlung auf die normale Auswertung des Werkes berücksichtigt werden<sup>18</sup>.

## II. „Kleine Lösung“: Ergänzung einzelner Urheberrechtsschranken um flexiblere Elemente am Beispiel der Zitierfreiheit

### 1. Kritik des § 51 UrhG a.F.

Ähnlich wie der gesamte Schranken katalog des Urheberrechtsgesetzes<sup>19</sup> sehen sich auch einzelne Schrankenvorschriften und insbesondere die Zitierfreiheit berechtigter Kritik ausgesetzt<sup>20</sup>. Die an anderer Stelle dieser Arbeit in ihrer bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung bereits vor-

<sup>16</sup> *Hoeren*, WiVerw 1999, 230, 258; *ders.*, MMR 2000, 3, 5; ähnlich der Formulierungsvorschlag von *Poepel*, Neuordnung, S. 492: „§ 61 Redliche Verwertung. Die redliche Verwertung eines veröffentlichten Werkes ist zulässig. Eine Verwertung ist redlich, wenn sie weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urheber unzumutbar verletzt.“

<sup>17</sup> Vgl. auch *Poepel*, Neuordnung, S. 493, der den Verzicht auf die erste Stufe in seinem Formulierungsvorschlag damit begründet, dass „jede tatsächlich auftretende Verwertungshandlung so spezifiziert umschrieben werden kann, dass sie einen bestimmten Sonderfall darstellt.“

<sup>18</sup> Von der von *Hoeren* favorisierten „Megaschranke“ ist die häufiger formulierte Forderung zu unterscheiden, den Dreistufentest als *zusätzliches Kriterium* in das Urheberrechtsgesetz aufzunehmen. Bei dieser Forderung geht es weniger um die Einführung einer neuen und flexiblen Urheberrechtsschranke, als vielmehr um die klarstellende Umsetzung von Art. 5 Abs. 5 der Informationsgesellschaftsrichtlinie; dies wurde beispielsweise vom Bundesrat (Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-DS 15/38, S. 35) gefordert; dem zustimmend *Schack*, AfP 2003, 1, 7; *ders.*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rz. 481; ablehnend *Hohagen*, Freiheit der Vervielfältigung, S. 610.

<sup>19</sup> Siehe hierzu oben S. 211 f.

<sup>20</sup> Zur Kritik der Zitierfreiheit siehe *Brauns*, Entlehnungsfreiheit, S. 203 ff.; *Fromm/Nordemann/Vinck*, § 51 Rz. 1; *Löffler*, NJW 1980, 201, 202 f.; *Schricker/Schricker*, § 51 Rz. 5; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 314 (gesetzliche Regelung erscheint „in Einzelfällen [...] als zu starr“).

gestellte Vorschrift<sup>21</sup> ist paradigmatisch für eine eng gefasste Urheberrechtsschranke und lässt mit ihren drei abschließenden Zitatkategorien (Großzitat, Kleinzitat, Musikzitat) nur wenig Raum für eine flexible Interpretation. Gleichzeitig hat sich in der Vergangenheit bereits mehrfach das Bedürfnis nach einer Anpassung der Vorschrift an neue technologische Gegebenheiten gezeigt. Auch die Rechtsprechung hat dies erkannt und hat – wie beispielsweise die Entscheidung zum Filmzitat oder das *Germania 3*-Urteil des Bundeverfassungsgerichts zeigen – eine vorsichtige Öffnung der Zitierfreiheit vorgenommen<sup>22</sup>. Der die genannten Entscheidungen prägende Argumentationsaufwand ließe sich deutlich verringern, wenn § 51 UrhG a.F. normtextlich verändert und die abschließenden Zitatkategorien durch eine flexiblere Formulierung ersetzt oder um flexible Elemente ergänzt würden. Da bei dieser Rechtssetzungsvariante die grundsätzliche enumerative Struktur des deutschen Schranken kataloges unangetastet bliebe, ist davon auszugehen, dass eine solche „kleine Lösung“ – anders als die eben vorgestellte große Generalklausel – weder verfassungsrechtliche noch europarechtliche Bedenken aufwürfe.

## 2. Neuregelung der Zitierfreiheit durch den „zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform

Den eben angeführten Kritikpunkten begegnet die Neufassung der Zitierfreiheit im Rahmen des „zweiten Korbes“ der Urheberrechtsreform. Nach der vom Bundestag am 5. Juli 2007 verabschiedeten Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses hat § 51 UrhG zum 1. Januar 2008 folgende Fassung erhalten:

§ 51 Zitate. Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies *insbesondere* [Herv. A.F.], wenn

1. einzelne Werke nach der Veröffentlichung in ein selbständiges wissenschaftliches Werk zur Erläuterung des Inhalts aufgenommen werden,
2. Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden,
3. einzelne Stellen eines erschienenen Werkes der Musik in einem selbständigen Werk der Musik angeführt werden<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Siehe oben S. 85 ff.

<sup>22</sup> Ausführlich dazu oben S. 100 ff.

<sup>23</sup> BT-Drucks. 16/5939; ein ähnlicher Vorschlag stammt von *Poepfel*, Neuordnung, S. 251: „Zulässig sind die Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe von *Teilen veröffentlichter Werke als Zitat* in einem selbstständigen Werk in einem durch den Zweck gebotenen Umfang. *Unter besonderen Umständen – insbesondere in wissenschaftlichen Werken oder beim Zitat eines Bildwerkes in Werken zum politischen Meinungskampf – ist*

Die Formulierung erweitert die Vorschrift vorsichtig um flexible Elemente. Gesetzestechnisch erfolgt dies durch eine Neugestaltung des § 51 S. 1 UrhG n.F. als „kleine“ Generalklausel, die in S. 2 durch Regelbeispiele ergänzt wird. Die beispielhaft aufgezählten Zitate entsprechen dabei fast wörtlich den bisher geltenden Zitat kategorien des § 51 UrhG. Damit wird inhaltlich erreicht, dass alle bisher zulässigen Nutzungen auch in Zukunft unter die Schranke der Zitierfreiheit fallen. Gleichzeitig können die bislang durch die Rechtsprechung erfolgten (wie auch die in Zukunft zu erwartenden) Öffnungen der Zitierfreiheit – beispielsweise das „Filmzitat“<sup>24</sup> – nunmehr auf ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage erfolgen.

### *III. Integration einer Generalklausel in den bestehenden Schrankenkatalog*

#### *1. Regelungsmöglichkeiten: Eigenständiger Auffangtatbestand oder Regelbeispiele*

Statt einer großen Generalklausel könnte der Schrankenkatalog des Urheberrechtsgesetzes auch um einen Auffangtatbestand ergänzt werden. Eine solche Vorschrift würde dann neben die weiterhin existierenden (gegebenenfalls im Sinne der „kleinen Lösung“ flexibler gestalteten) Urheberrechtsschranken treten. Regelungstechnisch bieten sich hierfür zwei Möglichkeiten an. Die erste besteht darin, einen eigenständigen Auffangtatbestand zu schaffen. Eine solche Vorschrift könnte normtextlich etwa so aussehen wie die zur „großen Lösung“ bereits vorgestellten Vorschläge und könnte sich damit entweder an der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin oder am Dreistufentest orientieren.

Die zweite Möglichkeit bestünde in der Normierung von Regelbeispielen. Die heute bestehenden Schranken würden in dieser Rechtssetzungsvariante nicht mehr als eigenständige Tatbestände normiert, sondern dienen als Beispiele für die Konkretisierung der Generalklausel. Regelungstechnisch würde sich diese Rechtssetzungsvariante dadurch auszeichnen, dass zunächst eine Generalklausel als Grundregel aufgestellt, die dann durch einzelne typische Verwertungssituationen ergänzt wird. Der Schrankenkatalog würde sich dadurch den Vorschriften über die urheberrechtlichen Verwertungsrechte (§ 15 ff. UrhG)<sup>25</sup> annähern und könnte – unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich erforderlichen Rechtsfolgendifferenzierung – etwa wie folgt aussehen:

---

*nach Satz 1 auch die Verwertung einzelner ganzer Werke zulässig.“ (Herv. im Original); für eine „kleine Generalklausel“ plädiert auch Brauns, Entlehnungsfreiheit, S. 209 f.*

<sup>24</sup> Siehe hierzu oben S. 100 f.

<sup>25</sup> Siehe hierzu bereits oben S. 75.

Redliche Verwertung. (1) Die redliche Verwertung eines veröffentlichten Werkes ist zulässig. Bei der Entscheidung, ob eine Verwertung redlich ist, sind insbesondere die folgenden Kriterien zu berücksichtigen:

1. der Zweck und der Charakter der Verwertung [...]
  2. [...]
- (2) Für die redliche Verwertung nach Absatz 1 ist eine angemessene Vergütung zu zahlen. [...]
- (3) Als redliche Verwertung gelten insbesondere folgende Nutzungshandlungen:
1. Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen [ex § 44a UrhG]. Zulässig sind vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die [...]
  2. Rechtspflege und öffentliche Sicherheit [ex § 45 UrhG]. Zulässig ist [...]
  3. [u.s.w.]

## *2. Europarechtliche Zulässigkeit der Integration einer Generalklausel in den bestehenden Schrankenkatalog*

Anders als der Ersatz des gesamten Schrankenkataloges oder wesentlicher Teile davon<sup>26</sup> könnten die eben beschriebenen Rechtssetzungsmöglichkeiten mit den europarechtlichen Vorgaben vereinbart werden. Durch die weitestgehende Aufrechterhaltung der etablierten Schranken bleibt die enumerative Struktur des deutschen Schrankenkataloges erhalten. Die Nutzer können daher in den meisten Fällen und insbesondere in den etablierten klassischen Schrankenkonstellationen unmittelbar einsehen, welche Nutzungshandlungen zulässig sind und welche nicht. Auch die bei der Einführung einer einzelnen Schrankengeneralklausel drohende weitere Diversifikation der nationalen Schrankensysteme hält sich bei der hier beschriebenen Rechtssetzungsvariante in Grenzen. Sowohl bei der Ergänzung der bestehenden Schranken durch einen Auffangtatbestand als auch bei der Einführung einer durch Regelbeispiele ergänzten Generalklausel ist davon auszugehen, dass die Gerichte sich nach wie vor an den konkreten Schranken (bzw. Regelbeispielen) orientieren. Das deutsche Recht der Urheberrechtsschranken würde damit nach wie vor durch die Normierung und Anwendung einzelner konkrete Nutzungssituationen geprägt sein. Darüber hinaus würde die in Deutschland anerkannte Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung dazu führen, dass die flexiblen Elemente des Schrankenkataloges – für die neben den konkreten Schranken ohnehin nur wenig Raum bliebe – auch europarechtskonform gehandhabt würden<sup>27</sup>. Ein diesen Vor-

---

<sup>26</sup> Siehe hierzu oben S. 213.

<sup>27</sup> Zur Bedeutung der richtlinienkonformen Handhabung bei der Umsetzung des Europarechts siehe bereits oben S. 207 mit Fn. 86.

gaben folgender Schranken katalog wäre demnach eine zulässige Umsetzung der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft<sup>28</sup>.

*C. Stellungnahme zur rechtspolitischen Opportunität der vorgestellten  
Rechtsetzungsvarianten*

Die als „große Lösung“ bezeichnete Aufgabe der enumerativen Einzelausnahmen oder großer Teile davon zugunsten einer zentralen Schrankengeneralklausel begegnet zwar der eingangs beschriebenen Kritik am deutschen Schranken katalog, schießt aber gleichwohl weit über das Ziel hinaus und bringt ihrerseits erhebliche Nachteile mit sich. Für die Rechtsanwender wäre – auch wenn die Rechtsprechung durch Fallgruppenbildung und Orientierung an der bisherigen Rechtslage eine Konkretisierung herbeiführen würde – bei einer großen Schrankengeneralklausel nicht mehr in allen Fällen aus dem Gesetzestext zu erkennen, welche Nutzungshandlungen unter welchen Voraussetzungen zulässig sind. Darüber hinaus wäre auch nicht mehr eindeutig vorhersehbar, bei welchen von einer Schranke erfassten Fällen dem Rechtsinhaber eine angemessene Vergütung zu zahlen ist. Größere Flexibilität durch eine zentrale Generalklausel würde damit durch stärkere Rechtsunsicherheit erkauf<sup>29</sup>.

Bei der „kleinen Lösung“ einer vorsichtigen und partiellen Öffnung einzelner Urheberrechtsschranken werden diese Probleme vermieden. Hier können sich die die Nutzer nach wie vor durch einen Blick in das Gesetz zumindest einen groben Überblick darüber verschaffen, welche Nutzungen zulässig sind und welche nicht. Ein einleuchtendes Beispiel hierfür ist die Novellierung der Zitierfreiheit. Durch die Aufrechterhaltung der traditionellen Zitatkategorien als Regelbeispiele wird dafür gesorgt, dass alle bislang zulässigen Nutzungshandlungen auch nach der Gesetzesänderung erlaubt bleiben. Anders als bei einer einzigen Generalklausel fixiert diese Technik den geltenden Schrankenbestand ausdrücklich und sorgt damit hinsichtlich der heute zulässigen Nutzungshandlungen für eindeutige Klarheit, ohne einer Ausdehnung der bestehenden Schranken auf neue Verwertungstechnologien entgegenzustehen. Die „kleine Lösung“ stellt damit ein milderer Mittel zur Neukonzeption der Urheberrechtsschranken dar.

---

<sup>28</sup> Abweichend *Poepfel*, Neuordnung, der nicht nur die alternative, sondern auch die ergänzende Neueinführung einer Schrankengeneralklausel für unvereinbar mit der Informationsgesellschaftsrichtlinie hält.

<sup>29</sup> *Spindler*, GRUR 2002, 110, 115; vgl. auch *Dreier*, in: Schrickler (Hg.), Informationsgesellschaft, S. 154 f.; *Hohagen*, Freiheit der Vervielfältigung, S. 610; *Schack*, ZEuP 2000, 799, 812; *ders.*, FS Schrickler, S. 511 f. (Fair Use-Doktrin „so flexibel wie streitintensiv“); *Sirinelli*, Exceptions and Limits, S. 18 ff.

Die durch eine vorsichtige Aufweitung der einzelnen Urheberrechtsschranken erreichte Flexibilität entspricht auch nahezu derjenigen der „großen Lösung“. Dies ergibt sich aus der Beobachtung, dass sich mit fortschreitender technischer Entwicklung zwar die Verwertungstechniken, nicht aber die Verwertungsanliegen verändern<sup>30</sup>. Beispielhaft lässt sich dies am Filmzitat demonstrieren. Der Zitierende verwendet hier für die Werknutzung ein von dem auf „Sprachwerke“ beschränkten Wortlaut des § 51 Nr. 2 UrhG nicht erfasstes Medium, sein Verwertungsanliegen – Nutzung eines vorbestehenden urheberrechtlich geschützten Werkes zur geistigen Auseinandersetzung – entspricht aber dem des klassischen Zitates. Entscheidendes Argument des Bundesgerichtshofes in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit des Filmzitates war mithin auch die Erwägung, dass die Ausweitung des Kleinzitates auf Filmwerke dem Grundgedanken der Zitierfreiheit – Förderung des kulturellen Lebens – entspräche und daher eine Gleichbehandlung der unterschiedlichen Medien gerechtfertigt sei<sup>31</sup>. Das Beispiel zeigt, dass neue Verwertungstechniken nicht automatisch die Schöpfung neuer Urheberrechtsschranken erfordern und dass wegen der gleichbleibenden Verwertungsanliegen in den allermeisten Fällen eine Integration neuer Techniken in den bestehenden Schrankenkatalog erfolgen kann.

Einziger Nachteil der „kleinen Lösung“ ist mithin, dass vollkommen neuartige Verwertungsanliegen (beispielsweise die „Google Book Search“<sup>32</sup>) oder die Überlappung von Schutzrechten weiterhin nicht vom Schrankenkatalog des Urheberrechtsgesetzes erfasst werden<sup>33</sup>. Auf die Spatzen dieser eher rar gesäten Fälle muss allerdings nicht gleich mit der Kanone einer (großen) Schrankengeneralklausel geschossen werden<sup>34</sup>. Das Problem ließe sich vielmehr dadurch in den Griff bekommen, dass man eine Schrankengeneralklausel zusätzlich *neben* den bestehenden Schranken etabliert. Regelungstechnisch ist hierbei ein eigenständiger Auffangtatbestand der Normierung von Regelbeispielen vorzuziehen. Hierdurch würde nicht nur die Komplexität der Regelung reduziert, sondern auch der Tatsache Rechnung getragen, dass die konkreten Schranken des Urheberrechts-

---

<sup>30</sup> *Poepfel*, Neuordnung, S. 507 f.

<sup>31</sup> Ausführlich zum Filmzitat oben S. 100 f.

<sup>32</sup> *Poepfel*, Neuordnung, S. 508 erwähnt in diesem Zusammenhang die vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen nach §§ 44a UrhG.

<sup>33</sup> Dies verkennt *Poepfel*, Neuordnung, S. 509, der davon ausgeht, dass der Rückgriff auf eine ergänzende Schrankengeneralklausel wegen des *lex specialis*-Grundsatzes regelmäßig unzulässig wäre; *Poepfel* geht unter anderen aus diesem Grund davon aus, dass eine Schrankengeneralklausel weder als Ersatz des bestehenden Schrankenkataloges noch zu dessen Ergänzung eingeführt werden sollte.

<sup>34</sup> So aber offenbar *Niiranen*, CRi 2006, 65, 69 am Beispiel der „Google Book Search“.

gesetzes nach wie vor im Vordergrund stehen und nur für seltene Ausnahmefälle eine Generalklausel als Auffangtatbestand existiert. Diese Kombination von „kleiner Lösung“ und Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand lässt eine mit einer großen Schrankengeneralklausel vergleichbare Flexibilität erwarten und vermeidet zugleich das Problem der fehlenden Rechtssicherheit.

Kritiker einer Flexibilisierung des deutschen Schrankenataloges mögen nun einwenden, durch die Öffnung der Schranken sei eine zu starke Ausdehnung von Nutzungsprivilegien und mithin eine Schwächung der Urheber- (und Verwerter-) interessen zu befürchten. Dieser Kritik kann entgegengehalten werden, dass trotz Normtextänderung der auf den Urheber bezogene Charakter des deutschen Rechts erhalten bleibt. *Kapitel 4* dieser Untersuchung hat gezeigt, dass das deutsche Urheberrecht im Allgemeinen und die Handhabung der Urheberrechtsschranken im Besonderen nach wie vor tief in den Vorstellungen der monistischen Theorie und in den Vorgaben des Grundgesetzes verankert sind. Die Umgestaltung der Urheberrechtsschranken ändert daran nichts. Auch bei der hier vorgeschlagenen „kleinen Lösung“ in Verbindung mit einem Auffangtatbestand bleibt die Position des Urhebers nach wie vor die Regel und die Einschränkung des Ausschließlichkeitsrechts die Ausnahme. Es ist daher zu erwarten, dass die Gerichte trotz einer Öffnung der Urheberrechtsschranken weiterhin verantwortungsvoll mit den Schranken des Urheberrechtsgesetzes umgehen und ihren neu gewonnenen Freiraum bei der Anpassung der Urheberrechtsschranken nicht missbrauchen werden.

## Zusammenfassung der Untersuchung in Thesen

### *Kapitel 1: Die Fair Use-Doktrin des US-amerikanischen Urheberrechts*

1. Bei der Fair Use-Doktrin handelt es sich um eine von den US-amerikanischen Gerichten seit der Entscheidung *Folsom v. Marsh* (1841) entwickelte richterrechtliche Einschränkung des gesetzlichen Urheberrechts. Mit dem 1976 Copyright Act hat die Fair Use-Doktrin eine Kodifizierung erfahren und ist nunmehr in 17 U.S.C. § 107 normiert. Die gesetzliche Fixierung der Doktrin orientiert sich an den richterrechtlich entwickelten Grundsätzen, knüpft unmittelbar an der bestehenden (ungeschriebenen) Rechtslage an und lässt den Gerichten einen deutlichen Spielraum zur Weiterentwicklung der Doktrin. Der hybride Charakter der Doktrin als Rechtsinstitut zwischen *common law* und *statutory law* spiegelt sich in der für US-amerikanische Gesetze unüblichen generalklauselartigen Formulierung wider.

2. Für die Fair Use-Doktrin existiert keine umfassende subsumtionsfähige Definition. Im Zentrum der Fair Use-Analyse stehen stattdessen die Fair Use-Faktoren. Als unverbindliche Auslegungshilfen können daneben die sogenannten *Fair Use Guidelines* relevant werden.

3. Die Fair Use-Doktrin wird nicht mit Hilfe von Fallgruppen konkretisiert. Stattdessen betonen die US-amerikanischen Gerichte das Erfordernis einer case by case-Analyse. Die Handhabung der Fair Use-Doktrin unterscheidet sich damit grundlegend von der Behandlung von Generalklauseln durch die deutschen Gerichte. Für die Betrachtung potentieller Fair Use-Konstellationen im US-amerikanischen Recht hat dies zur Folge, dass die tatbestandliche Einordnung einer Handlung als typischerweise (un-) zulässige Nutzung nur wenig über den Ausgang der Fair Use-Analyse aussagt und nicht von einer detaillierten Prüfung der Fair Use-Faktoren entbindet.

4. Terminologisch sollte von einer Übersetzung des Begriffes „Fair Use“ mit „freier Benutzung“ abgesehen werden. Eine solche Gleichstellung der US-amerikanischen Schrankengeneralklausel mit § 24 UrhG suggeriert eine in Wirklichkeit nicht feststellbare Vergleichbarkeit der beiden Rechtsinstitute. Stattdessen empfiehlt es sich, die Originalform „Fair Use“ entweder ganz oder teilweise („faire Benutzung“) beizubehalten.

5. Im Rahmen des ersten Fair Use-Faktors („purpose and character of the use“) spricht es zunächst für die Zulässigkeit einer Handlung, wenn ei-

ne der in der Präambel zu 17 U.S.C. §107 ausdrücklich genannten Nutzungszwecke („criticism, comment, news reporting, teaching [...], scholarship, or research“) vorliegt. Dreh- und Angelpunkt des ersten Faktors stellt schließlich die Frage nach der Transformativität der Nutzung dar. Darüber hinaus wird untersucht, ob der Nutzer das Werk zu kommerziellen Zwecken benutzt hat. Diesem Aspekt kommt allerdings unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung keine allzu große Bedeutung innerhalb der Fair Use-Analyse zu.

6. Bei der Untersuchung des zweiten Fair Use-Faktors („nature of the copyrighted work“) wird in Anlehnung an die *idea/expression*-Dichotomie zunächst die Frage nach der Einordnung der übernommenen Werkelemente gestellt. Hat der Nutzer im Schwerpunkt faktische Werkelemente verwendet, so spricht dies für die Zulässigkeit der Benutzung. Darüber hinaus tendiert es im Rahmen des zweiten Faktors stark (aber nicht zwingend) gegen Fair Use, wenn ein unveröffentlichtes Werk verwendet wurde. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Rechtsinhaber am benutzten Werk die Absicht hatte, dies in näherer Zukunft selbst zu veröffentlichen.

7. Die Analyse zum dritten Faktor („amount and substantiality of the portion used“) fragt zunächst nach dem quantitativen Umfang der Übernahme. Je mehr der Nutzer vom Originalwerk übernimmt, desto weniger kann er sich im Grundsatz auf Fair Use berufen. Daneben ist der qualitative Umfang der Übernahme zu berücksichtigen. Insbesondere wenn der Nutzer die inhaltlich wichtigsten Teile („heart of the book“) des Originalwerkes übernimmt, spricht dies gegen Fair Use.

8. Im Rahmen des vierten Faktors („effect of the use upon the potential market“) wird zunächst die Frage aufgeworfen, ob der Markt oder der Wert des Originalwerkes tatsächlich beeinträchtigt werden. Hierbei sind nur diejenigen Schäden zu berücksichtigen, die sich aus der Übernahme geschützter Werkelemente ergeben. Lässt sich (was häufig der Fall ist) keine tatsächliche Beeinträchtigung feststellen, so können auch die Auswirkungen der Benutzung auf einem potentiellen Markt berücksichtigt werden. Als solcher kommt dabei insbesondere der Markt für die Lizenzierung des Originalwerkes in Betracht, sofern eine entsprechende Lizenzerteilung üblich ist.

9. Innerhalb der Fair Use-Faktoren existiert keine eindeutige Rangfolge. Rechtsprechung und rechtswissenschaftliche Literatur betonen allerdings in der Regel entweder den ersten oder den vierten Fair Use-Faktor. Das gemeinsame Leitmotiv der Fair Use-Faktoren – wirtschaftliche Erwägungen – führt zudem zu einer häufigen Überlappung der einzelnen Faktoren.

*Kapitel 2: Der Schrankenatalog des Urheberrechtsgesetzes*

10. Im deutschen Recht der enumerativen Schranken unterscheidet sich die Rechtsgewährung regelungstechnisch stark von der Rechtseinschränkung. Sowohl die vom Urheberrechtsgesetz erfassten Werkkategorien als auch die mit dem Urheberrecht verbundenen Ausschließlichkeitsrechte werden im deutschen Urheberrechtsgesetz regelungsoffen umschrieben. Die in den §§ 44a ff. UrhG enthaltenen Schrankenvorschriften stellen dagegen einen abschließenden Katalog von Einzelausnahmen dar.

11. Die Schrankenvorschriften des Urheberrechtsgesetzes enthalten stets einschränkende Tatbestandsmerkmale und gelten damit immer nur für einen abgegrenzten Bereich von Nutzungshandlungen. Die Urheberrechtsschranken unterscheiden sich darüber hinaus in ihrer Rechtsfolge. Nicht alle Schrankenvorschriften führen dabei zu einer ersatzlosen Aufhebung des betroffenen Ausschließlichkeitsrechts. In vielen Fällen ist stattdessen eine Kompensation des Rechtsinhabers – meist in der Form einer *gesetzlichen Lizenz* – vorgesehen.

12. Weder aus dem Institut des übergesetzlichen Notstandes noch unmittelbar aus den Grundrechten können sich Urheberrechtsschranken ergeben. In Betracht kommen Schranken außerhalb des Urheberrechtsgesetzes jedoch auf Grundlage der allgemeinen zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe, im Falle der Überlappung von Schutzrechten oder beim kartellrechtlichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Der Anwendungsbereich solcher externer Schranken ist allerdings stark begrenzt. Für die Übertragung zivilrechtlicher Rechtfertigungsgründe lassen sich kaum Sachverhalte finden, die Anwendung markenrechtlicher Schranken setzt eine tatsächliche Überlappung von Schutzrechten voraus und eine kartellrechtliche Zwangslizenz erfordert eine durch das Urheberrecht vermittelte marktbeherrschende Stellung. Externe Schranken sind daher in der Urheberrechtsrealität eher eine Randerscheinung.

13. Die in § 51 UrhG normierte Zitierfreiheit stellt in ihrer noch geltenden Fassung einen Musterfall für eine kasuistische Schranke dar. Als Schranke zur Förderung der geistigen Auseinandersetzung zerlegt die Vorschrift das Zitatrecht in drei abschließende Zitatkategorien. Der Einordnung einer Nutzungshandlung in diese Kategorien kommt bei der urheberrechtlichen Beurteilung eine große Bedeutung zu. Die durch ein Zitat verursachten wirtschaftlichen Folgen spielen dagegen unter dem Stichwort der *Substitutionskonkurrenz* lediglich als einschränkendes Korrektiv eine Rolle.

14. Der Vergleich der Zitierfreiheit mit der Fair Use-Doktrin zeigt einige Gemeinsamkeiten aber auch deutliche Unterschiede. Deutsches und US-amerikanisches Recht ähneln sich insoweit, als beide Rechtsinstitute Nutzungen bevorzugen, bei denen das benutzte Werk nicht um seiner selbst

willen wiedergegeben wird. Ein deutlicher Unterschied besteht allerdings in der Berücksichtigung der (wirtschaftlichen) Folgen einer Nutzungshandlung. Während derartige Erwägungen ein grundlegendes Leitmotiv der Fair Use-Doktrin darstellen, spielen wirtschaftliche Auswirkungen im Rahmen der Zitierfreiheit nur eine untergeordnete Rolle.

15. Die deutsche Rechtsprechung legt die Schranken des Urheberrechtsgesetzes traditionell eng aus und lässt grundsätzlich keine Analogieschlüsse zu bestehenden Schranken zu. Begründet wird dies unter anderem mit dem formalen Regel-Ausnahme-Verhältnis, dem Beteiligungsgrund und den völker- und europarechtlichen Vorgaben. Während der von der Rechtsprechung vorgebrachte formale Verweis auf die systematische Stellung der Urheberrechtsschranken als Ausnahmen nicht überzeugt, erweisen sich die übrigen Argumente gegen eine extensive Handhabung (insbesondere der Verweis auf den Dreistufentest) als deutlich stichhaltiger.

16. Nur in wenigen, wohl begründeten Fällen ist die Rechtsprechung vom Grundsatz der restriktiven Handhabung abgewichen und hat eine ausnahmsweise extensive Anwendung der Urheberrechtsschranken zugelassen. Als Leitmotiv für die Abkehr von der traditionellen Handhabung der Schranken lässt sich hierbei die grundrechtliche Position des Nutzers und die dadurch gebotene verfassungskonforme Auslegung des bestehenden Rechts feststellen. Obwohl sich die Argumentation der Gerichte zu einem gewissen Grad verallgemeinern lässt, stellt die Entwicklung der Rechtsprechung (noch) keine Abkehr vom Grundsatz der restriktiven Handhabung dar. Im Vordergrund steht nach wie vor der eng zu interpretierende Wortlaut der Norm, der durch verfassungsrechtliche Erwägungen nur im Einzelfall ergänzt wird.

17. Die Handhabung der deutschen Urheberrechtsschranken unterscheidet sich damit trotz einiger Parallelen im Ergebnis fundamental von der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin. Letztere kann sehr flexibel und mit vergleichsweise geringem Argumentationsaufwand auch auf völlig neuartig gelagerte Sachverhalte übertragen werden. Ein aktuelles Beispiel hierfür ist die „Google Book Search“, für die das deutsche Recht (selbst bei extensiver Auslegung) keine Schranke zur Verfügung stellt, während die US-amerikanische Fair Use-Doktrin grundsätzlich auf die „Google Book Search“ angewendet werden könnte.

### *Kapitel 3: Fair Use als zweckrationale Begrenzung des einfachgesetzlichen US-Urheberrechts*

18. Naturrechtliche Urheberrechtstheorien spielen lediglich in der Frühphase des US-amerikanischen Urheberrechts eine Rolle und haben seit Erlass des 1790 Copyright Act und der Entscheidung *Wheaton v. Peters* stark an Bedeutung verloren.

19. Leitgedanke für die heutige Rechtfertigung des US-amerikanischen Urheberrechts sind ökonomische Erwägungen. Urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrechte werden hierbei als notwendiges Übel angesehen, durch das ein Versagen auf dem Markt für kreative Werkschöpfungen verhindert wird. Diese *incentive theory* spiegelt sich auch in der *intellectual property clause* der US-amerikanischen Bundesverfassung wider.

20. Der sukzessive Abbau charakteristischer Elemente des US-amerikanischen Urheberrechts, die teilweise Unvereinbarkeit des Anreizgedankens mit der Realität kreativen Schaffens sowie die Entscheidung des US Supreme Court in *Eldred v. Ashcroft* führen zu einer Legitimationskrise der *incentive theory*. Die klassische Begründung des US-amerikanischen Urheberrechts wird hierdurch zwar zum Teil falsifiziert, dennoch prägen ökonomisch-utilitaristische Erwägungen das Urheberrecht der Vereinigten Staaten nach wie vor als typologisches Leitbild.

21. Die US-amerikanische Urheberrechtstheorie hat große Bedeutung für die Begründung und Auslegung der Fair Use-Doktrin. 17 U.S.C. § 107 greift immer dann ein, wenn prohibitive Transaktionskosten den Erwerb einer Lizenz durch die Nutzer verhindern. Mit Hilfe der Fair-Use Doktrin wird damit (wie mit dem Urheberrecht selbst) einem Marktversagen begegnet. Darüber hinaus wird die Fair Use-Doktrin in Anlehnung an die *intellectual property clause* der US-amerikanischen Bundesverfassung als Instrument zur Förderung von Wissenschaft und Kunst verstanden.

22. Die Verankerung in der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie kann zur Erklärung mehrerer Besonderheiten der Fair Use-Doktrin herangezogen werden. Die in *Kapitel 1* als dominierendes Leitmotiv herausgearbeitete Marktperspektive der Doktrin fügt sich nahtlos in die ökonomisch-utilitaristische Begründung des US-amerikanischen Urheberrechts und seiner Schranken ein. Auch die flexible Handhabung der Doktrin lässt sich mit Blick auf die *incentive theory* erklären. Aus der Perspektive der US-amerikanischen Urheberrechtstheorie stellt die Gemeinfreiheit die Regel und die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten die (begründungsbedürftige) Ausnahme dar. Die Fair Use-Doktrin ist mithin die Ausnahme zur Ausnahme und stellt partiell den Regelfall der Gemeinfreiheit wieder her.

*Kapitel 4: Die Schranken des Urheberrechtsgesetzes als Ausnahmen zum verfassungsrechtlich gewährleisteten monistischen Urheberrecht*

23. Zur Begründung des deutschen Urheberrechts hat sich heute die Lehre vom Immaterialgüterrecht in ihrer monistischen Ausprägung durchgesetzt. Primäre Aufgabe des Urheberrechts ist es danach nicht, staatliche Anreize zur Investition zu schaffen, sondern die (untrennbar verbundenen) vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Aspekte des Schöpfungsvorganges anzuerkennen und zu normieren.

24. Die Position des Schöpfers als Gravitationszentrum des deutschen Urheberrechts zeigt sich darüber hinaus im grundrechtlichen Schutz des Urhebers. Besondere Bedeutung erlangt hier Art. 14 GG, der den vermögensrechtlichen Teil des Urheberrechts als verfassungsrechtliches Eigentum schützt. Daneben kann bei kreativer Tätigkeit der Schutzbereich des allgemeinen (verfassungsrechtlichen) Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie der Kunst- oder Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) eröffnet sein.

25. Das Grundgesetz setzt der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit bei der Einführung von Urheberrechtsschranken Grenzen. Aus der Institutsgarantie des Eigentumsgrundrechts ergibt sich, dass ein Kernbestand urheberrechtlicher Vorschriften zwingend vorgesehen ist. Der Gesetzgeber ist durch die Institutsgarantie verpflichtet, überhaupt ein Urheberrecht einzuführen und dieses als Ausschließlichkeitsrecht auszugestalten. Für die Einführung von Urheberrechtsschranken macht die Institutsgarantie dem Gesetzgeber allerdings kaum konkrete Vorgaben und verhindert insbesondere auch nicht die Einführung flexiblerer Urheberrechtsschranken oder gar einer Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischem Vorbild.

26. Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Bei der Einführung von Urheberrechtsschranken muss die verfassungsrechtlich geschützte Position des Urhebers mit der Sozialpflichtigkeit des (geistigen) Eigentums und den Interessen der Allgemeinheit an freiem Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Je stärker hierbei durch eine Schrankenvorschrift in die grundrechtlich geschützten Interessen des Urhebers eingegriffen wird, desto bedeutender müssen die für die Zulässigkeit der Nutzung ins Feld geführten Allgemeinwohlbelange sein. Eine nicht nur zustimmungs-, sondern auch vergütungsfreie Nutzung lässt sich danach nur unter erschwerten Bedingungen begründen und erfordert ein gesteigertes öffentliches Interesse, das gerade auch an der Vergütungsfreiheit bestehen muss. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erfordert bei der Einführung neuer Urheberrechtsschranken daher im Regelfall eine Kompensation des Rechtsinhabers. Die Rechtsfolgendifferenzierung des deutschen Schrankenkataloges ist daher eine unmittelbare Folge der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

27. Der Handlungsspielraum des Urheberrechtsgesetzgebers bei der Einführung neuer Schranken wird ferner durch das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot beschränkt. Nach diesem für die Verfassungsordnung zentralen Grundsatz ist der Gesetzgeber angehalten, die Rechtslage hinreichend klar zu gestalten. Das Bestimmtheitsgebot lässt allerdings einen nicht unerheblichen Freiraum bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung

und bindet den deutschen Urheberrechtsgesetzgeber nicht an die jetzige enumerative Gestalt der Urheberrechtsschranken.

28. In der vergleichenden Analyse des deutschen und US-amerikanischen Rechts zeigt sich als erster Unterschied der durch das Verfassungsrecht eingeschränkte Handlungsspielraum des deutschen Urheberrechtsgesetzgebers. Während die US-amerikanische Verfassung dem Gesetzgeber praktisch keinerlei Vorgaben bei der Einführung von Urheberrechtsschranken macht, müssen in Deutschland die Vorgaben des Grundgesetzes beachtet und die Urheberrechtsschranken insbesondere verhältnismäßig ausgestaltet werden.

29. Auch im Verhältnis zwischen Urheberrechtsgewährung und -einschränkung lassen sich grundlegende Unterschiede ausmachen. Anders als im US-amerikanischen Recht kann in Deutschland kein Argumentationstransfer von der Rechtsgewährung auf die Rechtseinschränkung erfolgen. Darüber hinaus führt die geistesgeschichtliche und verfassungsrechtliche Verwurzelung des deutschen Urheberrechts dazu, dass die ausschließliche Rechtsposition des Schöpfers als Regel und deren Einschränkung als Ausnahme angesehen werden muss. Vor dem Hintergrund dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses rechtfertigt sich auch die Zurückhaltung gegenüber einer teleologischen Extension der deutschen Urheberrechtsschranken.

30. Ein weiterer Unterschied zeigt sich in der Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts für die Auslegung der Urheberrechtsschranken. Ob und inwieweit eine solche Deutung im deutschen Recht erfolgen kann, hängt davon ab, inwieweit der auszulegenden Norm ein entsprechendes (Effizienz-) Programm zugrunde liegt. Bei manchen Vorschriften (z.B. § 69e UrhG) ist dies ganz offensichtlich der Fall. Bei den klassischen Schranken (etwa § 51 UrhG) ist dagegen davon auszugehen, dass sie zumindest nach den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht ökonomisch motiviert sind. Durch die Akzentverschiebung des deutschen Urheberrechts in Richtung eines Investitionsschutzrechts können jedoch auch hier (allerdings im Vergleich mit den USA in geringerem Umfang) ökonomische Erwägungen berücksichtigt werden.

#### *Kapitel 5: Dreistufentest und Schrankengeneralklausel*

31. Die bedeutendste völkerrechtliche Vorschrift für die Ausgestaltung der nationalen Schrankensysteme ist der sogenannte Dreistufentest. Dieses in Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 Abs. 1 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT normierte Institut stellt eine völkerrechtliche Schranken-Schranke dar, mit der eine Aushöhlung der konventionsrechtlich festgelegten Mindestrechte verhindert wird.

32. Im Hinblick auf die inhaltlichen Vorgaben des Dreistufentests stellt sich die Frage, ob die US-amerikanische Fair Use-Doktrin mit der ersten Stufe des Tests („gewisse/bestimmte Sonderfälle“) vereinbart werden kann. Das Merkmal des „Sonderfalles“ ist hierbei nicht quantitativ, sondern qualitativ zu verstehen und erfordert, dass die nationalen Urheberrechtsschranken einem bestimmten, gewichtigen (Allgemeinwohl-) Belang folgen. Bei den allermeisten von der Fair Use-Doktrin erfassten Fällen kann davon ausgegangen werden, dass diese qualitativen Anforderungen erfüllt sind.

33. Das zweite Merkmal der ersten Stufe („gewiss/bestimmt“) ist nicht als formales, sondern als materiell-inhaltliches Kriterium zu interpretieren. Erforderlich ist danach, dass die von den nationalen Schranken geregelten Nutzungssituationen aus Sicht der Nutzer voneinander unterscheid- und vorhersehbar sind. Vor dem Hintergrund der Einzelfallabhängigkeit der Fair Use-Doktrin bestehen hieran Zweifel. In Anlehnung an Art. 32 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge kann an dieser Stelle jedoch berücksichtigt werden, dass die Vertragsparteien bei dem Beitritt der Vereinigten Staaten zur Berner Union sowie bei Abschluss des WCT und WPPT allerdings offenbar davon ausgingen, dass die US-amerikanische Schrankengestaltung konventionsrechtlich nicht zu beanstanden sei.

#### *Kapitel 6: Auswirkungen der Informationsgesellschaftsrichtlinie auf die Ausgestaltung der nationalen Urheberrechtsschranken*

34. Die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft hat spürbare Auswirkungen auf die Ausgestaltung der nationalen Urheberrechtsschranken. Art. 5 Abs. 1 bis 4 der Richtlinie enthält einen abschließenden Katalog von (größtenteils fakultativen) Urheberrechtsschranken, die nach Art. 5 Abs. 5 zudem den Vorgaben des Dreistufentests unterworfen sind. Ähnlich wie in *Kapitel 5* stellt sich damit auch hier die (allerdings hypothetische) Frage, ob eine Schrankengeneralklausel nach US-amerikanischem Vorbild mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar wäre.

35. Art. 249 Abs. 3 EGV überlässt den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien die Wahl der Form und der Mittel. Die Transformation einer Richtlinie in mitgliedstaatliches Recht muss daher nicht zwingend wörtlich vorgenommen werden, sondern kann grundsätzlich auch in anderer Form erfolgen. Eine Grenze der mitgliedstaatlichen Freiheit besteht allerdings dort, wo die Umsetzung der Richtlinie der praktischen Wirksamkeit des europäischen Rechts (*effet utile*) entgegensteht. Die Frage, inwieweit eine Richtlinie im Wege der Generalklausel umgesetzt werden kann, lässt sich hierbei nicht abstrakt, sondern nur in Zusammenschau von Richtlinieninhalt und nationaler Auslegungspraxis beurteilen.

36. Die nationale Auslegungspraxis stünde jedenfalls in Deutschland einer Schrankengeneralklausel nicht entgegen. Die Handhabung einer solchen Vorschrift durch die deutschen Gerichte würde aller Wahrscheinlichkeit nach von der heute bestehenden Rechtslage ausgehen und nur unter Berücksichtigung der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung weiterentwickelt.

37. Allerdings stünde der Inhalt der Richtlinie einer Schrankengeneralklausel entgegen. Zum einen werden durch Art. 5 der Richtlinie konkrete Nutzungsbefugnisse umschrieben, die bei einer Generalklausel vom Rechtsanwender nicht mehr eindeutig einsehbar wären. Zum anderen fixiert die Richtlinie die bestehenden nationalen Schranken und will damit eine weitere Diversifikation der nationalen Urheberrechtsordnungen verhindern. Eben dies wäre jedoch der Fall, wenn ein Mitgliedstaat statt der heute in Europa vorherrschenden enumerativen Schranken eine Generalklausel nach US-amerikanischem Vorbild einführt.

*Kapitel 7: Flexibilisierung der Urheberrechtsschranken de lege ferenda*

38. Die Schranken des Urheberrechtsgesetzes sind in ihrer heutigen Form nicht mehr zeitgemäß. Die abschließende kasuistische Fassung und die Verwendung technologiespezifischer Begriffe führt dazu, dass neue Entwicklungen und Geschäftsmodelle von den Schranken nur unzureichend erfasst werden. Beispiele hierfür sind die „Google Book Search“ sowie die Überlappung von Schutzrechten. Da sich die traditionelle Handhabung des bestehenden Rechts unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen und geistesgeschichtlichen Regel-Ausnahme-Verhältnisses als tragfähiger und berechtigter Grundsatz erweist, ist legislatives Handeln erforderlich. Der Gesetzgeber sollte sich hierbei nicht für die „Opt-In“-Lösung neuer konkreter Schranken, sondern für eine Flexibilisierung des Normtextes entscheiden.

39. Die erste Rechtsetzungsvariante einer solchen Flexibilisierung könnte darin bestehen, den gesamten bestehenden Schrankenkatalog oder große Teile hiervon durch eine Schrankengeneralklausel zu ersetzen. Eine solche „große Lösung“ könnte sich entweder an der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin oder am Dreistufentest orientieren, erforderte aber zugleich die (eher unwahrscheinliche) Änderung der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft. Zudem müsste sichergestellt sein, dass die „große Lösung“ den verfassungsrechtlichen Vorgaben und insbesondere der durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip geforderten Rechtsfolgendifferenzierung entspricht.

40. Daneben wäre auch eine partiellen Öffnung der bestehenden Urheberrechtsschranken („kleine Lösung“) denkbar. Diesen Weg hat der Ge-

setzgeber beim „zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform für die Neugestaltung der Zitierfreiheit (§ 51 UrhG n.F.) eingeschlagen.

41. Als dritte – und mit der partiellen Öffnung der Urheberrechtsschranken kombinierbare – Möglichkeit könnte schließlich eine Generalklausel in den bestehenden enumerativen Schranken katalog integriert werden. Regelungstechnisch wäre hierzu entweder ein eigenständiger Auffangtatbestand oder die Abstufung der bisherigen Schranken zu Regelbeispielen denkbar. Eine solche ergänzende Generalklausel wäre auch – anders als die „große Lösung“ – mit den Vorgaben des Europarechts vereinbar.

42. Der Ersatz des gesamten Schranken kataloges oder großer Teile davon durch eine Schrankengeneralklausel schießt über das mit einer Neuregelung verfolgte Ziel der Flexibilisierung hinaus und erweist sich aufgrund der fehlenden Rechtssicherheit als rechtspolitisch nicht opportun. Zu befürworten ist stattdessen die partielle Öffnung einzelner Schranken, mit der die Probleme einer großen Generalklausel vermieden und zugleich eine annähernde Flexibilisierung herbeigeführt werden kann. Für die nach wie vor bestehenden und auch bei partieller Öffnung der einzelnen Schranken nicht erfassten Fälle bietet sich zusätzlich die Einführung eines Auffangtatbestandes an. Eine zu starke Ausdehnung der Nutzungsprivilegien ist hierbei nicht zu erwarten. Stattdessen ist davon auszugehen, dass die Gerichte den Auffangtatbestand restriktiv handhaben und ihren neu gewonnenen Freiraum nicht missbrauchen werden.

## Literaturverzeichnis

- Abrams, Howard A.*: The Historic Foundation of American Copyright Law: Exploding the Myth of Common Law Copyright, 29 Wayne L. Rev. (1983), 1119–1191
- Ahrens, Hans-Jürgen*: Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums? GRUR 2006, 617–624
- Alexy, Robert*: Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. Frankfurt a.M. 1991
- American Law Institute (Hg.)*: Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States. Vol. 1 (§§ 1–488), St. Paul 1986
- Ames, E. Kenly*: Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation, 93 Colum. L. Rev. (1993), 1473–1526
- Ann, Christoph*: Die idealistische Wurzel des Schutzes geistiger Leistungen, GRUR Int. 2004, 597–603
- Assmann, Heinz-Dieter/Bungert, Hartwin (Hg.)*: Handbuch des US-amerikanischen Handels- Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, Bd. 1, München 2001
- Badura, Peter*: Der Eigentumsschutz des Urhebers und die Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke für Zwecke der Ausbildung und der Wissenschaft, Neuwied 1982
- : Zur Lehre von der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie des Eigentums, betrachtet am Beispiel des „geistigen Eigentums“, FuR [ZUM] 1984, 552–560
- : Privatnützigkeit und Sozialbindung des geistigen Eigentums, in: Klippel, Diethelm/Ohly, Ansgar (Hg.): Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 45–60
- Bainbridge, David I.*: Intellectual Property, 5. Aufl. Harlow [u.a.] 2002
- Ball, Horace G.*: The Law of Copyright and Literary Property, Albany [u.a.] 1944.
- Bauer, Klaus-Albert*: Urteilsanmerkung [*Universal City Studios v. Sony Corporation of America*, 659 F.2d 963 (9<sup>th</sup> Cir., 1981)], GRUR Int. 1982, 405–407
- : Videoaufzeichnungen von Fernsehsendungen in den USA. Zur Entscheidung des Supreme Court vom 17. Januar 1984 in Sachen Sony v. Universal, GRUR Int. 1984, 395–401
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang*: Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. München 2001
- Baumgarten, Jon A./Meyer, Christoph A.*: Die Bedeutung des Beitritts der USA zur Berner Übereinkunft, GRUR Int. 1989, 620–627
- Bayreuther, Frank*: Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, ZUM 2001, 828–839
- Beater, Axel*: Generalklauseln und Fallgruppen, AcP 194 (1994), 82–89
- : Informationen zwischen Gemeinfreiheit, Ausschlussrechten, Wettbewerb und Zitat, UFITA 2005/II, 339–374
- Bechtold, Stefan*: Vom Urheber- zum Informationsrecht. Implikationen des Digital Rights Management, München 2002
- Becker, Bernhard v.*: Zitat und Kunstfreiheit. Das „Brecht-Zitate“-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ZUM 2000, 864–866

- : Parodiefreiheit und Güterabwägung – Das „Gies-Adler“-Urteil des BGH, GRUR 2004, 104–109
- : Rechtsfragen der Satire, GRUR 2004, 908–913
- Beldiman, Dana*: The Role of Copyright Limiting Doctrines in the Digital Age – Can their Vigor be Restored?, in: Hilty, Reto M./Peukert, Alexander (Hg.): Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 187–206
- Bell, Tom W.*: Fair Use vs. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine, 76 N.C. L. Rev. (1998), 557–619
- Benedict, Michael Les*: Historians and the Continuing Controversy over Fair Use of Unpublished Works, 91 Am. Hist. Rev. (1986), 859–881
- Bently, Lionel/Sherman, Brad*: Intellectual Property Law, 2. Aufl. Oxford 2004
- Bensinger, Viola*: Sui-generis Schutz für Datenbanken. Die EG-Datenbankrichtlinie vor dem Hintergrund des nordischen Rechts, München 1999
- Berger, Christian*: Elektronische Pressespiegel und Informationsrichtlinie, CR 2004, 360–366
- Blumenwitz, Dieter*: Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 6. Aufl. München 1998
- Bluntschli, Johann Caspar*: Deutsches Privatrecht, 1. Band, München 1853
- Bornkamm, Joachim*: Ungeschriebene Schranken des Urheberrechts? Anmerkungen zum Rechtsstreit Botho Strauß/Theater Heute, FS Piper, 1996, 641–653
- : Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung. Karriere eines Begriffs, FS Erdmann, 2002, 29–48
- Boyle, James*: The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain, 66 Law & Contemp. Probs. (2003), 33–74
- Boytha, György*: The Justification of the Protection of Authors' Rights as Reflected in their Historical Development, RIDA 153 (1992), 53–101
- Brauns, Christian*: Die Entlehnungsfreiheit im Urheberrechtsgesetz, Baden-Baden 2001
- Breyer, Stephen*: The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs, 84 Harv. L. Rev. (1970), 281–351
- : Copyright: A Rejoinder, 20 UCLA L. Rev. (1972), 75–83
- Brown, Hank/Miller, David*: Copyright Term Extension: Sapping American Creativity, 44 J. Cop. Soc'y USA (1996), 94–102
- Bryce, Shauna C.*: Recent Development: Life Plus Seventy: The Extension of Copyright Terms in the European Union and Proposed Legislation in the United States, 37 Harv. Int'l L.J. (1996), 525–550
- Buck, Petra*: Geistiges Eigentum und Völkerrecht. Beiträge des Völkerrechts zur Fortentwicklung des Schutzes von geistigen Leistungen, Berlin 1994
- Bugbee, Bruce W.*: Genesis of American Patent and Copyright Law, Washington, D.C. 1967
- Bunker, Matthew D.*: Eroding Fair Use: The „Transformative“ Use Doctrine after Campbell, 7 Comm. L. & Policy (2002), 1–24
- Burnham, William*: Introduction to the Law and Legal System of the United States, 3. Aufl. St. Paul 2002
- Burrell, Robert/Coleman, Allison*: Copyright Exceptions: The Digital Impact, Cambridge 2005
- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. Wien [u.a.] 1991
- Callandrillo, Steve P.*: An Economic Analysis of Intellectual Property Rights: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-run Reward System, 9 Fordh. Intell. Prop. Media & Ent. L.J. (1998), 301–360

- Canaris, Claus-Wilhelm*: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201–246  
–: Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161–172  
–: Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377–391
- Cepl, Philipp*: Die mittelbare Urheberrechtsverletzung, Berlin 2005
- Chafee, Zechariah Jr.*: Reflections on the Law of Copyright, 45 Colum. L. Rev. (1945), 503–529
- Cohen, Julie E./Loren Lydia Pallas/Okediji, Ruth Gana/O'Rourke Maureen A.*: Copyright in a Global Information Economy, New York [u.a.] 2002
- Cohen, Saul*: Fair Use in the Law of Copyright, 6 ASCAP Cop. L. Symp. (1955), 43–73
- Cohen Jehoram, Herman*: Kritische Überlegungen zur wirtschaftlichen Bedeutung des Urheberrechts, GRUR Int. 1989, 23–29  
–: Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int. 2001, 807–810  
–: The Evolution of Copyright Restrictions, FS Schrickler, 2005, 249–259
- Conde Gallego, Beatriz*: Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots auf „unerlässliche“ Immaterialgüterrechte im Lichte der *IMS-Health* und *Standard-Spundfass*-Urteile, GRUR Int. 2006, 16–28
- Cooper, Thomas Mackay*: The Common and the Civil Law – a Scot's View, 63 Harv. L. Rev. (1950), 468–475
- Cornish, William R.*: Das „Statute of Anne“ (8 Anne c. 19), in: Wadle, Elmar (Hg.): Historische Studien zum Urheberrecht in Europa, Berlin 1993, 57–65
- /Llewelyn, David*: Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights, 5. Aufl. London 2003
- Crawford, Francine*: Pre-Constitutional Copyright Statutes, 23 B. Cop. Soc'y USA (1975), 11–37
- Crews, Kenneth D.*: Copyright, Fair Use, and the Challenge for Universities. Promoting the Progress of Higher Education, Chicago [u.a.] 1993  
–: The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines, 62 Ohio St. L.J. (2001), 599–702  
–: Copyright Duration and the Progressive Degeneration of a Constitutional Doctrine, 55 Syracuse L. Rev. (2005), 189–250  
–: Copyright Law for Librarians and Educators. Creative Strategies and Practical Solutions, 2. Aufl. Chicago 2006
- Cross Rupert/Harris, James W.*: Precedent in English Law, 4. Aufl. Oxford 1991
- Czychowski, Christian*: Karlsruhe locuta, causa finita: Elektronische Pressespiegel nunmehr erlaubt?!, NJW 2003, 118–120
- Däubler-Gmelin, Herta*: Urheberrechtspolitik in der 14. Legislaturperiode – Ausgangspunkt und Zielsetzung, ZUM 1999, 265–273
- Daum, Shiloh*: Eldred v. Ashcroft: International Influences and the Outer Limits of the Copyright Clause, 29 N.C.J. Int'l L. & Com. Reg. (2003), 129–156
- David, Lucas*: Die Bindung des Richters an das Präjudiz im englischen Recht, Winterthur 1962
- Davies, Gillian*: The Convergence of Copyright and Authors' Rights – Reality or Chimera?, IIC 1995, 964–989  
–: Copyright and the Public Interest, 2. Aufl. London 2002
- Deazley, Ronan*: Re-Reading Donaldson (1774) in the Twenty-First Century and Why it Matters, EIPR 2003, 270–279
- Degenhart, Christoph*: Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 22. Aufl. Heidelberg 2006

- Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften über Urheberrecht und die Technologische Herausforderung, GRUR 1989, 183.
- Diederichsen, Uwe*: Die Rangverhältnisse zwischen den Grundrechten und dem Privatrecht, in: Starck, Christian (Hg.): Rangordnung der Gesetze, Göttingen 1995, 39–97
- Diemar, Undine v.*: Die digitale Kopie zum privaten Gebrauch, Münster [u.a.] 2002
- Dieselhorst, Jochen*: Das Ende des „amorales“ Copyrights? Der Visual Artists Rights Act der USA von 1990, GRUR Int. 1992, 902–910
- : Was bringt das Urheberpersönlichkeitsrecht? Urheberpersönlichkeitsschutz im Vergleich: Deutschland – USA, Frankfurt a.M. [u.a.] 1995
- : Urteilsanmerkung [OLG Hamburg, Urteil vom 6.4.2000 – 3 U 211/99], K&R 2000, 511–512
- Dietz, Adolf*: Entwickelt sich das Urheberrecht zu einem gewerblichen Schutzrecht?, in: Gedächtnisschrift Schönherr, 1986, 111–119
- : Urheberrecht im Wandel. Paradigmenwechsel im Urheberrecht, in: Dittrich, Robert (Hg.): Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wien 1988, 202–213
- : Die USA und das „droit moral“: Idiosynkrasie oder Annäherung? Anmerkung zu einem Problemverhältnis anlässlich des Beitritts der Vereinigten Staaten zur Berner Konvention, GRUR Int. 1989, 627–634
- : Germany [Länderbericht], in: Baulch, Libby/Green, Michael/Wyburn, Mary (Hg.): The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions, Sydney 1999, 265–277
- : Verfassungsklauseln und Quasi-Verfassungsklauseln zur Rechtfertigung des Urheberrechts – gestern, heute und morgen, GRUR Int. 2006, 1–9
- Dölemeyer, Barbara/Klippel, Diethelm*: Der Beitrag der deutschen Rechtswissenschaft zur Theorie des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, FS 100 Jahre GRUR, 1991, 185–237
- Dörmer, Sigrid*: Streitbeilegung und neue Entwicklungen von TRIPS: Eine Zwischenbilanz nach vier Jahren, GRUR Int. 1998, 919–934
- Dornis, Tim*: U.S. Supreme Court entscheidet über „Mickey Mouse Protection Act“, ZUM 2003, 517–520
- Dreier, Horst (Hg.)*: Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. Tübingen 2004; Bd. 2, 2. Aufl. Tübingen 2006
- Dreier, Thomas K.*: Authorship and New Technologies from the Viewpoint of Civil Law Traditions, IIC 1995, 989–999
- : Schrankenbestimmungen, in: Schricker, Gerhard (Hg.): Urheberrecht auf dem Weg zur Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1997, 139–180
- : Urheberrecht an der Schwelle des 3. Jahrtausends, CR 2000, 45–49
- : Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 27–43
- : Urteilsanmerkung [BGH JZ 2003, 473], JZ 2003, 477–480
- : Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights, in: Dreyfuss, Rochelle Cooper/Zimmerman, Diana Leenheer/First, Harry (Hg.): Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Innovation Policy for the Knowledge Society, Oxford u.a. 2001, 295–316
- : Creative Commons, Science Commons – Ein Paradigmenwechsel im Urheberrecht? FS Schricker, 2005, S. 283–298
- /Hugenholtz, Bernd (Hg.): Concise European Copyright Law, Alphen aan den Rijn 2006
- /Schulze, Gernot: Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. München 2006

- Dreyer, Gunda/Meckel, Astrid/Kotthoff, Jost*: Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, Heidelberg 2004
- Druey, Jean Nicolas*: Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995
- Eidenmüller, Horst*: Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 3. Aufl. Tübingen 2005
- Ekey, Friedrich/Klippel, Diethelm/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Plaß, Gunda*: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 1. Aufl. Heidelberg 2000
- Ekrutt, Joachim W.*: Vergütungspflicht für Pressespiegel – Zur Auslegung und Konsequenz des § 49 UrhG, GRUR 1975, 358–364
- Ellins, Julia*: Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft. Von den Anfängen bis ins Informationszeitalter, Berlin 1997
- Elliot, Jonathan (Hg.)*: Debates on the Adoption of the Federal Constitution in the Convention held at Philadelphia in 1787; with a Diary of the Debates of the Congress of the Confederation; as reported by James Madison, Philadelphia 1863
- Elster, Alexander*: Der Schutz des Geisteswerkes als Ausgleich zwischen Urheber und Allgemeinheit, UFITA 4 (1931), 215–257
- : Die Rechtspersönlichkeit des Urhebers und ihr Recht in der Volksgemeinschaft, GRUR 1940, 404–411
- Emmerich, Volker*: Kartellrecht, 10. Aufl. München 2006
- Engisch, Karl*: Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl. Stuttgart [u.a.] 1997
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1 (Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte), 15. Aufl. Tübingen 1959
- Ethier, Wilfried J.*: Intellectual Property Rights and Dispute Settlement in the World Trade Organization, 7 J. Int. Ec. L. (2004), 449–457
- Farnsworth, Allan*: An Introduction to the Legal System of the United States, 2. Aufl. New York 1996
- Fechner, Frank*: Geistiges Eigentum und Verfassung, Tübingen 1999
- Fenning, Karl*: The Origin of the Patent and Copyright Clause of the Constitution, 17 Geo. L.J. (1929), 114–117
- Fichte, Johann Gottlieb*: Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks, Berlinische Monatsschrift 21 (1793), 443–483, Nachdruck in UFITA 106 (1987), 155–172.
- Ficsor, Mihály*: The Law of Copyright and the Internet, Oxford 2002
- Fikentscher, Wolfgang*: Methodenlehre des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 2 (Anglo-Amerikanischer Rechtskreis), Tübingen 1975
- Findeisen, Frank*: Die Auslegung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen, Baden-Baden 2005
- Fisher, William W. III.*: Reconstructing the Fair Use Doctrine, 101 Harv. L. Rev. (1988), 1659–1795
- Frazier, Kenneth*: What’s Wrong with Fair-Use Guidelines for the Academic Community?, 50 J. Am. Soc’y for Inf. Sci. (1999), 1320–1323
- Freid, Stephen*: Fair Use and the New Act, 22 N.Y.L. Sch. L. Rev. (1977), 497–519
- Freys, Alexander*: „Freie Benutzung“ der Memoiren eines US-Präsidenten, ZUM 1985, 500–503
- Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm*: Urheberrecht, 1. Aufl. Stuttgart [u.a.] 1966
- /Nordemann, Wilhelm/Vinck, Kai/Hertin, Paul W.: Urheberrecht, 9. Aufl. Stuttgart [u.a.] 1998
- Gamm, Otto-Friedrich Frhr. v.*: Urheberrechtsgesetz, München 1968
- Gampp, Markus*: Die Beurteilung von „Musik-Tauschbörsen“ im Internet nach US-amerikanischem Urheberrecht – Der Präzedenzfall Napster und seine Nachfolger, GRUR Int. 2003, 991–1002

- Garloff, Peter*: Copyright und Kunstfreiheit – zur Zulässigkeit ungenehmigter Zitate in Heiner Müllers letztem Theaterstück, GRUR 2001, 476–482
- Garner, Bryan A.*: Black's Law Dictionary, 8. Aufl. St. Paul 2004
- Geiger, Christophe*: Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int. 2004, 815–821
- : „Constitutionalising“ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union, IIC 2006, 371–406
- : The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?, IIC 2006, 683–699
- : Dogmatische „Wildwüchse“, MPI-Tagung „Interessenausgleich im Urheberrecht – Teil 2“, 2006, online veröffentlicht unter: [http://193.174.132.100/ww/de/pub/forschung/publikationen/online\\_publicationen/4\\_\\_dogmatische\\_\\_wildw\\_chse\\_\\_di.cfm?#geiger](http://193.174.132.100/ww/de/pub/forschung/publikationen/online_publicationen/4__dogmatische__wildw_chse__di.cfm?#geiger) (zuletzt besucht am 6. Juni 2007)
- Gellermann, Martin*: Beeinflussung des bundesdeutschen Rechts durch Richtlinien der EG, Köln [u.a.] 1994
- Georgenson, Karen E.*: Comments: Reverse Engineering of Copyrighted Software: Fair Use or Misuse? 5 Alb. L.J. Sci. & Tech. (1996), 291–320
- Gierke, Otto v.*: Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1895, nachgedruckt in UFITA 125 (1994), 103 ff.
- Gieseke, Ludwig*: Vom Privileg zum Urheberrecht, Baden-Baden 1995
- Ginsburg, Jane C.*: Urheberpersönlichkeitsrechte im Rechtssystem des Common Law, GRUR Int. 1991, 593–605
- : A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America, in: Strowel, Alain (Hg.): Of Authors and Origins. Essays on Copyright Law, Oxford [u.a.] 1994, 131–158
- : Die Rolle des nationalen Urheberrechts im Zeitalter der internationalen Urheberrechtsnormen, GRUR Int. 2000, 97–110
- : Toward Supranational Copyright Law? The WTO Panel Decision and the „Three Step Test“ for Copyright Exceptions, RIDA 187 (2001), 3–65
- /Gordon, Wendy J./Miller, Arthur R./Patry, William F.: The Constitutionality of Copyright Term Extension: How long is too long? 18 Cardozo Arts & Ent. L.J. (2000), 651–737
- /Kernochan, John M.: One hundred and two years later: the U.S. joins the Berne Convention, 13 Colum.-VLA J.L. & Arts (1988), 1–38
- Gloy, Wolfgang*: Handbuch des Wettbewerbsrechts, 2. Aufl. München 1997
- /Loschelder, Michael: Handbuch des Wettbewerbsrechts, 3. Aufl. München 2005
- Goddard, Theodore*: United Kingdom [Länderbericht], in: Baulch, Libby/Green, Michael/Wyburn, Mary (Hg.): The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions, Sydney 1999, 359–369
- Goldmann, Bettina*: Der „Fairness in Music Licensing Act“ in den USA – Sperrstunde für das „Kneipenrecht“? Zum WTO-Konflikt zwischen Europa und den USA über die Ausweitung der „homestyle exemption“ im US-Copyright Act, GRUR Int. 1999, 504–511
- Goldstein, Paul*: International Copyright. Principles, Law, and Practice, Oxford 2001
- : Copyright, New York [u.a.], 2002 Supplement
- : Fair Use in a changing World, 50 J. Cop. Soc'y USA (2003), 133–148
- : Das urheberrechtliche Gemeingut – Copyright's Commons, GRUR Int. 2006, 901–906
- Gordon, Wendy J.*: Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors, 82 Colum. L. Rev. (1982), 1600–1657

- : A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property, 102 Yale L.J. 1533 (1993)
- : Market Failure and Intellectual Property: A Response to Prof. Lunney, 82 B.U. L. Rev. (2002), 1031–1039
- Götting, Horst-Peter*: Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353–358
- Gounalaliks, Georgios*: Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Tübingen 2003.
- Graves, Richard B. III.*: Private Rights, Public Uses, and the Future of the Copyright Clause, 80 Neb. L. Rev. (2001), 64–102
- Grzeszick, Bernd*: Freie Software: Eine Widerlegung der Urheberrechtstheorie? MMR 2000, 412–417
- : Geistiges Eigentum und Art. 14 GG, ZUM 2007, 344–353
- Guibalt, Lucie*: Limitations Found Outside Copyright Law, in: Baulch, Libby/Green, Michael/Wyburn, Mary (Hg.): The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions, Sydney 1999, 42–54
- Häberle, Peter*: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 3. Aufl. Heidelberg 1983
- Haedicke, Maximilian Wilhelm*: Urheberrecht und die Handelspolitik der Vereinigten Staaten von Amerika, München 1997
- Haesner, Christoph*: Zitate in Filmwerken, GRUR 1986, 854–859
- Haller, Jochen*: Urheberrechtsschutz in der Musikindustrie. Eine ökonomische Analyse, Lohmar [u.a.] 2005
- Hansen, Gerd*: Zugang zu wissenschaftlicher Information – alternative urheberrechtliche Ansätze, GRUR Int. 2005, 378–388
- Hardy, I. Trotter*: An economic understanding of Copyright Law's Work made for Hire Doctrin, 12 Colum.-VLA J.L. & Arts (1988), 181–227
- : Property (and Copyright) in Cyberspace, U. Chi. Legal F. 1996, 217–260
- Hasse, Anja*: Parodie v. Parody. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika, Göttingen 2001
- Hauschild, Jan-Christoph*: Heiner Müller, Hamburg 2000
- Hay, Peter*: U.S.-Amerikanisches Recht, 2. Aufl. München 2002
- Heald, Paul J./Sherry, Suzanna*: Implied Limits on the Legislative Power: The Intellectual Property Clause as an Absolute Constraint on Congress, U. Ill. L. Rev. 2000, 1119–1197
- Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*: Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. München 2007
- Hefti, Ernst*: Das Urheberrecht im Nationalsozialismus, in: Dittrich, Robert (Hg.): Woher kommt das Urheberrecht und wohin geht es? Wien 1988, 165–180
- Heide, Thomas*: Making Law and Economics Work for Copyright, in: Hilty, Reto M./Peukert, Alexander (Hg.): Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 87–102
- Heinemann, Andreas*: Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002
- : Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht? Der Fall „Microsoft und die Rechtsprechung des EuGH“, GRUR 2006, 705–713
- Herdegen, Matthias*: Europarecht, 8. Aufl. München 2006
- : Internationales Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. München 2007
- Herrmann, Christoph*: Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, Berlin 2003
- Hertin, Paul W.*: Das Musikzitat im deutschen Urheberrecht, GRUR 1989, 159–167

- Herzog, Roman*: Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers, FS Zeidler Bd. 2, 1987, 1415–1428
- Hettinger, Edwin C.*: Justifying Intellectual Property, in: Moore, Adam D. (Hg.): Intellectual Property. Moral, Legal, and International Dilemmas, Lanham u.a. 1997, 17–37
- Hilgendorf, Eric*: Tragische Fälle. Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand, in: Blaschke, Ulrich/Förster, Achim/Lumpp, Stephanie/Schmidt, Judith (Hg.): Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Berlin 2005, 107–132
- Hilty, Reto M.*: Urheberrecht in der Informationsgesellschaft: „Wer will was von wem woraus?“ – Ein Auftakt zum „zweiten Korb“, ZUM 2003, 983–1005
- : Eldred v. Ashcroft: Die Schutzfrist im Urheberrecht – eine Diskussion, die auch Europäer interessieren sollte, GRUR Int. 2003, 201–204
- : Vergütungssysteme und Schrankenregelungen. Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819
- : Verbotsrecht vs. Vergütungsanspruch: Suche nach den Konsequenzen der tripolaren Interessenlage im Urheberrecht, FS Schrickler, 2005, 325–353
- : „Leistungsschutz“ – made in Switzerland? – Klärung eines Missverständnisses und Überlegungen zum allgemeinen Schutz von Investitionen, FS Ullmann, 2006, 643–667
- : Das Urheberrecht und der Wissenschaftler, GRUR Int. 2006, 179–190
- : Sündenbock Urheberrecht?, in: Klippel, Diethelm/Ohly, Ansgar (Hg.): Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, Tübingen 2007, S. 107–144
- Hirte, Heribert*: Der amicus-curiae-brief – das amerikanische Modell und die deutschen Parallelen, ZHR 104 (1991), 11–66
- Hoebbel, Christoph Friedrich*: Der Schutz von Sammelwerken, Sachprosa und Datenbanken im deutschen und amerikanischen Recht, München 1994
- Hoeren, Thomas*: Rundfunk- und Fernsehanstalten im Internet – urheberrechtliche Grundlagen und Einzelaspekte, WiVerw 1994, 230–260
- : Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegungen zu einem Rechtsgutachten von Gerhard Schrickler et al., GRUR 1997, 866–875
- : Urheberrecht 2000 – Thesen für eine Reform des Urheberrechts, MMR 2000, 2–7
- : Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2000, 515–521
- : Happy Birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, FS Sandrock, 2000, 357–372
- : Grundzüge des Internetrechts, 2. Aufl. München 2002
- : Pressespiegel und das Urheberrecht – Eine Besprechung des Urteils des BGH „Elektronischer Pressepiegel“, GRUR 2002, 1022–1028
- Hohagen, Gisbert*: Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, München 2004
- : Überlegungen zur Rechtsnatur der Kopierfreiheit, FS Schrickler, 2005, S. 353–368
- Höppner, Thomas*: Missbräuchliche Verhinderung „neuer“ Produkte durch Immaterialgüterrechte, GRUR Int. 2005, 457–464
- Hösch, Ulrich*: Eigentum und Freiheit. Ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Gewährleistung des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG, Tübingen 2000
- Hubmann, Heinrich*: Die Idee vom geistigen Eigentum, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Urheberrechtsnovelle von 1985, ZUM (1988), 4–13
- Hugenholtz, P. Berni*: Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid, EIPR 2000, 499–505
- Hughes, Justin*: The Philosophy of Intellectual Property, 77 Geo. L.J. (1988), 287–366

- Hurt, Robert M./Schuchman, Robert M.*: The Economic Rationale for Copyright, 56 Am. Econ. Rev. 1966, 421–432
- Hüsken, Stefanie*: Informationsfreiheit und urheberrechtlicher Schutz geistigen Eigentums, Bochum [Univ. Diss.] 2003
- Huttenlauch, Anna Blume*: Frauenbeine über Niagara – Jeff Koons setzt weitere Spuren im Urheberrecht. Eine neue Fair Use-Entscheidung aus New York, DAJV-Newsletter 2006, 65–67
- Ipsen, Knut*: Völkerrecht, 5. Aufl. München 2004
- Jackson, John H.*: The Jurisprudence of GATT and the WTO, Cambridge 2000
- Jaeger, Till/Metzger, Axel*: Open-Source-Software. Rechtliche Rahmenbedingungen der Freien Software, 2. Aufl. München 2006
- /–: Open Content-Lizenzen nach deutschem Recht, MMR 2003, 431
- Jänich, Volker*: Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheinung zum Sacheigentum? Tübingen 2002
- Jaszi, Peter*: On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity, 10 Cardozo Arts & Ent. L.J. (1992), 293–320
- Karjala, Dennis S.*: Judicial Review of Copyright Term Extension Legislation, 36 Loy. L.A. L. Rev. (2002), 199–251
- Katzenberger, Paul*: TRIPS und das Urheberrecht, GRUR Int. 1995, 447–468
- : Elektronische Pressespiegel aus der Sicht des urheberrechtlichen Konventionsrechts, GRUR Int. 2004, 739–745
- Kellerhals, Miriam*: Die europäischen Wurzeln des Droit Moral, GRUR Int. 2001, 438–446
- Kindermann, Manfred*: Technik und Urheberrecht – Wechselwirkungen und gegenseitige Abhängigkeiten, ZUM 1987, 219–228
- Kirchhof, Paul*: Der verfassungsrechtliche Gehalt des geistigen Eigentums, FS Zeidler, 1987, 1639–1661
- : Der Gesetzgebungsauftrag zum Schutz des geistigen Eigentums gegenüber modernen Vervielfältigungstechniken, Heidelberg 1988
- Kirchner, Christian*: Innovationsschutz und Investitionsschutz für immaterielle Güter, GRUR Int. 2004, 603–607
- Kitch, Edmund W.*: Can the Internet Shrink Fair Use, 78 Neb. L. Rev. (1999), 880–890
- Klippel, Diethelm*: Die Idee des geistigen Eigentums in Naturrecht und Rechtsphilosophie des 19. Jahrhunderts, in: Wadle, Elmar (Hg.): Historische Studien zum Urheberrecht in Europa, Berlin 1993, 121–138
- Koelman, Kamiel*: Copyright Law and Economics in the EU Copyright Directive: Is the Droit d’Auteur passé? IIC 2004, 603–638
- : Fixing the Three Step Test, EIPR 2006, 407–412
- Kohler, Josef*: Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht, Stuttgart 1907
- Kopp, Ferdinand O.*: Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts, FS Wilburg, 1975, 141–161
- Kreile, Reinhold*: Die Sozialbindung des geistigen Eigentums. Ein Beitrag zur Lehre über die Schranken des Urheberrechts, FS Lerche, 1993, 251–266
- Kröger, Detlef*: Informationsfreiheit und Urheberrecht, München 2002
- : Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? MMR 2002, 18–21
- Krüger, Tatjana*: Die Freiheit des Zitats im Multimedia-Zeitalter – Eine Untersuchung zur Vereinbarkeit des deutschen, französischen und britischen Rechts mit der europäischen „Multimedia-Richtlinie“ vom 22. Mai 2001, Berlin 2004
- Krüger-Nieland, Gerda*: Der Urheberrechtsschutz im Spannungsfeld der Eigentumsgarantie der Verfassung, FS Oppenhoff, 1985, 173–192

- Ku, Raymon Shih Ray*: Consumers and Creative Destruction: Fair Use Beyond Market Failure, 18 Berkeley Tech. L.J. (2003), 539–574
- Kubis, Sebastian*: Digitalisierung von Druckwerken zur Volltextsuche im Internet – die Buchsuche von Google („Google Book Search“) im Konflikt mit dem Urheberrecht, ZUM 2006, 370–379
- Kudon, Jeremy*: Form over Function: Expanding the Transformative Use Test for Fair Use, 80 B.U. L. Rev. (2000), 579–611
- Kur, Annette*: Händlerwerbung für Markenartikel aus urheberrechtlicher Sicht – Präsentationsrecht als neue Schutzschranke? GRUR 1999, 24–30
- : Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlagerung von Schutzrechtstypen, in: Schrickler, Gerhard/Dreier, Thomas/Kur, Annette (Hg.): Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Baden-Baden 2001, 23–50
- : Mehr als nur „ein Hauch von Dior“? – Das Urheberrecht und die Präsentation von Waren, FS Dietz, 2001, S. 253–270.
- Kwall, Roberta Rosenthal*: Copyright and the Moral Right: Is an American Marriage Possible? 38 Vand. L. Rev. (1985), 1–97
- Landes, William M./Posner, Richard*: An Economic Analysis of Copyright Law, 18 J. Legal Stud. (1989), 325–363
- /–: The Economic Structure of Intellectual Property Law, Cambridge, MA [u.a.] 2003
- Langenbucher, Katja*: Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht, München 1996
- Lape, Laura G.*: Transforming Fair Use: The Productive Use Factor in the Fair Use Doctrine, 58 Alb. L. Rev. (1995), 677–724
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin [u.a.] 1995
- Latman, Alan*: Study No. 14. Fair Use of Copyrighted Works, in: The Copyright Society of the USA (Hg.): Studies on Copyright, South Hackensack 1963, 781–812
- Lawrence, John Shelton*: Copyright Law, Fair Use, and the Academy: An Introduction, in: Ders./Timberg, Bernard (Hg.): Fair Use and Free Inquiry. Copyright Law and the New Media, Norwood 1989, 3–19
- LeFevre, Karen Burke*: The Tell Tale „Heart“: Determining „Fair“ Use of Unpublished Texts, 55 Law and Contemporary Problems (1992), 153–183
- Lege, Joachim*: Zwangskontrakt und Güterdefinition. Zur Klärung der Begriffe „Enteignung“ und „Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums“, Berlin 1995
- Lehmann, Michael/Katzenberger, Paul*: Elektronische Pressespiegel und Urheberrecht, Stuttgart 1999
- Leinemann, Felix*: Die Sozialbindung des geistigen Eigentums, Baden-Baden 1998
- Leinveber, Gerhard*: Rechtsprobleme um das sog. „große und kleine Zitat“ zu wissenschaftlichen Zwecken, GRUR 1966, 479–482
- Leman, Jennifer*: The Future of Unpublished Works in Copyright Law after the Fair Use Amendment, 18 J. Corp. L. (1993), 619–651
- Lepsius, Oliver*: Verwaltungsrecht unter dem Common Law. Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, Tübingen 1997
- : Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, Tübingen 2002
- Lerche, Peter*: Bankgeheimnis – verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen, ZHR 149 (1985), 165–176
- : Fragen sozialbindender Begrenzungen urheberrechtlicher Positionen, FS Reichardt, 1990, 101–110

- Lessig, Lawrence*: Code Version 2.0, New York 2006
- Leupold, Henning/Pautke, Stephanie*: IMS Health vs. Microsoft – Befindet sich die Kommission bei kartellrechtlichen Zwangslizenzen (erneut) auf Konfrontationskurs mit dem EuGH?, EWS 2005, 108–116.
- Leval, Pierre N.*: Fair Use or Foul? The Nineteenth Donald C. Brace Memorial Lecture, 36 J. Cop. Soc’y USA (1989), 167–181
- : Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev. (1990), 1105–1136
- : Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter’s Rescue of Fair Use, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. (1994), 19–26
- Levering, Mary*: What’s Right about Fair-Use Guidelines for the Academic Community? 50 J. Am. Soc’y for Inf. Sci. (1999), 1313–1319
- Litman, Jessica*: The Sony Paradox, 55 Case W. Res. L. Rev. (2005), 917–961
- Locke, John*: Second Treatise of Government, 1690; Nachdruck Indianapolis 1980 (Crawford B. Macpherson)
- Loewenheim, Ulrich*: Copyright in Civil Law and Common Law Countries: A Narrowing Gap, AIDA 1994, 161–176
- : Die urheber- und wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Herstellung und Verbreitung kommerzieller elektronischer Pressespiegel, GRUR 1996, 636–643
- : Harmonisierung des Urheberrechts in Europa, GRUR Int. 1997, 285–292
- (Hg.): Handbuch des Urheberrechts, München 2003
- Löffler, Martin*: Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts, NJW 1980, 201–205
- Loren, Lydia Pallas*: Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems, 5 J. Intell. Prop. L. (1997), 1–58
- Ludwig, Bernd*: „Regierungen entstehen wieder auf die althergebrachte Art, nämlich durch die Erfindungen und Übereinkunft der Menschen.“ John Lockes Eigentumstheorie, in: Eckel, Andreas/Ludwig, Bernd (Hg.): Was ist Eigentum? Philosophische Positionen von Platon bis Habermas, München 2005, 88–102
- Lunney, Glynn S.*: Fair Use and Market Failure: Sony Revisited, 82 B.U. L. Rev. (2002), 975–1030
- Maaßen, Wolfgang*: Bildzitate in Gerichtsentscheidungen und juristischen Publikationen, ZUM 2003, 830–842
- Madison, Michael J.*: A Pattern Oriented Approach to Fair Use, 45 Wm. & Mary L. Rev., (2004), 1525–1690
- Marshall, Lawrence C.*: „Let Congress do it“: The Case for an Absolute Rule of Statutory Stare Decisis, 88 Mich. L. Rev. (1989), 177–238
- Maunz, Theodor*: Das geistige Eigentum in verfassungsrechtlicher Sicht, GRUR 1973, 107–115
- /Dürig, Günter: Grundgesetz, München, Loseblatt, Stand Nov. 2006
- Maurer, Hartmut*: Staatsrecht I. Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 4. Aufl. München 2005
- McDonald, Joseph A.*: Non-Infringing Uses, 9 B. Cop. Soc’y USA (1962), 466–471
- Merges, Robert P.*: Are you Making Fun of Me?: Notes on Market Failure and the Parody Defense in Copyright, 21 AIPLA Q.J. (1993), 305–312
- Merges, Robert P.*: The End of Friction? Property Rights and Contract in the „Newtonian“ World of On-Line Commerce, 12 Berkeley Tech. L.J. (1997), 115–136
- Merton, Robert K.*: Auf den Schultern von Riesen. Ein Leitfaden durch das Labyrinth der Gelehrsamkeit, Frankfurt a.M. 1980
- Metzger, Axel*: „Germania 3 Gespenster am toten Mann“ oder Welchen Zweck darf ein Zitat gemäß § 51 Nr. 2 UrhG verfolgen? ZUM 2000, 924–933

- : Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2002
- : Europäisches Urheberrecht ohne Droit moral? Status quo und Perspektiven einer Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts, FS Schrickler, 2005, S. 455–471
- Michaelis, Robert*: Persönlichkeitsrechtliche Befugnisse im deutschen Urheberrecht und im droit moral des französischen Rechts, Berlin 1926
- Miller, Arthur R./Davis, Michael H.*: Intellectual Property. Patents, Trademarks, and Copyright in a Nutshell, St. Paul 2000
- Miller, Lynn I.*: Fair Use, Biographies, and Unpublished Works: Life After H.R. 4412, 40 J. Cop. Soc’y USA (1993), 349–400
- Möhring, Philip/Nicolini, Käte/Ahlberg, Hartwig* (Hg.): Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl. München 2000
- Möller, Margret*: Urheberrecht oder Copyright? ZUM 1990, 65–70
- Moore, Adam D.*: Toward a Lockean Theory of Intellectual Property, in: Ders. (Hg.): Intellectual Property. Moral, Legal, and International Dilemmas, Lanham u.a. 1997, 81–103
- Morant, Marc Olivier*: Das Zitat aus urheberrechtlicher Sicht. Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung der schweizerischen, deutschen und amerikanischen Rechtsordnung, Basel [u.a.] 2006
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*: Juristische Methodik, Bd. 1 (Grundlagen, Öffentliches Recht), Berlin, 8. Aufl. 2002
- Müller, Georg*: Bemerkungen über das Urheberpersönlichkeitsrecht, UFITA 2 (1929), 367–402
- Nelson, Phillip*: Information and Consumer Behavior, 78 J. Pol. Econ. (1970), 311–329
- Netanel, Neil Weinstock*: The Next Round: The Impact of the WIPO’s Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement, 37 Va. J. Int’l L. (1997), 441–497
- Newby, Tyler G.*: What’s Fair Here is not Fair Everywhere: Does the American Fair Use Doctrine Violate International Copyright Law? 51 Stan. L. Rev. (1999), 1633–1663
- Niemann, Fabian*: Pressespiegel de lege lata, CR 2002, 817–827
- : Pressespiegel de lege ferenda, CR 2003, 119–126
- Niiranen, Ossi*: Online Access to the World’s Libraries, CRi 2006, 65–70
- Nimmer, David*: „Fairest of them All“ and Other Fairy Tales of Fair Use, 66 Law & Contemp. Probs. (2003), 263–287
- : „Google Print Library Project“ – Unfair Use of Copyright, CRI 2006, 1
- Nimmer, Melville B./Nimmer, David*: Nimmer on Copyright, New York 2005
- Nolte, Georg*: Das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, CR 2006, 254–260
- Nordemann, Wilhelm/Vinck, Kai/Hertin, Paul*: Internationales Urheberrecht, Düsseldorf 1977
- Ders./Nordemann, Jan Bernd*: Die US Doktrin des „work made for hire“ im neuen deutschen Urhebervertragsrecht – ein Beitrag insbesondere zum Umfang der Rechtseinkräumung für Deutschland, FS Schrickler, S. 473–482.
- Note [Anonym]*: An Author’s Artistic Reputation under the Copyright Act of 1976, 92 Harv. L. Rev. (1979), 1490–1515
- Obergfell, Eva Inés*: Zwischen Zitat und Plagiat – Umfang und Grenzen der Zitierfreiheit bei literarischen und wissenschaftlichen Schriftwerken, KuR 2005, 46–56
- Oberndörfer, Pascal*: Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, Baden-Baden 2005
- Ochoa, Tyler T.*: Patent and Copyright Term Extension and the Constitution: A Historical Perspective, 49 J. Cop. Soc’y USA (2002), 19–125

- Oekonomidis, Demetrius*: Die Zitierfreiheit im Recht Deutschlands, Frankreichs, Großbritanniens und der Vereinigten Staaten, Berlin [u.a.] 1970
- Ohly, Ansgar*: Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs – ein Methodenvergleich des englischen und des deutschen Rechts, Köln [u.a.] 1997
- : Generalklausel und Richterrecht, AcP 2001, 1–47
  - : Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545–554
  - : Buchbesprechung (G. Gounalakis, Elektronische Kopien für Unterricht und Forschung (§ 52a UrhG) im Lichte der Verfassung, Tübingen 2003), Die Verwaltung 2005, 419–422
  - : Urheberrecht als Wirtschaftsrecht, in: Depenheuer, Otto/Peifer, Klaus–Nikolaus (Hg.): Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel, Berlin/Heidelberg 2008, S. 141–161
  - : Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und -verhinderung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Eifert Martin (Hg.): Geistiges Eigentum und Innovation, Baden-Baden 2008, S. 279–297
- Ott, Stephan*: Zuässigkeit der Erstellung von Thumbnails durch Bilder- und Nachrichtensuchmaschinen? Eine Analyse der US-amerikanischen und der deutschen Rechtsprechung, ZUM 2007, 119–128
- : Die Google Buchsuche – Eine massive Urheberrechtsverletzung? GRUR Int. 2007, 562–569
- Pahlow, Louis*: „Intellectual Property“, „propriété intellectuelle“ und kein „Geistiges Eigentum“? Historisch-kritische Anmerkungen zu einem umstrittenen Rechtsbegriff, UFITA 2006, 705–726
- Pahud, Eric*: Die Sozialbindung des Urheberrechts, Bern 2000
- : Zur Begrenzung des Urheberrechts im Interesse Dritter und der Allgemeinheit, UFITA 2000, 99–137
- Papier, Hans-Jürgen/Möller, Johannes*: Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AöR 122 (1997), 177–211
- Patry, William F.*: The Fair Use Privilege in Copyright Law, 2. Aufl. Washington D.C., 1995
- /Perlmutter, Shira: Fair Use Misconstrued: Profit, Presumptions, and Parody, 11 Cardozo Arts & Ent. L.J. (1993), 667–719
- Patterson, L. Ray*: Copyright in Historical Perspective, Nashville 1968
- : Understanding the Copyright Clause, 47 J. Cop. Soc’y USA (2000), 365–396
- Peifer, Karl Nikolaus*: Moral Rights in den USA, ZUM 1993, 325–352
- Peukert, Alexander*: USA: Ende der Expansion des Copyright? GRUR Int. 2002, 1012–1021
- : Die psychologische Dimension des droit moral, in: Reh binder, Manfred (Hg.): Die psychologische Dimension des Urheberrechts, Baden-Baden 2003; 113–148
  - : Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut. Insbesondere: Die urheberrechtliche Relevanz des privaten Werkgenusses, in: Hilty, Reto M./Peukert, Alexander (Hg.): Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden, 2004, 11–46
- Pflüger, Thomas/Ertmann, Dietmar*: E-Publishing und Open Access – Konsequenzen für das Urheberrecht im Hochschulbereich, ZUM 2004, 436
- Picker, Eduard*: Richterrecht und Richterrechtsetzung, JZ 1985, 153–163
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*: Grundrechte. Staatsrecht II, 22. Aufl. Heidelberg 2006
- Piper, Henning/Ohly, Ansgar*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl. München 2006

- Plaß, Gunda*: Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht, WRP 2000, 599–610
- : Open Contents im deutschen Urheberrecht, GRUR 2002, 670–682
- Poepfel, Jan*: Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005
- Pomputius, Mary-Alice*: „Fair and Foul are near of Kin“: A Suggested Approach to the Fair Use of Unpublished Works, 15 Colum.-VLA J.L. & Arts (1991), 161–204
- Posner, Richard*: The Law & Economics of Intellectual Property, Daedalus Spring 2002, 5–12
- Pound, Roscoe*: Common Law and Legislation, 21 Harv. L. Rev. (1908), 383–407
- Pütter, Johan Stefan*: Der Büchernachdruck nach achten Grundsätzen des Rechts geprüft, Göttingen 1774; Nachdruck München 1981
- Raue, Peter*: Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, FS Nordemann, 2004, 327–339
- Raymond, Eric S.*: The Cathedral and the Bazaar, online veröffentlicht unter <http://catb.org/esr/writings/cathedral-bazaar/> (zuletzt besucht am 22.4.2007)
- Re, Joseph R.*: The Stage of Publication as a „Fair Use“ Factor: Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 58 St. John’s L. Rev. (1984), 597–615
- Rehbinder, Manfred*: Die Beschränkungen des Urheberrechts zugunsten der Allgemeinheit in der Berner Übereinkunft, in: Schweizer FS 100 Jahre RBÜ, 1986, 357–375
- Rehbinder, Manfred*: Urheberrecht, 14. Aufl. München 2006
- Reich, Michael Mark*: Die ökonomische Analyse des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, München 2006
- Reimer, Dietrich/Ulmer, Eugen*: Die Reform der materiellrechtlichen Bestimmungen der Berner Übereinkunft, GRUR Int. 1967, 431–454
- Reinbothe, Jörg*: Der Schutz des Urheberrechts und der Leistungsschutzrechte im Abkommensentwurf GATT/TRIPs, GRUR Int. 1992, 707–715
- : Beschränkungen und Ausnahmen von den Rechten im WIPO-Urheberrechtsvertrag, FS Dittrich, 2000, 251–268
- : Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2001, 733–745
- : Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, 43–51
- : Hat die Europäische Gemeinschaft dem Urheberrecht gutgetan? – Eine Bilanz des Europäischen Urheberrechts –, FS Schricker, 2005, 483–500
- /v. Lewinski, Silke: The WIPO Treaties 1996, London [u.a.] 2002
- Ricketson, Sam*: The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886–1986, Deventer 1987
- : International Conventions and Treaties, in: Baulch, Libby/Green, Michael/Wyburn, Mary (Hg.): The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions, Sydney 1999, 3–26
- : WIPO Study on Limitations and Exceptions in the Digital Environment, Genf 2003
- Rieder, Christian*: Copyrightverletzungen in der Online-Kommunikation nach US-amerikanischem Recht, Köln [u.a.] 1998
- Rigamonti, Cyrill P.*: Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, Baden-Baden 2001
- Rogers, Thomas/Szamoszegi, Andrew*: Fair Use in the U.S. Economy: Economic Contribution of Industries Relying on Fair Use, 2007, online veröffentlicht unter <http://www.cciinet.org/artmanager/uploads/1/FairUseStudy-Sep12.pdf> (zuletzt besucht am 12. September 2007)

- Rogge, Tonia*: Elektronische Pressespiegel in urheber- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, Hamburg 2000
- Röhl, Klaus F.*: Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. Köln [u.a.] 2001
- Rosenfield, Harry N.*: The American Constitution, Free Inquiry, and the Law, in: Lawrence, John Shelton/Timberg, Bernard (Hg.): Copyright Law and the New Media, Norwood 1989, 281–304
- Rosental, Shiri*: Comment: Copyright Infringement: Producers of Seinfeld Overcome Publisher's Fair Use Defense Using the Show's Strongest Weapon – Nothing: Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Publishing Group, Inc., 73 St. John's L. Rev. (1999), 1239–1264
- Rosset, Arthur*: Burlesque as Copyright Infringement, 9 ASCAP Cop. L. Symp. (1956), 1–31
- Ruffert, Matthias*: Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001
- Rüthers, Bernd*: Rechtstheorie, 2. Aufl. München 2005
- Sag, Matthew J.*: Beyond Abstraction: The Law and Economics of Copyright. Scope and Doctrinal Efficiency, 81 Tul. L. Rev. (2006), 187–250
- Samuels, Edward*: The Illustrated Story of Copyright, New York 2000
- Samuelson, Pamela*: Challenges for the World Intellectual Property Organisation and the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Council in Regulation Intellectual Property Rights in the Information Age, EIPR 1999, 578–591
- : Economic and Constitutional Influences on Copyright Law in the United States, EIPR 2001, 409–422
- Sass, Wolfgang*: Art.14 GG und das Entschädigungserfordernis, Heidelberg 1992
- Schack, Haimo*: Wem gebührt das Urheberrecht, dem Schöpfer oder dem Produzenten? ZUM 1990, 59–62
- : Neue Techniken und Geistiges Eigentum, JZ 1998, 753–763
- : Europäisches Urheberrecht im Werden, ZEuP 2000, 799–819
- : Dürfen öffentliche Einrichtungen elektronische Archive anlegen? AfP 2003, 1–8
- : Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, FS Schrickler, 2005, 511–521
- : Urheber- und Urhebervertragsrecht, 3. Aufl. Tübingen 2005
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Aufl. Berlin 2005
- Schechter, Roger E./Thomas, John R.*: Intellectual Property. The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, St. Paul 2003
- Schmidt-Jortzig, Edzard*: Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur, Göttingen 1979
- Schmieder, Hans-Heinrich*: Freiheit der Kunst und freie Benutzung urheberrechtlich geschützter Werke, UFITA 93 (1982), 63–71
- Schricker, Gerhard*: Harmonisation of Copyright in the European Community, IIC 1989, 466–484
- : Urheberrecht zwischen Industrie- und Kulturpolitik, GRUR 1992, 242–247
- : Urteilsanmerkung, JZ 2001, 463–464
- : (Hg.): Urheberrecht, 2. Aufl. München 1999; 3. Aufl. München 2006
- Schulman, John*: Fair Use and the Revision of the Copyright Act, 53 Iowa L. Rev. (1968), 832–838
- Schulz, Wolfgang*: Das Zitat in Film- und Mediawerken, ZUM 1998, 221–233
- Schulze, Gernot*: Spielraum und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Urheberrecht, FS Erdmann, 2002, 173–194

- : Vergütungssystem und Schrankenregelungen. Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 828–837
- Schumann, Heribert*: Fair Use im amerikanischen Urheberrecht, GRUR Int. 1969, 125–134
- Schwarz, Kyrill-A.*: Die Dogmatik der Grundrechte – Schutz und Abwehr im freiheitssichernden Staat, in: Blaschke, Ulrich/Förster, Achim/Lumpp, Stephanie/Schmidt, Judith (Hg.): Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, Berlin 2005, 29–49
- Schwarz, Paul M./Treanor, William Michael*: Eldred and Lochner: Copyright Term Extension and Intellectual Property as Constitutional Property, 112 Yale L.J. (2003), 2331–2414
- Schwintowski, Hans Peter*: Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, WuW 1999, 842–853.
- Seifert, Fedor*: Das Zitatrecht nach „Germania 3“, FS Erdmann, 2002, 195–210
- Seith, Sebastian*: Wie kommt der Urheber zu seinem Recht? Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen staatlicher Politik zum Schutz des Urheberrechts im digitalen Zeitalter, Heidelberg 2003
- Seltzer, Leon E.*: Exemptions and Fair Use in Copyright. The Exclusive Rights Tension in the 1976 Copyright Act, Cambridge, MA [u.a.] 1978
- Senftleben, Martin*: Copyright, Limitations and the Three-Step Test, The Hague [u.a.] 2003
- : Die Bedeutung der Schranken des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft und ihre Begrenzung durch den Dreistufentest, in: Hilty, Reto M./Peukert, Alexander (Hg.): Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, 159–186
- : Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, 200–211
- : Towards a Horizontal Standard for Limiting Intellectual Property Rights? – WTO Panel Reports Shed Light on the Three-Step Test in Copyright Law and Related Rights in Patent and Trademark Law, IIC 2006, 407–438
- Seydel, Thomas*: Die Zitierfreiheit als Urheberrechtsschranke – unter besonderer Berücksichtigung der digitalen Werknutzung im Internet, Köln [u.a.] 2002
- Shavell, Steven/Van Ypersele, Tanguy*: Rewards versus Intellectual Property Rights, 44 J.L. & Econ. (2001), 525–545
- Sherman, Brad/Bently, Lionel*: The Making of Modern Intellectual Property Law, Cambridge 1999
- Sieckmann, Jan-R.*: Modelle des Eigentumsschutzes, Baden-Baden 1998.
- Siems, Mathias M.*: Effektivität und Legitimität einer Richtlinienumsetzung durch Generalklauseln, ZEuP 2002, 747–753
- Sinclair, Ian*: The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. Manchester 1984
- Sirinelli, Pierre*: Exceptions and Limits to Copyright and Neighbouring Rights. WIPO Conference Paper, 1999
- Söllner, Alfred*: Zum verfassungsrechtlichen Schutz geistigen Eigentums, FS Traub, 1994, 367–374
- Spindler, Gerald*: Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105–120
- /Leistner, Matthias: Die Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet – Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, GRUR Int. 2005, 773–796
- Spindler, Hartmut*: Das neue amerikanische Urheberrechtsgesetz, GRUR Int. 1977, 421–433

- Spoor, Jaap H.*: General Aspects of Exceptions and Limitations to Copyright: General Report, in: Baulch, Libby/Green, Michael/Wyburn, Mary (Hg.): The Boundaries of Copyright: its proper limitations and exceptions, Sydney 1999, 27–41
- Stallberg, Christian Gero*: Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Berlin 2006
- Stallman, Richard*: Why Software Should be Free, in: Moore, Adam D. (Hg.), Intellectual Property. Moral, Legal, and International Dilemmas, Lanham u.a. 1997, 283–297
- Starck, Christian*: Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 5. Aufl. München 2005
- Staudinger, Julius v. [Begr.]*: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Buch 3 Sachenrecht, Berlin Neubearb. 2002
- Sterk, Stewart E.*: Rhetoric and Reality in Copyright Law, 94 Mich. L. Rev. (1996), 1197–1249
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, München 1988; Band III/2, München 1994
- Stratton, Matthew Dean*: Will Lessig Succeed in Challenging the CTA, post-Eldred, 15 Fordh. Intell. Prop. Media & Ent. L.J. (2005), 893–945
- Streinz, Rudolf*: Europarecht, 7. Aufl. Heidelberg 2005
- Strowel, Alain*: Droit d'auteur and Copyright: Between History and Nature, in: Strowel, Alain (Hg.): Of Authors and Origins. Essays on Copyright Law, Oxford [u.a.] 1994, 235–253
- Suber, Peter*: Open Access in the United States, in: Jacobs, Neil (Hg.): Open Access: Key Strategic, Technical and Economic Aspects, Oxford 2006, online unter <http://eprints.rclis.org/archive/00006671> (zuletzt besucht am 30.6.2007)
- Thyri, Peter*: Immaterialgüterrecht und Zugang zur wesentlichen Einrichtung, WuW 2005, 388–399
- Timberg, Sigmund*: A Modernized Fair Use Code for the Electronic as well as the Gutenberg Age, 75 Nw. U. L. Rev. (1980), 193–244
- Tonninger, Bernhard*: Copyright und Urheberrecht im Internet, Graz 1998
- Towse, Ruth*: Creativity, Incentive and Reward. An Economic Analysis of Copyright and Culture in the Information Age, Cheltenham [u.a.] 2001
- Taubner Helena*: Anmerkung zum Urteil des LG München I vom 19.1.2005 – Az.: 21 O 321/05, ZUM 2005, 411–412
- Tuckman, Howard P./Leahey, Jack*: What is an Article Worth? 83 J. Pol. Econ. (1975), 951–967
- Tyerman, Barry W.*: The Economic Rationale for Copyright Protection for Published Books: A Reply to Professor Breyer, 18 UCLA L. Rev. (1971), 1100–1125
- Ulmer, Eugen*: Zitate in Filmwerken, GRUR 1972, 323–328  
–: Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. Berlin [u.a.] 1980
- Vinck, Kai*: Die Zulässigkeit von Filmzitaten in den unterschiedlichen europäischen Rechtsordnungen, FS Schwarz, 1988, 107–120
- Vogtmeier, Julia*: Elektronische Pressespiegel in der Informationsgesellschaft, Frankfurt a.M. [u.a.] 2004  
–: Elektronischer Pressespiegel im zweiten Korb, MMR 2004, 658
- Wagner-Silva Tarouca, Beatrice*: Der Urheberschutz der ausübenden Künstler und der Tonträgerproduzenten in den USA, München 1983
- Waldenberger, Arthur*: Urteilsanmerkung [BGH MMR 2002, 739 – elektronischer Pressespiegel], MMR 2002, 742–745
- Walter, Michel M. (Hg.)*: Europäisches Urheberrecht, Wien [u.a.] 2001
- Walterscheid, Edward C.*: Defining the Patent and Copyright Term: Term Limits and the Intellectual Property Clause, 7 J. Intell. Prop. L. (2000), 315–394

- : The Nature of the Intellectual Property Clause: A Study in Historical Perspective, Buffalo 2002
- Wandtke, Artur*: Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft. Oder das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne? GRUR 2002, 1–11
- /Bullinger, Winfried: Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. München 2006
- Weber, Ralph*: Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516–567
- : Erwiderung [auf *Beater*, AcP 194 (1994), 82], AcP 194 (1994), 90–92
- Weinreb, Lloyd L.*: Fair's Fair: A Commentary on the Fair Use Doctrine, 103 Harv. L. Rev. (1990), 1137–1161
- : Copyright for Functional Expression, 111 Harv. L. Rev. (1998), 1150–1254
- Weiß, Wolfgang/Herrmann, Christoph*: Welthandelsrecht, München 2003
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Aufl. Heidelberg 2006
- Westerholt-Weissthammer, Margot v.*: Das neue amerikanische Urheberrecht – ein Überblick über die wichtigsten Bestimmungen, UFITA 82 (1979), 5–35
- Wild, Gisela*: Die zulässige Wiedergabe von Presseberichten und -artikeln in Pressespiegeln, AfP 1989, 701–716
- Winslow, Anastasia P.*: Rapping on a Revolving Door: An Economic Analysis of Parody in *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 69 S. Cal. L. Rev. (1996), 767–825
- Wittgenstein, Philipp*: Die digitale Agenda der neuen WIPO-Verträge, Bern 2000
- Yankwich, Leon R.*: What is Fair Use? 22 U. Chi. L. Rev. (1954), 203–215
- Zimmermann, Diana Leenheer*: The More Things Change, the Less They Seem „Transformed“: Some Reflections on Fair Use, 47 J. Cop. Soc'y USA (1998), 251–269
- Zimmermann, Reinhard*: Law Reviews – Ein Streifzug durch eine fremde Welt, in: ders. (Hg.): Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht. Impressionen aus der Neuen Welt, Tübingen 1995, 87–131
- Zissu, Roger L.*: Fair Use: From Harper & Row to *Acuff-Rose*, 43 J. Cop. Soc'y USA, 7–17
- Zweigert, Konrad/Kötz, Heinz*: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl. Tübingen 1996

# Rechtsprechungsverzeichnis

## A. US-amerikanische und britische Gerichte

- Gyles v. Wilcox*, 26 Eng. Rep. 489 (Ch. 1740)  
*Dodsley v. Kinnersley*, 27 Eng. Rep. 270 (Ch. 1761)  
*Millar v. Taylor*, 98 Eng. Rep. 201 (HL 1769)  
*Donaldson v. Becket*, 1 Eng. Rep. 837 (H.L. 1774)  
*Cary v. Kearsley*, 170 Eng. Rep. 679 (1803)  
*Wilkins v. Aikin*, 34 Eng. Rep. 163 (Ch. 1810)  
*Wheaton v. Peters*, 33 U.S. 591 (1834)  
*Lewis v. Fullarton*, 48 Eng. Rep. 1080 (Rolls Ct. 1839)  
*Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342 (C.C.D. Mass. 1841)  
*Campbell v. Scott*, 59 Eng. Rep. 784 (1842)  
*Emmerson v. Davies*, 8 F.Cas. 615 (C.C.D. Mass. 1845)  
*Lawrence v. Dana*, 15 F.Cas. 26 (C.C.D. Mass. 1869)  
*Baker v. Selden*, 101 U.S. 99 (1879)  
*Sampson & Murdock Co. v. Seaver-Radford Co.*, 140 F. 539 (1<sup>st</sup> Cir. 1905)  
*American Tobacco Co. v. Werckmeister*, 207 U.S. 284 (1907)  
*Bobbs-Merrill Co. v. Straus*, 210 U.S. 339 (1908)  
*Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119 (2<sup>nd</sup> Cir. 1930)  
*Fox-Film Corp. v. Doyal*, 286 U.S. 123 (1932)  
*Carr v. National Capital Press*, 71 F.2d 220 (D.C. Cir. 1934)  
*Shapiro Bernstein & Co., Inc. v. P.F. Collier & Son Company*, 26 U.S.P.Q. 40 (S.D.N.Y. 1934)  
*Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 81 F.2d 49 (2<sup>nd</sup> Cir. 1936)  
*Henry Holt & Co. v. Ligget & Myers Tobacco Co.*, 23 F.Supp 302 (E.D. Pa. 1938)  
*Shipman v. RKO*, 100 F.2d 533 (2<sup>nd</sup> Cir. 1938)  
*Dellar v. Samuel Goldwyn, Inc.*, 104 F.2d 661 (2<sup>nd</sup> Cir. 1939)  
*Gray v. Russel*, 10 F.Cas. 1035 (C.C.D. Mass. 1939)  
*Broadway Music Corp. v. F-R Publishing Co.*, 31 F.Supp 817 (S.D.N.Y. 1940)  
*Towle v. Ross*, 32 F.Supp. 125 (D. Ore. 1940)  
*Krafft v. Cohen*, 117 F.2d 579 (2<sup>nd</sup> Cir. 1941)  
*Karll v. Curtis Publishing Co.*, 39 F.Supp 836 (E.D. Wisc. 1941)  
*Mathews Conveyor Co. v. Palmer-Bee Co.*, 135 F.2d 73 (6<sup>th</sup> Cir. 1943)  
*Twentieth Century-Fox Film Corp. v. Stonesifer*, 140 F.2d 579 (9<sup>th</sup> Cir. 1944)  
*United States v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131 (1948)  
*Stanley v. Columbia Broadcasting System*, 221 P.2d 73 (Cal. 1950)  
*Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201 (1954)  
*Capitol Record, Inc. v. Mercury Records Corp.*, 221 F.2d 657 (2<sup>nd</sup> Cir. 1955)  
*Loew's Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 131 F.Supp. 165 (S.D. Cal. 1955)  
*Benny v. Loew's Inc.*, 239 F.2d 532 (9<sup>th</sup> Cir. 1956)

- Greenbie v. Noble*, 151 F.Supp. 45 (S.D.N.Y. 1957)  
*Holdredge v. Knight Publishing Corp.*, 214 F.Supp. 921 (S.D. Cal. 1963)  
*Berlin v. E.C. Publications, Inc.*, 329 F.2d 541 (2<sup>nd</sup> Cir. 1964)  
*Mura v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 245 F.Supp. 587 (S.D.N.Y. 1965)  
*Fristot v. First American*, 251 F.Supp 886 (S.D.N.Y. 1966)  
*Graham v. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966)  
*Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 WLR 1234 (H.L.)  
*Rosemont Enterprises, Inc. v. Random House, Inc.*, 366 F.2d 303 (2<sup>nd</sup> Cir. 1966)  
*Time Inc. v. Bernard Geis Associates*, 293 F.Supp. 130 (S.D.N.Y. 1968)  
*Marvin Worth Productions v. Superior Films Corp.*, 319 F.Supp 1269 (S.D.N.Y. 1970)  
*Tape Industries Association of America v. Younger*, 316 F.Supp. 340 (C.D. Cal. 1970)  
*Deepsouth Packing Co. v. Laitram Corp.*, 406 U.S. 518 (1972)  
*Beloff v. Pressdram*, 1 All E.R. 241 (Ch.D. 1973)  
*Goldstein v. California*, 412 U.S. 546 (1973)  
*Williams & Wilkins Company v. United States*, 487 F.2d 1345 (Ct. Cl. 1973)  
*Meredith Corp. v. Harper & Row, Publishers, Inc.*, 378 F.Supp. 686 (S.D.N.Y. 1974)  
*American Int'l Pictures, Inc. v. Foreman*, 400 F.Supp. 928 (S.D. Ala. 1975)  
*Black Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG*, 1 All. E.R. 810 (H.L. 1975)  
*Mills Music, Inc. v. State of Arizona*, 187 U.S.P.Q. 22 (D. Ariz. 1975)  
*Twentieth Cent. Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151 (1975)  
*Gilliam v. American Broadcasting Companies, Inc.*, 538 F.2d 14 (2<sup>nd</sup> Cir. 1976)  
*Meeropol v. Nizer*, 560 F.2d 1061 (2<sup>nd</sup> Cir. 1977)  
*New York Times Co. v. Roxbury Data Interface, Inc.*, 434 F. Supp 217 (D.N.J. 1977)  
*Wainwright Sec. Inc. v. Wall Street Transcript Corp.*, 558 F.2d 91 (2<sup>nd</sup> Cir. 1977)  
*Italian Book Corp. v. American Broadcasting Companies*, 458 F.Supp 65 (S.D.N.Y. 1978)  
*Keep Thomson Governor Comm. v. Citizens for Gallen Committee*, 457 F.Supp 957 (D.N.H. 1978)  
*Monell v. Department of Social Services of the City of New York*, 436 U.S. 658 (1978)  
*Walt Disney Productions v. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (9<sup>th</sup> Cir. 1978)  
*Universal City Studios, Inc. v. Sony Corporation of America*, 480 F.Supp 429 (D. Cal. 1979)  
*Elsmere Music, Inc. v. National Broadcasting Co.*, 623 F.2d 252 (2<sup>nd</sup> Cir. 1980)  
*Iowa State University Research Foundation, Inc. v. American Broadcasting Co.*, 621 F.2d 57 (2<sup>nd</sup> Cir. 1980)  
*Roy Export Co. Establishment v. Columbia Broadcasting System Inc.*, 503 F.Supp 1137 (S.D.N.Y. 1980)  
*Triangle Publications, Inc. v. Knight-Ridder Newspapers, Inc.*, 626 F.2d 1171 (5<sup>th</sup> Cir. 1980)  
*MCA, Inc. v. Wilson*, 677 F.2d 180 (2<sup>nd</sup> Cir. 1981)  
*New Boston Television, Inc. v. Entertainment Sports Programming Network, Inc.*, 215 U.S.P.Q. 755 (D.C.D.Mass. 1981)  
*Universal City Studies, Inc. v. Sony Corporation of America*, 659 F.2d 963 (9<sup>th</sup> Cir. 1981)  
*Association of American Medical Colleges v. Mikaelian*, 571 F.Supp 144 (E.D. Pa. 1983)  
*Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 557 F.Supp 1067 (S.D.N.Y. 1983)  
*Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 723 F.2d 195 (2<sup>nd</sup> Cir. 1983)  
*Marcus v. Rowley*, 695 F.2d 1171 (9<sup>th</sup> Cir. 1983)  
*DC Comics, Inc. v. Unlimited Monkey Business, Inc.*, 598 F.Supp. 110 (N.D. Ga. 1984)  
*Pacific & Southern Co., Inc. v. Duncan*, 744 F.2d 1490 (11<sup>th</sup> Cir. 1984)

- Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)  
*Harper & Row, Publishers v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985)  
*Fisher v. Dees*, 794 F.2d 432 (9<sup>th</sup> Cir. 1986)  
*Salinger v. Random House, Inc.*, 650 F.Supp 413 (S.D.N.Y. 1986)  
*Craft v. Kobler*, 667 F.Supp 120 (S.D.N.Y. 1987)  
*Salinger v. Random House, Inc.*, 811 F.2d 90 (2<sup>nd</sup> Cir. 1987)  
*New Era Publications International v. Henry Holt and Co., Inc.*, 695 F.Supp 1493 (S.D.N.Y. 1988)  
*Telerate Systems, Inc. v. Caro*, 689 F.Supp 221 (S.D.N.Y. 1988)  
*New Era Publications International v. Henry Holt & Co., Inc.*, 873 F.2d 576 (2<sup>nd</sup> Cir. 1989)  
*Lotus Development Corporation v. Paperback Software International*, 740 F.Supp. 37 (D. Mass. 1990)  
*New Era Publications International v. Carol Publishing Group*, 729 F.Supp. 992 (S.D.N.Y. 1990)  
*New Era Publications International v. Carol Publishing Group*; 904 F.2d 152 (2<sup>nd</sup> Cir. 1990)  
*Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207 (1990)  
*Wojnarowicz v. American Family Association*, 745 F.Supp. 130 (S.D.N.Y. 1990)  
*Wright v. Warner Books, Inc.*, 748 F.Supp 105 (S.D.N.Y. 1990)  
*Acuff-Rose Music, Inc. v. Luther R. Campbell*, 754 F.Supp 1150 (M.D. Tenn. 1991)  
*Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F.Supp 1522 (S.D.N.Y. 1991)  
*Eveready Battery Co., Inc. v. Adolph Coors Co.*, 765 F.Supp 440 (N.D. Ill. 1991)  
*Acuff-Rose Music, Inc. v. Luther R. Campbell*, 972 F.2d 1429 (6<sup>th</sup> Cir. 1992)  
*Africa Institute, Inc. v. Palmer*, 970 F.2d 1067 (2<sup>nd</sup> Cir. 1992)  
*American Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 802 F.Supp. 1 (S.D.N.Y. 1992)  
*Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992)  
*College Entrance Examination Board v. Cuomo*, 788 F.Supp 134 (N.D.N.Y. 1992)  
*Lish v. Harper's Magazine Foundation*, 807 F.Supp. 1090 (S.D.N.Y. 1992)  
*Roger v. Koons*, 960 F.2d 301 (2<sup>nd</sup> Cir. 1992)  
*Sega Enterprises v. Accolade*, 977 F.2d 1510 (9<sup>th</sup> Cir. 1993)  
*Castle Rock Ent. v. Carol Publishing Group, Inc.*, 150 F.3d 132 (2<sup>nd</sup> Cir. 1994)  
*Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)  
*American Geophysical Union v. Texaco, Inc.*, 60 F.3d 913 (2<sup>nd</sup> Cir. 1995)  
*Belmore v. City Pages, Inc.*, 880 F.Supp 673 (D. Minn. 1995)  
*Religious Technology Center v. Lerma*, 908 F.Supp 1362 (E.D. Va. 1995)  
*Robinson v. Random House*, 877 F.Supp 830 (S.D.N.Y. 1995)  
*Monster Communications, Inc. v. Turner Broadcasting System, Inc.*, 935 F.Supp 490 (S.D.N.Y. 1996)  
*Oasis Publishing Company, Inc. v. West Publishing Company*, 924 F.Supp 918 (D. Minn. 1996)  
*Princeton University Press v. Michigan Document Services, Inc.*, 99 F.3d 1381 (6<sup>th</sup> Cir. 1996)  
*Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394 (9<sup>th</sup> Cir. 1997)  
*Los Angeles News Service v. KCAL-TV Channel 9*, 108 F.3d 1119 (9<sup>th</sup> Cir. 1997)  
*Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc.*, 126 F.3d 70 (2<sup>nd</sup> Cir. 1997)  
*Columbia Pictures Industries, Inc. v. Miramax Films Corp.*, 11 F.Supp.2d 1179 (C.D. Cal. 1998)  
*Sundeman v. Seajay Society, Inc.*, 142 F.3d 194 (4<sup>th</sup> Cir. 1998)  
*Eldred v. Reno*, 74 F.Supp.2d 1 (D.D.C. 1999)

*Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland*, 1999 RPC 655  
*Hyde Park Residence Ltd. v. Yelland*, 2000 RPC 604  
*Nunez v. Caribbean International News Corp.*, 235 F.3d 18 (1<sup>st</sup> Cir. 2000)  
*A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9<sup>th</sup> Cir. 2001)  
*Eldred v. Reno*, 239 F.3d 372 (D.C. Cir. 2001)  
*Kelly v. Ariba Soft Corporation*, 280 F.3d 934 (9<sup>th</sup> Cir. 2001)  
*Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Company*, 268 F.3d 1257 (11<sup>th</sup> Cir. 2001)  
*Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting, Inc.*, 305 F.3d 924 (9<sup>th</sup> Cir. 2002)  
*Chicago Board of Education v. Substance, Inc.*, 354 F.3d 624 (7<sup>th</sup> Cir. 2003)  
*Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003)  
*NXIVM Corp. v. The Ross Inst.*, 364 F.3d 471 (2<sup>nd</sup> Cir. 2004)  
*Blanch v. Koons*, 396 F.Supp.2d 476 (S.D.N.Y. 2005)  
*Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc./Google, Inc.*, 2007 DJDAR 6903 (9<sup>th</sup> Cir. 2007)

### B. Deutsche Gerichte

RGZ 128, 102 – *Schlagerliedbuch*  
 RGZ 130, 196 – *Codex Aureus*  
 RGZ 140, 264  
 BGH NJW 1953, 513 – *Unrechtsbewusstsein bei Nothilfehandlungen*  
 BGHZ 9, 262 – *Lied der Wildbahn I*  
 BVerfGE 4, 352 – *Einfuhrgenehmigung*  
 BGHZ 17, 266 – *Grundig-Reporter*  
 BGHZ 26, 52 – *Sherlock Holmes*  
 BGHZ 28, 234 – *Verkehrskinderlied*  
 BVerfGE 7, 198 – *Lüth*  
 BVerfGE 9, 137 – *Einfuhrgenehmigung*  
 GRUR 1962, 207 – *Maifeiern*  
 BVerfGE 38, 367 – *Hamburgisches Deichordnungsgesetz*  
 KG UFITA 64 (1969), 296 – *Extra-Dienst*  
 BGHZ 50, 147 – *Kandinsky*  
 GRUR 1970, 616 – *Eintänzer*  
 BVerfGE 30, 173 – *Mephisto*  
 BVerfGE 31, 229 – *Kirchen- und Schulgebrauch*  
 BVerfGE 31, 270 – *Schulfunksendungen*  
 BVerfGE 32, 311 – *Steinmetz*  
 BGHZ 58, 262 – *Landesversicherungsanstalt*  
 GRUR 1972, 216 – *Handbuch moderner Zitate*  
 BVerfGE 35, 79 – *Hochschul-Urteil*  
 GRUR 1973, 216 – *Handbuch moderner Zitate*  
 BVerfGE 37, 132 – *Vergleichsmiete I*  
 BVerfGE 36, 321 – *Schallplatten*  
 UFITA 78 (1977), 270 – *Unveröffentlichte Dissertation*  
 GRUR 1978, 108 – *Der Spiegel*  
 BVerfGE 45, 400 – *Oberstufenreform*  
 BVerfGE 49, 382 – *Kirchenmusik*  
 BVerfGE 52, 1 – *Kleingarten*  
 BVerfGE 54, 143 – *Taubenfütterungsverbot*  
 GRUR 1981, 352 – *Staatsexamensarbeit*

- BVerfGE 57, 9 – *Einlieferungsersuchen*  
BVerfGE 58, 300, 330 f. – *Naßauskiesung*  
BGHZ 85, 1 – *Presseberichterstattung und Kunstwerkwiedergabe*  
LG München FuR [ZUM] 1984, 475  
KG GRUR 1984, 507 – *Happening*  
BVerfGE 71, 108 – *Anti-Atomkraftplakette*  
GRUR 1985, 874 – *Schulfunksendung*  
GRUR 1986, 59 – *Geistchristentum*  
GRUR 1987, 34 – *Liedtextwiedergabe I*  
GRUR 1987, 362 – *Filmzitat*  
BGH GRUR 1987, 49 – *Cola-Test*  
BVerfGE 79, 29 – *Vollzugsanstalten*  
GRUR 1989, 668 – *Generikum-Preisvergleich*  
OLG Hamburg GRUR 1990, 36 – *Foto-Entnahme*  
OLG München ZUM 1989, 529  
BVerfGE 83, 130 – *Josephine Mutzenbacher*  
BVerfGE 85, 1 – *Bayer-Aktionäre*  
GRUR 1992, 386 – *Altenwohnheim II*  
BGHZ 116, 122 – *Heliumeinspeisung*  
OLG Hamburg ZUM 1993, 35  
BVerfGE 87, 114 – *Pachtzins für Kleingärten*  
BVerfGE 89, 214 – *Bürgerschaftsverträge*  
OLG Hamburg GRUR 1993, 666 – *Altersfoto*  
OLG Köln GRUR 1994, 47 – *Filmausschnitt*  
BGH GRUR 1994, 191 – *Asterix-Persiflagen*  
LG München AfP 1994, 326  
BGH GRUR 1994, 800 – *Museumskatalog*  
BVerfGE 92, 1 – *Sitzblockaden II*  
BGH GRUR 1995, 581 – *Silberdistel*  
LG Berlin NJW 1995, 881 – *Botho Strauß ./ Theater Heute*  
LG Frankfurt a.M. AfP 1995, 687  
KG NJW 1995, 3392 – *Botho Strauß ./ Theater Heute*  
LG Hamburg AfP 1997, 942  
OLG Brandenburg NJW 1997, 1162 – *Stimme Brecht*  
OLG Hamburg, Urt. v. 25.9.1997, Az. 3 U 167/95  
BGHZ 134, 250 – *CB Infobank I*  
LG Hamburg ZUM-RD 1999, 208  
BVerfGE 97, 169 – *Kleinbetriebsklausel I*  
OLG München NJW 1999, 1975 – *Stimme Brecht*  
OLG Hamburg NJW 1999, 3343 – *Berufungsschrift*  
BGH ZUM 1999, 644 – *Laras Tochter*  
BGH GRUR 1999, 707 – *Kopienversanddienst*  
BVerfG ZUM 2000, 316  
OLG Köln GRUR 2000, 417 – *elektronischer Pressespiegel*  
LG Hamburg CR 2000, 355  
BVerfGE 102, 347 – *Schockwerbung I*  
OLG Hamburg AfP 2000, 299  
LG Berlin GRUR 2000, 797 – *Screenshots*  
OLG Hamburg CR 2000, 658 – *elektronischer Pressespiegel*  
BGH GRUR 2001, 51 – *Parfumflakon*

BVerfG GRUR 2001, 149 – *Germania 3*  
 KG GRUR-RR 2002, 313 – *Übernahme nicht genehmigter Zitate aus Tagebüchern*  
 BVerwGE 116, 247  
 LG München I AfP 2002, 444 – *Titelblattgestaltung*  
 BGH GRUR 2002, 605 – *Verhüllter Reichstag*  
 BGH GRUR 2002, 963 – *elektronischer Pressespiegel*  
 BGH GRUR 2002, 799 – *Stadtbahnfahrzeug*  
 AG Köln ZUM 2003, 77 – *TV-Total*  
 BGH GRUR 2003, 876 – *Sendeformat*  
 LG Stuttgart ZUM 2003, 156 – *Spiegel-TV*  
 OLG Hamburg ZUM-RD 2004, 26  
 OLG Stuttgart ZUM-RD 2003, 586  
 BGH GRUR 2003, 956 – *Gies-Adler*  
 LG Frankfurt a.M. ZUM 2004, 394 – *TV-Total*  
 KG GRUR-RR 2004, 228 – *Ausschnittdienst*  
 OLG Hamburg GRUR-RR 2004, 285 – *Markentechnik*  
 LG München I ZUM 2005, 407  
 OLG Frankfurt a.M. ZUM 2005, 477 – *TV-Total*  
 BGH ZUM 2005, 651 – *WirtschaftsWoche*  
 OLG Dresden NJOZ 2007, 1564 – *Online-Videorecorder*

### C. Europäischer Gerichtshof

EuGH (Rs. 48/75), Slg. 1976, 497 – *Royer*  
 EuGH (Rs. 163/82), Slg. 1983, 3273 – *Kommission/Italien*  
 EuGH (Rs. 360/87), Slg. 1991, I-791 – *Kommission/Italien*  
 EuGH (Rs. C-241/91, C-242/91), Slg. I-742 – *Magill TV Guide*  
 EuGH (Rs. C-220/94), Slg. 1995, I-1589 – *Kommission/Luxemburg*  
 EuGH (Rs. C-427/93), Slg. 1996, I-3457 (=GRUR Int. 1996, 1144, 1146 f. – *Bristol-Myers Squibb*)  
 EuGH (Rs. C-337/95), Slg. 1997, I-6013 (=GRUR Int. 1998, 140) – *Dior/Evora*  
 EuGH (Rs. C-162/99), Slg. 2001, I-541 – *Kommission/Italien*  
 EuGH (Rs. C-144/99), Slg. 2001, I-3541 – *Kommission/Niederlande*  
 EuGH (Rs. C-418-01), Slg. 2004 I-5039 – *IMS Health*

## Materialien

- 1790 Copyright Act, <http://www.copyright.gov/history/1790act.pdf> (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- Begründung des Regierungsentwurfes zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BT-Drucks. 15/1487
- Begründung des Regierungsentwurfes zum Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks. 15/38
- Begründung des Regierungsentwurfes zum Urheberrechtsgesetz, BT-Drucks. IV/270, S. 27 ff., UFITA 45 (1965), 240
- Begründung des Regierungsentwurfes zum Zweiten Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes [Anpassung an die Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen], BT-Drucks. 12/4022
- Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zum Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks. 16/5939
- Brief for Petitioners im Verfahren *Eldred v. Ashcroft*, <http://eol.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/opening-brief.pdf> (zuletzt besucht am 12. August 2007)
- Brief of Intellectual Property Law Professors als *amici curiae* im Verfahren *Eldred v. Ashcroft*, <http://eol.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/amici/ip-lawprofs.pdf> (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- Deutsche Übersetzung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/ger.htm> (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- Deutschen Forschungsgemeinschaft, Pressemitteilung Nr. 5 vom 30. Januar 2007, [http://www.dfg.de/aktuelles\\_presse/pressemitteilungen/2007/presse\\_2007\\_05.html](http://www.dfg.de/aktuelles_presse/pressemitteilungen/2007/presse_2007_05.html) (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- Federal Guidelines for Off-Air Recording of Broadcast Programming for Educational Purposes, 1981 Congressional Record, E4750-E4752
- Gentlemen's Agreement, abgedruckt bei Seltzer, Exemptions and Fair Use, S. 192 f.
- Gesetzentwurf zu einem Federal Research Public Access Act of 2006, 109<sup>th</sup> Congress, S 2695, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c109:S.2695>: (zuletzt besucht am 13. September 2007)
- Gesetzentwurf zu einem Public Access to Science Act, 108<sup>th</sup> Congress, HR 2614, <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c108:H.R.2613>: (zuletzt besucht am 13. September 2007)
- GNU Free Documentation License, <http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html> (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- GNU General Public License, <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html> (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- House Report on the Copyright Act of 1976 (abgedruckt bei Nimmer/Nimmer, On Copyright, Appendix 4)
- MIT OpenCourseWare (Massachusetts Institute of Technology), <http://ocw.mit.edu> (zuletzt besucht am 6. August 2007)

- Petition for Guaranteed Public Access to Publicly-funded Research Results, <http://www.ec-petition.eu/> (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- Senate Report on the Copyright Act of 1976 (abgedruckt bei Nimmer/Nimmer, On Copyright, Appendix 4A)
- Übersicht über die *amici curiae* auf Kläger- und Beklagtenseite im Verfahren *Eldred v. Ashcroft*, <http://eldred.cc/legal/supremecourt.html> (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- Übersicht über die Vertragsparteien der revidierten Berner Übereinkunft, [http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country\\_id=ALL&start\\_year=ANY&end\\_year=ANY&search\\_what=C&treaty\\_id=15](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?country_id=ALL&start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&treaty_id=15) (zuletzt besucht am 12. September 2007)
- Urheberrechtsreform 2007. Gesetzestexte und Synopse, <http://gkrw.uni-bayreuth.de/index.php?id=147> (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- Webseite des Creative Commons-Projekts, <http://www.creativecommons.org> (zuletzt besucht am 6. August 2007)
- WTO Dispute Settlement Body, Panel Report, WT/DS/116 (§ 110 [5] US Copyright Act)

## Sachregister

- 1790 Copyright Act 12, 117 f., 127  
1988 Berne Convention Implementation Act 127 f.
- Analogieverbot 98  
Anreiztheorie *siehe* incentive theory  
Arbeitstheorie (John Locke) 116 f.  
Argumentationsasymmetrie 181 f.  
Argumentationssymmetrie 146 ff.  
Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung 174 f.  
Ausschließbarkeit 120
- Belegfunktion *siehe* Zitatzweck  
Bertold Brecht 103  
Bestimmtheitsgebot 175 ff.  
Bündeltheorie (Kartellrecht) 67
- Campbell v. Acuff-Rose 41 f., 45 f., 47, 50 f., 63, 67, 111  
Case by case-Analyse 31, 59, 74, 199  
Classroom Guidelines 29, 30  
Common law 12 ff., 19 f., 56, 118, 125  
Common law copyright 56, 118, 125  
Conference on Fair Use (CONFU) 29  
Continental Congress 10  
Contributory infringement 38  
Copyright clause *siehe* intellectual property clause  
Copyright notice 56, 125, 127  
CTEA *siehe* Sonny Bono Copyright Term Extension Act 1998
- Dior/Evora *siehe* Parfumflakon  
Dispute settlement body *siehe* WTO Streitbeilegungsverfahren  
Distinguishing 16  
Dreistufentest 188 ff.  
– Auslegung 191 ff.  
– Enge Auslegung der deutschen Schranken 99  
– Erscheinungsformen 190  
– Gewisse/bestimmte Sonderfälle 196 ff.  
– Herkunft und Funktion 189  
– Qualitativer/quantitativer Ansatz 193 f.  
– Sonderfälle 193 ff.  
– Umstände des Vertragsschlusses 200 f.
- DRM-Systeme 141  
Dualistische Theorie 150
- Effektivitätsgebot 207, 209  
Eigentumsgarantie 160 f., 162 f.  
Eldred v. Ashcroft 133 ff.  
Elektronischer Pressespiegel 99, 104 f., 110, 112, 172  
Erfahrungsgut 140  
Erschöpfungsgrundsatz 83  
Erstveröffentlichungsrecht 60 f.  
Essential facilities 84 f.  
Exception (Terminologie) 5
- Fair Dealing 36 f.  
Fair Use  
– 1. Faktor 43 ff.  
– 2. Faktor 53 ff.  
– 3. Faktor 61 ff.  
– 4. Faktor 65 ff.  
– Abgrenzung zu Fair Dealing 36 f.  
– Argumentationssymmetrie 146 ff.  
– Campbell v. Acuff-Rose 41 f., 45 f., 47, 50 f., 63, 67, 111  
– Case by case-Analyse 31 f., 59, 74, 199  
– Definitionsversuche 24 f.  
– Dogmatische Einordnung 21 ff.  
– Einzel- und Gesamtabwägung 25 f.

- First Amendment 138
- Folsom v. Marsh 17 f., 19
- Functional Test 70 ff., 74
- Harper & Row v. Nation Enterprises 39 ff., 50, 57 ff., 63 f., 66
- High transaction cost, no harm case 139
- Incidental Use 71
- Intrinsic Use 44
- Kodifikation 18 ff.
- Kommerzialisierung der Benutzung 48
- Lawrence v. Dana 18
- Leitmotiv der Faktoren 72 f.
- Marktperspektive 145 f.
- Marktversagen 138 ff.
- Negative harm, implied consent case 140
- New Era Publications v. Carol Publishing Group 69 f.
- Parodie 32, 41 ff., 55, 63, 69 f.
- Potentielle Märkte 68 f.
- Präambel 27 ff., 51, 68, 198
- Private benefit approach 139
- Productive use *siehe* transformative use
- Public benefit approach 144
- Public interest 26 f.
- Rangfolge der Faktoren 73 f.
- Rechtsfolge 34 f., 79, 175, 181
- Rechtssicherheit 198, 220
- Regel-Ausnahme-Verhältnis 146 ff.
- Reverse engineering 55, 62, 112
- Richterrechtliche Ursprünge 17 f.
- Safe Harbor 31
- Schutz der Privatsphäre 27
- Sony v. Universal 28, 38 f., 42, 44, 47, 48 ff., 62, 66, 112, 140, 147 f.
- Terminologie 35 f.
- Three part test 139
- Thumbnails 46 f.
- Time Inc. v. Bernard Geis Assoc. 25, 26 f.
- Time-Shifting *siehe* Sony v. Universal
- Transaktionskosten 139
- Transformative use 42, 43 ff., 52, 97 f., 111, 143, 195, 199
- Überlappung der Faktoren 73
- Unveröffentlichte Werke 56, 80
- Vergriffene Werke 61
- Verhalten des Nutzers/Urheberrechtsinhabers 52
- Verhältnis zu den 17 U.S.C. §§ 108 ff. 20
- Zusätzliche Faktoren 26
- Fair Use Guidelines 29 ff.
- Fallgruppen 33, 199
- Federal Research Public Access Act of 2006 130
- Feist v. Rural 128
- Filmzitat 218
- First Amendment 138
- First Mover Advantage 121
- Folsom v. Marsh 17 f., 19
- Freie Benutzung (§ 24 UrhG) 35 f., 48
- Freischwebende Güterabwägung 82, 109 f.
- Functional Test 70 ff., 74
- Generalklauseln
  - § 1 UWG a.F. 33
  - Bestimmtheitsgebot 175 ff.
  - Fallgruppenbildung 33
  - Vergleichende Werbung 33 f.
- Gentlemen's Agreement 29
- Germania 3 102 ff., 108, 110, 167, 217
- Gesetzliche Lizenz 78 f., 174, 175 f., 181
- GNU General Public License 130
- Golden Rule 24
- Google Book Search 112 f., 212, 221
- Großes Kleinzitat 102
- Grundgesetz
  - Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung 174 f.
  - Bestimmtheitsgebot 175 ff.
  - Drittwirkung der Grundrechte 167
  - Eigentumsbegriff 160
  - Eigentumsgarantie 160 f., 162 f.
  - Grundrechte als Abwehrrechte 166
  - Institutsgarantie 168 ff., 180
  - Kunst- und Wissenschaftsfreiheit 161 f., 164
  - Persönlichkeitsrecht 161, 162 f.
  - Schutz des Urhebers 159 ff.
  - Schutzgebote 166 ff.
  - Sozialbindung 171 ff.
  - Übermaßverbot 166
  - Untermaßverbot 168
  - Verfassungskonforme Auslegung 167

- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 171, 180 f.
- Grundrechte *siehe* Grundgesetz
- Harper & Row v. Nation Enterprises 39 ff., 50, 57 ff., 63 f., 66
- Heiner Müller 103 f.
- High transaction cost, no harm case 139
- Holding 16
- Idea/Expression Dichotomie 22 f., 54, 55, 65 f.
- IMS Health 84 f.
- Incentive theory 119
  - Droit d'auteur-Elemente 127 ff.
  - Eldred v. Ashcroft 133 ff.
  - Falsifizierung 136
  - Federal Research Public Access Act of 2006 130
  - Feist v. Rural 128
  - Legitimationskrise 124
  - Marktversagen 121 f., 138 ff.
  - Öffentliches Gut 119
  - Open Content 131
  - Open Source Software 130
  - Public Access to Science Act 129
  - Realität kreativen Schaffens 130 ff.
  - Sonny Bono Copyright Term Extension Act 134 f.
  - Sweat of the brow doctrine 128
  - Transaktionskosten 139
  - Typologisches Leitbild 136, 138
  - Urheberrechtsschranken 137
- Incidental Use 71
- Informationsgesellschaftsrichtlinie 201 ff.
  - Dreistufentest 190, 204 f.
  - Effektivitätsgebot 207, 209
  - Katalog von Einzelausnahmen 203 f.
  - Rechtssicherheit 208
  - Schrankengeneralklausel 207 ff.
- Inspektionsgut 140
- Institutsgarantie 168 ff., 180
- Intellectual property clause 11, 45, 111, 122 ff., 133 ff., 142 ff., 179
- Intrinsic Use 44
- John Locke 116 f.
- Kleine Münze 156
- Kleines Großzitat *siehe* Großes Kleinzitat
- Kollektivgut *siehe* Öffentliches Gut
- Konsumrivalität 120
- Kontraktualistische Geldtheorie 116
- Kunst- und Wissenschaftsfreiheit 161 f., 164
- Lawrence v. Dana 18
- Lead Time *siehe* First Mover Advantage
- Legal Realism 13
- Lehre vom Geistigen Eigentum 149
- Lehre vom Urheberrecht als Persönlichkeitsrecht 149
- Leistungsschutzrechte 155
- Limitation (Terminologie) 5
- Marktperspektive 145
- Marktversagen 121 f., 138 ff.
- Moral Rights 126
- Music Guidelines 29
- Negative harm, implied consent case 140
- New Era Publications v. Carol Publishing Group 69 f.
- Obiter Dictum 16, 30
- Off-air Guidelines 29
- Öffentliches Gut 119 ff., 121
- Open Content 131
- Open Source Software 130
- Parfumflakon 83 f., 211 f.
- Parodie 32, 41 ff., 55, 63, 69 f.
- Per-se-rule 58, 62
- Präjudizienbindung
  - Deutschland 178 f., 208
  - USA 15 ff., 198
- Praktische Konkordanz 168
- Private benefit approach 139
- Privatkopie 173, 185
- Public Access to Science Act 129
- Public benefit approach 144
- Public good *siehe* Öffentliches Gut
- Public interest 26 f.

- Rechtsfolgendifferenzierung 78 f.,  
173 ff., 181
- Rechtssicherheit 198 f., 208, 220
- Regel-Ausnahme-Verhältnis 146 ff.,  
182 ff.
- Reverse engineering 55, 62, 112
- Richtlinienkonforme Auslegung 208
- Rule of Reason 24
- Safe Harbor 31
- Schranke (Terminologie) 5
- Schrankengeneralklausel (Deutschland)  
211 ff.
- Auffangtatbestand 218
  - Bestimmtheitsgebot 177 ff.
  - Dreistufentest als Vorbild 215 f.
  - Fair Use als Vorbild 214 f.
  - Große Lösung 213 ff.
  - Informationsgesellschaftsrichtlinie  
207 ff.
  - Kleine Lösung 216 ff.
  - Rechtssicherheit 220
  - Regelbeispiele 218 f.
- Schranken katalog
- Analogieverbot 98 ff.
  - Auslegung 98 ff.
  - Freischwebende Güterabwägung 82,  
109 f.
  - Gesetzliche Lizenz 78 f., 174, 175 f.,  
181
  - Ökonomische Erwägungen 184 ff.
  - Rechtsfolgendifferenzierung 78 f.,  
173 ff., 181
  - Regel-Ausnahme-Verhältnis 182 ff.
  - Rückgriff auf das Grundgesetz 81 f.
  - Schranken außerhalb des UrhG 80 ff.
  - Traditionell enge Auslegung 98 ff.,  
183 f.
  - Übergesetzlicher Notstand 81
  - Überlappung von Schutzrechten  
83 f., 211 f.
  - Verfassungskonforme Auslegung  
104, 109 f., 167
  - Verwertungsbasis 77
  - Zivilrechtliche Rechtfertigungsgründe  
80
  - Zwangslizenz 79, 84
- Schutz der Privatsphäre 27
- Schutzgebote 166 ff.
- Schutzvoraussetzungen
- Deutschland 75 f.
  - USA 127
- Sonny Bono Copyright Term Extension  
Act 134 f.
- Sony v. Universal 28, 38 f., 42, 44, 47,  
48 ff., 62, 66, 112, 140, 147 f.
- Sozialbindung 171 ff.
- Standing on the shoulders of giants  
142 f.
- Stare Decisis 15 f.
- Statute of Anne 9, 12, 117, 145
- Statutory Exceptions 20 f.
- Statutory Law 13 f.
- Substitutionskonkurrenz 91, 186
- Sweat of the brow doctrine 128
- Systemvergleich 4
- Tacit consent 21
- Technologiespezifische Begriffe 99 f.,  
107
- Thumbnails 46
- Time Inc. v. Bernard Geis Assoc. 25,  
26 f.
- Transaktionskosten 139
- Transformative use 42, 43 ff., 52, 97 f.,  
111, 143, 195, 199
- TRIPS-Übereinkommen 190
- Trittbrettfahrer 121 f.
- Überlappung von Schutzrechten 83 f.,  
211 f.
- Urheberpersönlichkeitsrecht 76, 79 f.
- Urheberrechtsreform 2, 85 f., 217 f.
- Urheberrechtstheorie (Deutschland)  
148 ff.
- Dualistische Theorie 150
  - Investitionsschutz 153 ff.
  - Legitimationskrise 151 ff.
  - Lehre vom Geistigen Eigentum 149
  - Lehre vom Urheberrecht als  
Persönlichkeitsrecht 149
  - Monistische Theorie 150
  - Naturrechtliche Basis 156
  - Realität kreativen Schaffens 156 f.
  - Schöpferprinzip 152, 155
  - Typologisches Leitbild 158
  - Urheberrechtsschranken 158 ff.
- Urheberrechtstheorie (USA) *siehe*  
Incentive theory

- VARA *siehe* Visual Artists Rights Act 1990
- Verfassungskonforme Auslegung 104, 109 ff., 167
- Vergleichende Werbung 33 f.
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 171, 180 f.
- Veröffentlichungsrecht 60 f., 79
- Visual Artists Rights Act 1990 128
- Völkergewohnheitsrecht 191
- Vorkonstitutionelles Urheberrecht 10 f.
- WCT *siehe* WIPO Urheberrechtsvertrag
- Werkkategorien
- Deutschland 75 f.
  - USA 127
- Wesentliche Einrichtung *siehe* Essential facilities
- Wheaton v. Peters 117 ff., 123
- Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge 191 ff.
- WIPO Urheberrechtsvertrag 190, 202
- WIPO Vertrag über Darbietungen und Tonträger 190, 202
- Work made for hire-Doktrin 126, 137, 152
- WPPT *siehe* WIPO Vertrag über Darbietungen und Tonträger
- WTO-Streitbeilegungsverfahren 190, 192 f., 196
- Zitierfreiheit
- Bildzitat 102
  - Filmzitat 100 f., 218
  - Germania 3 102 ff., 108, 110, 167, 217
  - Gesetzgeberische Ausgestaltung 87 f.
  - Großes Kleinzitat 102
  - Kleinzitat 94 f.
  - Kritik des § 51 UrhG a.F. 216
  - Leitgedanke 86 f.
  - Musikzitat 95 f.
  - Substitutionskonkurrenz 91, 186
  - Verfassungskonforme Auslegung 104, 109 ff.
  - Vergleich mit der Fair Use Doktrin 96 ff.
  - Wissenschaftliches Großzitat 92 ff.
  - Zitatkategorien 87
  - Zitatzweck 88 f., 92, 103
  - Zweck-Umfang-Relation 89 f.
- Zwangslizenz 79, 84
- Zweiter Korb *siehe* Urheberrechtsreform