

timediaproduzenten – anders als dem Filmhersteller (siehe § 94 UrhG) – kein eigenes Leistungsschutzrecht zusteht.

Es stellt sich damit die Frage, ob der Schutz von Multimediawerken nicht eine weiter gehende Differenzierung erfordert, als dies durch das geltende Urheberrechtsmodell ermöglicht wird. Es handelt sich hierbei nur um ein Beispiel für neue Werkformen, die zwar aufgrund der Offenheit des Urheberrechts gegenüber neuen Schutzgegenständen generell einem Schutz zugänglich sind, einen solchen in adäquater Form jedoch nicht durch das geltende Recht erfährt. Inwiefern dies zu praktischen Problemen führt, ist Gegenstand der Ausführungen in Teil 3<sup>1196</sup>.

## B) Die Expansion des Urheberrechts

Beleuchtet man die Entwicklung des Urheberrechts in neuerer Zeit, zeigt sich, dass dies – wie auch andere Immaterialgüterrechte<sup>1197</sup> – immer mehr ausgeweitet wird<sup>1198</sup>. Diese Ausweitung hat dazu geführt, dass das Urheberrecht sich von seinen ursprünglichen Zielen und Zwecken immer weiter entfernt hat. Es unterliegt damit einem stetigen Funktionswandel. Diese Tatsache manifestiert sich an verschiedenen Regelungsaspekten, von denen im Folgenden einige genannt werden sollen.

1196 Siehe dort v. a. Kapitel 2 *passim*.

1197 So auch *Cornish* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 9 (9), der sich in diesem Artikel sehr instruktiv mit Ursache und Wirkung der Expansion der Immaterialgüterrechte auseinandersetzt. Er bezeichnet die gegenwärtige Situation der Entwicklung der Schutzrechte als „*An age of expansion*“ und umschreibt dies wie folgt (S. 9): „*We are in full flush of an expansion of IPRs, after a quarter-century – the Age of the New International Economic Order – where comparatively little happened, certainly little that was strikingly new.*“

1198 So z. B. auch *Dreier/Schulze-Dreier*, Einleitung, Rdnr. 40; *Kreutzer*, Spannungsfeld, S. 109 (112); ders. Geistiges Eigentum, S. 8; *Cornish* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 9 (9); *Peukert* in *Hilty/Peukert*, S. 11 (11); *Beldiman* in *Hilty/Peukert*, S. 187 ff. (*passim*). Vgl. zu der, diesen Effekt verstärkenden Praxis der Ausweitung von Schutzrechten durch Verträge, insbesondere allgemeine Geschäftsbedingungen, z. B. *Kreutzer*, Verbraucherschutz, *passim*, z. B. S. 8.

# 1) Die faktische Ausweitung des Urheberrechtsschutzes auf die reine Benutzung digitaler Werke mittels datenverarbeitender Technologie

## a) Vervielfältigungsrecht und Benutzung digitaler Werke

Durch die Richtlinie 2001/29/EG wurde in der EU der Vervielfältigungsbegriff harmonisiert<sup>1199</sup>. Damit gilt nunmehr in allen Mitgliedstaaten ein sehr weit gehendes Verständnis des Vervielfältigungsrechts, das auch flüchtige und rein technisch bedingte (Zwischen-)Speicherungen erfasst. Diese Vorgabe hat Folgen. Versteht man das Vervielfältigungsrecht derart extensiv, führt dies bei der Verwendung digitaler Werkstücke faktisch zur Ausweitung des Urheberrechtsschutzes auf den Konsum, d. h. die bestimmungsgemäße Benutzung des Werkes<sup>1200</sup>. Dies hat zur Folge, dass die reine Rezeption geschützter Werke, die bisher ohne Weiteres frei war, unter die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers fällt. Während also analoge Werkexemplare wie Schallplatten, Bücher, Filme, Gemälde oder Lichtbilder beliebig oft und an jedem Ort gehört, gelesen oder angesehen werden können, muss der Nutzer für entsprechende Vorgänge bei digital gespeicherten Werken Vervielfältigungsrechte – jedenfalls theoretisch – erwerben. Dies bedeutet nicht nur eine massive Ausweitung des Urheberrechts zu Lasten des ungeschützten Bereichs, sondern führt gleichermaßen zu einem Paradigmenwechsel im Urheberrecht.

1199 In Art. 2 der Richtlinie wird das Vervielfältigungsrecht folgendermaßen geregelt: „Die Mitgliedsstaaten sehen für folgende Personen das ausschließliche Recht vor, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten: a) für die Urheber in Bezug auf ihre Werke, b) für die ausübenden Künstler in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen, c) für die Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger, d) für die Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen in Bezug auf das Original und die Vervielfältigungsstücke ihrer Filme, e) für die Sendeunternehmen in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Sendungen, unabhängig davon, ob diese Sendungen drahtgebunden oder drahtlos, über Kabel oder Satellit übertragen werden.“ Auch nach geltendem Recht geht man von einem weiten Vervielfältigungsbegriff aus. Hiernach ist Vervielfältigung „jede körperliche Festlegung eines Werks, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen“, vgl. etwa BGH GRUR 1991, S. 449 (453) – Betriebssystem, m. Anm. v. Gravenreuth; Schricker/Loewenheim, § 16, Rdnr. 2 und 6, jeweils m. w. Nachw. Eine Umsetzung der europäischen Vorgabe war angesichts dessen nicht notwendig.

1200 Hiermit gemeint ist der bloße „rezeptive Genuss“ eines Werkes im Gegensatz zu dem „aktiven Gebrauch“ (vgl. Fromm/Nordemann-Nordemann, § 15, Rdnr. 1). Dieser ist urheberrechtlich nicht geschützt, vgl. nur BGH GRUR 1994, S. 363 (354) – Holzhandelsprogramm.

Für die Benutzung digitaler Werke sind regelmäßige Vervielfältigungen erforderlich. Dies ergibt sich einerseits aus technischen, andererseits aus faktischen Notwendigkeiten.

So kommt es bereits beim Konsum digitaler Werke, soweit dieser unter Einsatz eines PCs und damit der Datenverarbeitung ist einem Mikroprozessor vorgenommen wird, ebenso wie bei Verwendung anderer Datenverarbeitungs- oder -übertragungstechnologien in den meisten Fällen zu flüchtigen (Zwischen-)Speicherungen im Arbeitsspeicher (RAM)<sup>1201</sup>. Sowohl beim *Browsing* im WWW, beim *Routing*<sup>1202</sup> oder beim *Browser-* oder *Proxy-Caching*<sup>1203</sup> als auch bei dem Ablauf eines Computerprogramms oder bei dem Abruf von Einträgen in einer elektronischen Datenbank werden vom Computer ephemere Kopien des Werkes im Arbeitsspeicher abgelegt<sup>1204</sup>.

1201 *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 175.

1202 Vgl. hierzu *Bechtold*, ZUM 1997, S. 436; *Loewenheim/Koch*, Online-Recht, S. 307.

1203 Hierbei wird zur Beschleunigung des erneuten Seitenaufbaus im WWW eine Kopie der Seite (und damit auch etwaigem geschützten Materials) im Arbeitsspeicher des PCs angelegt, welche beim Beenden des Programms gelöscht wird. Auch legt der Browser von den zuletzt aufgerufenen Seiten Kopien in einem bestimmten Cache-Speicher an, welche z. B. bei Netscape erst dann gelöscht werden, wenn der Speicher, dessen Größe vom Nutzer bestimmbar ist, voll ist. Das *Caching* wird auch von Internet-Providern genutzt, um die Kapazitäten der überlasteten Leitungen zu erweitern. Zu diesem Zweck legt der Provider auf einem sog. *Proxy-Server* eine Zwischenspeicherung der von seinen Usern abgerufenen Daten auf einem weiteren Speichermedium (als Spiegeldatei) an, auf die die Nutzer dann zugreifen können. Angesichts der wachsenden Frequentierung des Internets ist diese Dezentralisierung der Speicherorte unerlässlich, um den Datenfluss zu gewährleisten.

1204 Ausführlich hierzu *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 174 ff., der darauf hinweist, dass zwar regelmäßig, aber nicht in jedem Fall der Ablauf eines Computerprogramms mit einer Vervielfältigung im Arbeitsspeicher beginne. Dies sei z. B. nicht der Fall, wenn eine Kopie sich noch von einer früheren Nutzung im Arbeitsspeicher oder einem Festwertspeicher befindet, auf die der Computer zurückgreift. Siehe auch *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 30 ff. Einen weiteren Sonderfall bildet das Nutzungsmodell des *Application Service Providing* (ASP), auch als *Software as a Service* (SaaS) bezeichnet. Hierbei handelt es sich um eine Methode, Software nicht auf dem eigenen Rechner, sondern auf der Hardware eines Dritten ablaufen zu lassen. Eine Form dieses Konzepts bildet das sog. „Emulation-ASP“. Beim Emulations-ASP, das im Folgenden stellvertretend für derartige Nutzungsmodelle (vgl. zu den anderen Formen des ASP, *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, S. 81 (82) kurz ASP bezeichnet werden soll, erhält der Verwender eines Computerprogramms Zugriff auf den Server des Anbieters, auf dem allein das Programm abläuft (vgl. *Czychowski/Bröcker*, MMR 2002, S. 81 (82), *Sedlmeier/Kolk*, MMR 2002, S. 75 (76). Hierbei entstehen auf dem Rechner des Verwenders weder dauerhafte noch flüchtige Vervielfältigungsstücke. Die einzige Nutzung des Rezipienten der Dienstleistung liegt in der Bildschirmansicht und gegebenenfalls in der Steuerung des Ablaufs der Programmfunktionen. Zu diesem Zweck wird u. U. lediglich ein Browser, evtl. auch ein Steuerungsprogramm benötigt. Letzteres wird sich zwar auf dem Rechner des Nutzers befinden und dort ablaufen; dieses ist jedoch von dem gesteuerten Programm zu unterscheiden (so auch *Sedlmeier/Kolk*, ebd.). Das Konzept führt dazu, dass nicht die Vertei-

Dies mag bei der Verwendung digitaler Werke, die auf materiellen Werkträgern (etwa einer CD) gespeichert sind, nicht stets der Fall sein<sup>1205</sup>. Jedenfalls aber bei der Benutzung immaterieller Werkstücke, die nicht auf physischen Werkträgern in den Besitz des Nutzers gelangen, ist der Zusammenhang zwischen Rezeption und Vervielfältigungsrecht untrennbar. Erwirbt jemand beispielsweise eine Musikdatei bei einem kommerziellen Online-Dienst, muss er diese schon für die Primärnutzung auf seinem Computer downloaden, also vervielfältigen. Hat er die „Sachherrschaft“ über die Datei dann einmal erlangt, ist es dem Nutzer nicht möglich, hierüber frei zu verfügen, ohne sie zu vervielfältigen. Dies beginnt schon damit, dass der Speicherort – z. B. zu dem Zweck, das Musikwerk mit anderen technischen Geräten abspielen zu können – nur durch immaterielle Übertragung gerändert werden kann. Erforderlich ist hierfür wiederum eine Vervielfältigung, z. B. durch das Speichern auf einem Wechselmedium oder einem Datenträger. Dies wiederum ist Voraussetzung für die Nutzung auf einem anderen Gerät. Vergleicht man hiermit die Benutzung eines Buches, das einmal gekauft jederzeit und überall, so oft wie gewünscht gelesen werden kann, zeigt sich der Unterschied zwischen digitaler und analoger Nutzung sehr deutlich.

Die rechtliche Einordnung der genannten Kopiervorgänge ist eindeutig. Jede dieser „benutzungsinduzierten“ Vervielfältigungen – seien sie flüchtiger oder dauerhafter Natur – fallen unter das Recht des Urhebers aus § 16 Abs. 1 UrhG<sup>1206</sup>. Dies ergibt sich hinsichtlich der ephemeren Vervielfältigung von Computerprogrammen unmittelbar aus § 69c Ziff. 1 S. 2 UrhG<sup>1207</sup> und wurde auch bei anderen Werkarten stets von der wohl h. M. angenommen<sup>1208</sup>. Spätestens seit Verabschiedung der Richtlinie 2001/29/EG kann hieran kein Zweifel mehr bestehen<sup>1209</sup>.

lung geschützter Güter, wie es das Urheberrecht zum Vorbild hat, den Markt definiert, sondern der reine Zugang zu diesen. Die Bedeutung des Eigentums tritt auf diese Weise gegenüber der Nutzungsmöglichkeit in den Hintergrund (so auch *Czychowski/Bröcker*, ebd., S. 81).

1205 Auch bei dem Ablufenlassen von materiellen Datenträgern werden jedoch zumeist Daten in den Arbeitsspeicher überführt, um die Prozesse zu beschleunigen.

1206 Vgl. aus der neueren Rechtsprechung etwa OLG Hamburg MMR 2001, S. 533 f. – Roche Lexikon zur Nutzung von elektronischen Datenbankwerken.

1207 § 69d Abs. 1 UrhG relativiert dieses sehr weit gehende Zustimmungsbedürfnis mit einer Schranke. Diese greift, soweit die Vervielfältigung für eine bestimmungsgemäße Benutzung durch eine zur Verwendung der Software berechtigte Person notwendig ist.

1208 Dies war vor Inkrafttreten der RL 2001/29/EG immerhin streitig. Nachweise zu diesem Meinungsstreit finden sich bei *Haberstumpf* in Computerprogramme, Rdnr. 117 ff. und bei *Schricker/Loewenheim*, § 16, Rdnr. 9; *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 164 ff.; offengelassen von BGH GRUR 1991, S. 449 (453) – Betriebssystem und BGH GRUR 1994, S. 363 (365) – Holzhandelsprogramm. Das Hauptargument für die Gegenansicht ist, dass die Speicherung im RAM nur der Nutzung des Programms diene und eine Erweiterung des Nutzerkreises oder der erlaubten Handlungen dadurch nicht statfinde. Die Erfassung der Speicherung im Arbeitsspeicher komme der urheberrechtlichen Erfassung der reinen Benutzung gleich, was systemfremd sei (so *Loewenheim* in FS v. *Gamm*, S. 423 (430 ff.)). Nach *Dreier* in *Be-*

Der Einwand des Bundesgerichtshofs, dass zwischen dem eigentlichen Genuss und der hierfür notwendigen Vervielfältigung grundsätzlich zu unterscheiden ist<sup>1210</sup>, ist angesichts dieser technisch-faktischen Notwendigkeiten rein dogmatischer Natur. Für die betroffenen Nutzer ergibt sich hieraus kein Unterschied, wenn sich die bestimmungsgemäße Verwendung nur nach einer zustimmungsbedürftigen Vervielfältigung realisieren lässt. Man kann mithin jedenfalls von einer faktischen Ausweitung des Vervielfältigungsrechts auf die Benutzung sprechen<sup>1211</sup>. Diese hat zur Folge, dass für einen rezeptiven Genuss – soweit nicht Schrankenregelungen eingreifen – generell Nutzungsrechte erworben werden müssen<sup>1212</sup>.

b) Korrektur der faktischen Ausweitung des Urheberrechts auf die reine Benutzung durch Schrankenvorschriften?

aa) Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Nach alter Rechtslage, also vor Inkrafttreten des „Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ im September 2003, wurde durch das Urheberrecht – abgesehen von der Bereichsausnahme des § 69d Abs. 1 UrhG, die al-

*cker/Dreier*, S. 123 (136) habe sich die Bewertung einzig an den Kontroll- und Partizipationsinteressen des Urhebers zu orientieren. Dieses dürfte z. B. bei der Entstehung von flüchtigen, immateriellen Vervielfältigungen im Rahmen eines zulässig vorgenommenen Übertragungsvorgangs über ein Datennetz und den hierbei automatisch erfolgenden Kopien kaum beeinträchtigt werden. Ähnlich argumentierte v. *Lewinski*, UFITA 136 (1998), S. 117, die die Ansicht vertrat, dass *Caching* und *Browsing* deshalb zustimmungspflichtig sein sollten, da die Zwischenspeicherung eine intensivere Nutzung des Werkes ermögliche.

1209 Siehe *Dreier/Schulze-Dreier*, § 44a, Rdnr. 1.

1210 Hiernach ist die bloße Benutzung eines Computerprogramms oder eines anderen digitalen Werkes an sich ebenso wenig zustimmungsbedürftig, wie die bloße Bildschirmansicht, BGH GRUR 1991, S. 449 (453) – Betriebssystem; BGH GRUR 1994, S. 363 (354) – Holzhandelsprogramm. Ebenso die h. M., vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 69c Rdnr. 10, *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 175 jeweils m. w. Nachw. Dagegen hatte *Kindermann*, GRUR 1983, S. 150 (161) seinerzeit gefordert, den bloßen Programmablauf eines Computerprogramms mittels einer extensiven Auslegung des Vervielfältigungsbegriffes zu erfassen.

1211 Siehe oben bei Fn. 1212 und 1210; so auch *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 175; *Schricker/Loewenheim*, § 69c, Rdnr. 10. Gleiches gilt auch für die Bildschirmansicht, vgl. *Marly*, ebd., S. 178; *Schricker/Loewenheim*, ebd.

1212 Dies gilt besonders für Computerprogramme. Vgl. *Jaeger/Metzger*, S. 77; OLG München, Urteil vom 03.07.2008, Az. 6 U 2759/07, S. 7 – UsedSoft. *Kindermann*, GRUR 1983, S. 150 (157) hebt hervor: „Das zur unmittelbaren Nutzung eines Computerprogramms notwendige Nutzungsrecht ist das Vervielfältigungsrecht in dem Umfang, in dem es der Kunde zum bestimmungsgemäßen Gebrauch des Programms benötigt.“

lein für Computerprogramme galt – keine Schrankenregelung vorgesehen, die benutzungsinduzierte Vervielfältigungen gestattet hätte. Dem nach h. M.<sup>1213</sup> sehr weiten Verständnis vom Vervielfältigungsbegriff stand damit insofern kein Korrektiv gegenüber.

Der Nutzer hätte sich damit einzig auf die allgemeine Privatkopieschranke in § 53 Abs. 1 UrhG berufen können, die allerdings keine Unterschiede zwischen benutzungsinduzierten und sonstigen Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch macht. Zwar gilt die Schranke generell auch für die digitale Privatkopie<sup>1214</sup>. Diese Gleichbehandlung kann jedoch angesichts des Umstandes, dass nur „*einzelne*“ Vervielfältigungsstücke angefertigt werden dürfen, bei benutzungsinduzierten Vervielfältigungen zu erheblichen Einschränkungen im Vergleich zur Benutzungsfreiheit im analogen Bereich führen. Als „normale“ Vervielfältigung muss jede, technisch oder faktisch erforderliche Kopie bei der Beurteilung, ob sich die Zahl der Vervielfältigungen noch im Rahmen des nach § 53 Abs. 1 UrhG Zulässigen hält, eingerechnet werden.

In Bezug auf die Frage, wie groß die Anzahl privater Kopien, die von einem einzelnen Werkexemplar angefertigt werden, sein darf, wird noch heute vielfach auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1977 verwiesen<sup>1215</sup>. Hiernach sollen maximal sieben Vervielfältigungsstücke zulässig sein. Obgleich diese Zahl nicht absolut zu verstehen ist, wird sie doch generell als Obergrenze angesehen<sup>1216</sup>. Bei der Beurteilung dieser zahlenmäßigen Beschränkung der Privilegierung ist zwar grundsätzlich zu berücksichtigen, wie viele Vervielfältigungsstücke für den Gebrauch in der Privatsphäre zur Befriedigung rein persönlicher Bedürfnisse erforderlich sind<sup>1217</sup>. Dennoch wird deutlich, dass im Zuge des privaten Gebrauchs eines digitalen Werkes mittels eines Computers mit der Zeit mitunter deutlich mehr als „*einzelne*“ Vervielfältigungsstücke erzeugt werden müssen. Dies wäre mit dem herkömmlichen Verständnis vom Umfang der Privatkopierschranke in § 53 Abs. 1 UrhG wohl nicht mehr vereinbar. Damit sind die Möglichkeiten einer Inanspruchnahme der Privatkopieschranke im digitalen Bereich aufgrund der nutzungsinduzierten Vervielfältigungen wesentlich eingeschränkt. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Besonderheiten digitaler Nutzung bei der Frage nach der zulässigen Anzahl von Pri-

1213 Nachweise s. o., Fn. 1208.

1214 Vgl. Dreier in Informationsgesellschaft, S. 165; Kreutzer, GRUR 2001, S. 193 (200). Auch der Gesetzgeber weist in der Begründung zum Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft ausdrücklich darauf hin, dass eine Ungleichbehandlung nicht gewollt ist (siehe BT-Drsks. 15/38, S. 20). Zur Klarstellung wurde in § 53 Abs. 1 UrhG die Formulierung „*auf beliebigen Trägern*“ eingefügt.

1215 Vgl. BGH GRUR 1978, S. 474 (475) – Vervielfältigungsstücke

1216 Vgl. Schricker/Loewenheim, § 53, Rdnr. 14.

1217 So Schricker/Loewenheim, § 53, Rdnr. 14.

vatkopien zu berücksichtigen sind<sup>1218</sup>, verbleiben bei einer Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG auf digitale Nutzungsvorgänge und die hierbei entstehenden ephemeren Vervielfältigungen erhebliche Rechtsunsicherheiten<sup>1219</sup>.

1218 So Möhring/Nicolini-Decker, 2. Auflage, § 53 Rn. 8; in diese Richtung auch Loewenheim-Loewenheim, § 31 Rn. 22; Spindler, GRUR 2002, 105, 118. Es wird jedoch, unter Verweis auf den Umstand, dass digitale Vervielfältigungen keinen Qualitätsverlusten unterliegen, auch das Gegenteil vertreten, vgl. z. B. Stickelbrock, GRUR 2004, S. 736 (737); weitere Nachweise bei Schenk, Die digitale Privatkopie, S. 33.

1219 Wie viele Privatkopien eine Person genau anfertigen darf, ist Frage des Einzelfalls und entzieht sich einer abstrakten Beurteilung. In der bislang einzigen höchstrichterlichen Entscheidung entschied der BGH im Jahr 1978 zu dieser Frage, dass die Anfertigung von mehr als sieben Kopien eines Schulbuches zu Unterrichtszwecken nicht mehr von der Privatkopieschranke gedeckt sei (siehe BGH GRUR 1978, S. 474 ff. – Vervielfältigungsstücke; die ersichtlich einzigen instanzgerichtlichen Urteile, die sich mit diesem Problem beschäftigen, sind die beiden Vorinstanzen: LG Bremen GRUR 1976, S. 202 ff. sowie OLG Bremen JZ 1976, S. 597 ff.). Die Zahl Sieben hat sich seitdem in der Praxis als grundsätzlich zulässige Obergrenze eingespielt (Schricker/Loewenheim, § 53, Rn. 14). Allerdings steht die einschlägige Rechtsliteratur dieser Annahme weit überwiegend kritisch gegenüber und verweist auf den beschränkten Aussagegehalt des BGH-Urteils (zur Kritik: Loewenheim-Loewenheim, § 31 Rn. 22; Kress, Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, 2004, S. 174 m. w. Nachw.). Eine absolute Aussage dahingehend, dass stets sieben Kopien zulässig seien, lässt sich dem Urteil auch nicht entnehmen (ganz h. M., so z. B. auch Röhl/Bosch, NJW 2008, S. 1415 (1416): „grobe Richtschnur für die Praxis“). Wie viele Vervielfältigungsstücke zulässig sind, hängt vielmehr davon ab, wie viele Kopien im jeweiligen Fall für die Befriedigung der rein persönlichen Bedürfnisse des Erstellers und der mit ihm privat verbundenen Personen benötigt werden (h. M., vgl. nur Schenk, Die digitale Privatkopie, S. 33). Die hiernach generell zulässige Zahl wird höchst unterschiedlich beurteilt. Die Ansichten gehen von „einer einzigen“, „einigen wenigen“ bis zu der Aussage: „während für den Gebrauch durch die eigene Person meist ein einziges Exemplar genügt, kann es für den Gebrauch im Familien- oder Freundeskreis erforderlich sein, dass jeder der Beteiligten ein Vervielfältigungsstück besitzt.“ (so Schricker/Loewenheim, § 53, Rn. 14. Vgl. ebd. auch zu den abweichenden Ansichten in der Rechtsliteratur). Manche Autoren halten mit Verweis auf die Gesetzesbegründung 1965 (BT-Drucks. IV/270, S. 73) eine Anzahl von 5-6 Kopien für zulässig (Nachweise bei Nippe, GRUR 1994, S. 888 ff.). In der (neueren) Gesetzesbegründung zum „1. Korb“ heißt es dagegen (BT-Drucks. 15/38, S. 39): „Es erscheint hingegen nicht sachgerecht, den Umfang privater Kopien per Gesetz quantitativ festzulegen. Maßgeblich ist nach geltendem Recht der jeweils mit der Vervielfältigung persönlich verfolgte Zweck im Einzelfall. Dessen Beurteilung in Zweifelsfällen muss der Rechtsprechung überlassen bleiben. Grundsätzlich wird sich die Privatkopie auf wenige Exemplare beschränken. Es ist aber durchaus denkbar, dass in einem Fall bereits ein Vervielfältigungsstück ausreicht, während in einem anderen mehrere Exemplare zulässig sind. Eine numerisch bestimmte Obergrenze schafft demgegenüber den Anreiz, diese auch auszuschöpfen.“



bb) Rechtslage nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft

Auch nach der Reform des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft durch den 1. und 2. Korb<sup>1220</sup> hat sich an der Tatsache, dass der Ausweitung der urheberrechtlichen Monopolstellung durch Schrankenregelungen nur unzureichend begegnet wird, nichts geändert. Die gesetzliche Erlaubnis, digitale Vervielfältigungen zu erstellen, ergibt sich nach wie vor insbesondere aus § 53 UrhG, der durch die beiden Reformstufen nicht etwa ausgeweitet, sondern vielmehr weiter eingeschränkt wurde<sup>1221</sup>.

Im Bereich der technischen Vervielfältigungen wurde durch das „Erste Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ als Korrektiv<sup>1222</sup> die neue Schranke des § 44a UrhG implementiert. Diese vermag die Ausweitung des urheberrechtlichen Schutzes auf benutzungsinduzierte Vervielfältigungen nicht auszugleichen. Die Regelung ist sehr eng formuliert und erfasst nicht alle technischen Vervielfältigungen, die im Rahmen der passiven Rezeption digital gespeicherter Werkexemplare entstehen können. Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, die *„flüchtig oder begleitend sind“*, sind hiernach nur dann vom ausschließlichen Vervielfältigungsrecht ausgenommen, wenn sie lediglich

„einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist, 1. eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder 2. eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes zu ermöglichen, und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben“.

1220 Die Reform, die jedenfalls dem Namen nach die Anpassung des Urheberrechts an die Belange einer sich wandelnden Gesellschaft und technischen Realität realisieren soll, dient der Umsetzung der sog. „InfoSoc-Richtlinie“ 2001/29/Erwägungsgrund. Das (Erste) „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ wurde durch Beschluss des Bundestages am 11. Juli 2003 verabschiedet und ist am 13. September 2003 in Kraft getreten (siehe BGBl. Teil I/2003, Nr. 46, vom 12. September 2003, S. 1774). Das „Zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ trat am 1. Januar 2008 in Kraft (siehe BGBl. Teil I Nr. 54, 2007 vom 31. Oktober 2007, S. 2513 ff.). Vgl. zum Zustandekommen des Gesetzes *Kreutzer*, Spannungsfeld, S. 109 (113 ff.).

1221 Dies gilt insbesondere für die neu eingeführte Beschränkung des Anwendungsbereichs von § 53 Abs. 1, Satz 1 UrhG, nach der dieser nur solche Vervielfältigungen legitimiert, die nicht von einer „offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage“ angefertigt wurden. Siehe hierzu unten, Punkt IV.B.4.c.aa).

1222 Vgl. die Begründung zu § 44a UrhG, mit dem die zwingende Ausnahme in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG umgesetzt wurde, im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“, BT-Drcks. 15/38, S. 18. Das Ziel einer Ausgleichfunktion dieser Regelung geht aus den Erwägungsgründen der Richtlinie weniger klar hervor. Hier wird allein auf die fehlende (wirtschaftliche) Relevanz für den Rechtsinhaber abgestellt (vgl. Erwägungsgrund 33 der RL 2001/29/EG), was die einseitige Ausrichtung der Schranke auf die Interessen der Rechtsinhaber einmal mehr verdeutlicht.



Die Schranke ist dabei vorrangig auf die im Online-Verkehr entstehenden technischen Vervielfältigungsvorgänge, z. B. im Rahmen des *Routing* oder *Caching*, ausgerichtet<sup>1223</sup>. Eine Berufung auf die Vorschrift ist nur entweder technischen Dienstleistern, die die Übertragung im Netz ermöglichen, oder rechtmäßigen Nutzern gestattet. Rechtmäßig i.d.S. ist eine Nutzung, die vom Rechtsinhaber zugelassen bzw. nicht durch Gesetze beschränkt ist<sup>1224</sup>. Nutzungshandlungen, die durch eine Nutzungsrechtsvereinbarung oder eine Schrankenbestimmung nicht ohnehin gestattet sind, profitieren also nicht von der Freistellung für technisch bedingte Vervielfältigungen. Eine Schranke, nach der technisch induzierte und für die bestimmungsgemäße Benutzung digitaler Werke erforderliche Vervielfältigungshandlungen vom Urheberrecht allgemein freigestellt werden, existiert damit nicht<sup>1225</sup>.

Diese Funktion kann und soll auch § 44a UrhG nicht erfüllen, was sich an den erheblichen Beschränkungen der Regelung zeigt. Dies gilt v. a. für die Restriktion, dass die hiernach zulässigen Vervielfältigungshandlungen keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung aufweisen dürfen. Für die Benutzung von Werken bedeutet dies, dass die hierfür notwendigen Vervielfältigungen – wenn überhaupt – nur insoweit freigestellt sind, als ihnen neben anderen vergütungspflichtigen Handlungen keine zusätzliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt<sup>1226</sup>.

Sobald Zwischenspeicherungen etwa der Beschleunigung der technischen Nutzungsabläufe dienen, könnte man ihnen eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zumessen. Hierdurch wiederum käme der reinen Benutzung urheberrechtliche Bedeutung zu. Eine Freistellung von Verbots- und Vergütungsrecht käme dann – wenn nicht andere Schrankenbestimmungen die Vervielfältigung ausnahmsweise gestatten – nicht in Betracht<sup>1227</sup>.

1223 So ausdrücklich die Begründung zu § 44a UrhG, BT-Drsks. 15/38, S. 18.

1224 So Erwägungsgrund 33 der RL 2001/29/EG. Vgl. auch *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 8.

1225 Wie bereits ausgeführt, ist § 53 UrhG nicht auf solche Fälle ausgerichtet. Die Schranke wird daher häufig, aber nicht immer eingreifen. Vor allem gilt diese nicht für gewerbliche Benutzungshandlungen. Will ein Nutzer beispielsweise eine Daten-CD vervielfältigen, die er rechtmäßig erworben hat, um sie in seinem Betrieb zu benutzen, ist er hierzu nicht – auch nicht nach § 53 Abs. 1 UrhG – berechtigt.

1226 Dies gilt im Übrigen schon bei flüchtigen Vervielfältigungen von Werkteilen, wenn diese für sich genommen urheberrechtsschutzfähig sind, vgl. *König*, Rdnr. 524; *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 174. Bei der Größe der heutzutage in normalen Heimanwender-PCs verbauten Arbeitsspeicher, bedeutet dies indes nur eine geringe Einschränkung. Hierdurch bedingt ist es möglich, größere Teile oder auch ganze Werke flüchtig zwischenzuspeichern, um die Datenverarbeitungsvorgänge zu beschleunigen. Auch die Entnahme von Teilen einer elektronischen Datenbank per rechnergesteuertem Zugriff kann nach ganz h. M. bereits einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht bedeuten und ist damit keine bloße Benutzung.

1227 Dies könnte etwa in folgendem Beispiel zu einer Erstreckung des Urheberrechts auf reine Benutzungshandlungen führen: Angenommen ein gewerblicher Nutzer würde eine Technologie einsetzen, die durch zusätzliche unterstützende Zwischenspeicherungen eine Beschleuni-

Eine weitere, erhebliche Einschränkung erfährt die Schrankenbestimmung dadurch, dass hiernach nur „flüchtige und begleitende“ Vervielfältigungen freigestellt werden. Ob die Regelung die für einen technisch ungehinderten Datenverkehr und die Verwirklichung notwendigen Freiheiten tatsächlich eröffnet, muss die Praxis erweisen. Jedenfalls ergeben sich hieraus für neue Formen der Übermittlung zunächst erhebliche Unsicherheiten. Fraglich ist etwa, ob die im Rahmen der Übertragung von Rundfunksignalen über das Internet oder andere Online-Infrastrukturen notwendigen Zwischenspeicherungen hierunter fallen. Bei solchen Angeboten müssen die Inhalte im Zweifel auf Servern zwischengespeichert werden, um über IP-gestützte Empfangstechnologien (v. a. PCs) abgerufen werden zu können. Sind derartige Zwischenspeicherungen nicht nur von sehr kurzer Dauer stellt sich bereits die Frage nach der Anwendbarkeit des § 44a UrhG, da sie u. U. nicht als „flüchtig“ im Sinne der Norm angesehen werden könnten. Je nach Vermittlungsform (man denke etwa an Video-On-Demand oder Near-Video-On-Demand-Angebote) können derartig länger währende, dennoch die eigentliche Verwertungshandlung rein unterstützende Zwischenspeicherungen jedoch notwendig sein. Auch ist zumindest fraglich, ob solchen Vervielfältigungen nicht eine eigene wirtschaftliche Bedeutung zukommt<sup>1228</sup>.

Das Beispiel zeigt im Vergleich zur Nutzung von Werken über den herkömmlichen, analogen Rundfunk, dass die Bedeutung des Vervielfältigungsrechts bei digitalen Verwertungsformen erheblich gesteigert ist. Trotz – in wirtschaftlicher und

gung der Verarbeitungsgeschwindigkeit seines Computers bei dem Abspielen von Film-Dateien herbeiführt, indem sie große Teile der Werke (Film-Dateien) in einem besonders schnellen Speicher (u. U. sogar dauerhaft) zwischenspeichert. Derartige Vervielfältigungen würden im Zweifel nicht unter § 44a UrhG fallen, da ein wirtschaftliches Interesse der Rechtsinhaber insoweit bestehen könnte, als aufgrund deren Herstellung eine intensivere (da technisch verbesserte) Nutzung ermöglicht würde. Da es sich zudem nicht um einen wesentlichen (also notwendigen) Bestandteil der Datenverarbeitung handelt, käme auch insofern u. U. eine Anwendbarkeit der Schranke nicht in Betracht. Auch § 53 UrhG kann zur Korrektur nicht herangezogen werden, da es sich um eine gewerbliche, also keine private Nutzung handelt (keine Anwendung von § 53 Abs. 1 UrhG) und nicht nur kleine Teile des Werkes vervielfältigt werden (keine Anwendung von § 53 Abs. 2 Nr. 4a UrhG).

- 1228 Ein Beispiel sind die Speicherungen von Fernsehsendungen durch „Personal Video Recorder“ (oder „Online-Videorekorder“), die im Rahmen technischer Prozesse auf Servern entstehen, damit die Sendungen zu privaten Zwecken zeitversetzt angesehen werden können. Das OLG Dresden (NJOZ 2007, S. 1564 (1566 f.)) hat sowohl eine Anwendbarkeit von § 53 Abs. 1 UrhG als auch von § 44a UrhG auf solche Vervielfältigungsstücke abgelehnt. § 44a UrhG komme nicht in Betracht, da die Vervielfältigungen weder begleitend noch flüchtig seien und zudem eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hätten. § 53 Abs. 1 UrhG sei nicht anwendbar, da nicht der Endnutzer, sondern der Anbieter des Personal Video Recorders „Hersteller“ der Vervielfältigungsstücke sei (gleicher Ansicht OLG Köln, MMR 2006, S. 45 (36)). Dies ergebe sich aus einer wertenden Betrachtung. Folgt man dieser Auffassung, wäre das Angebot solcher Personal Video Recorder – anders als das „normaler“ Videorekorder – aus urheberrechtlicher Sicht zustimmungspflichtig, da es in die Vervielfältigungsrechte der Rechtsinhaber eingreift.

sonstiger Hinsicht – vergleichbarer Nutzung (zeitgleiche Sendung eines Programms an den Zuschauer) ergeben sich je nach verwendeter Technologie rechtliche Unterschiede. Da bei der Ausstrahlung etwa über Satellit oder Breitbandkabel keine Zwischenspeicherungen notwendig sind, müssen hierfür keine Rechte erworben werden. Nur der Umstand, dass solche bei digitalen Sendeformen technisch bedingt notwendig sind, verschafft den Rechtsinhabern weitere Rechtspositionen, die auf der anderen Seite die Freiheit, urheberrechtlich geschützte Werke zu nutzen (etwa durch „informationelle Mehrwertdienste“ wie Pressespiegel- und Suchmaschinenanbieter oder „Informationsveredler“<sup>1229</sup>), beschränken<sup>1230</sup>. Ob § 44a UrhG geeignet ist, tatsächlich als Korrektiv für diese Expansion des Urheberrechts zu dienen, ist angesichts des weiten Anwendungsbereichs des Vervielfältigungsrechts, des geringen Anwendungsbereichs der Schranke und der allgemein restriktiven Handhabung von Schrankenbestimmungen<sup>1231</sup> zumindest zweifelhaft.

### c) Auswirkungen auf den Rechtsverkehr mit Werkexemplaren

Die Notwendigkeit, bei der Benutzung digitaler Werkexemplare Vervielfältigungen anzufertigen, hat auch für den Rechtsverkehr erhebliche Auswirkungen. Sind nutzungsinduzierte Vervielfältigung erforderlich, die nicht freigestellt sind, muss der Endabnehmer für den bestimmungsgemäßen Gebrauch seines Werkexemplars Nutzungsrechte erwerben. Dies ist bei der Nutzung analoger Werkstücke dagegen nicht der Fall, da hier die Rezeption unzweifelhaft vom Urheberrecht nicht berührt wird. Im digitalen Bereich genügt es dagegen nicht mehr, nur einen Kaufvertrag über das Eigentum am Werkträger (soweit notwendig) abzuschließen, um dem Nutzer die angestrebte Rechtsposition zu vermitteln; vielmehr ist zusätzlich das Zustandekommen eines Lizenzvertrags mit dem Rechtsinhaber erforderlich. Da der Inhalt solcher Lizenzverträge vom Rechtsinhaber diktiert wird, ergibt sich für diesen ein erheblicher Gewinn an Kontroll- und Steuerungsmöglichkeiten<sup>1232</sup>. Er wird in die Lage versetzt,

1229 Hiermit sind Dienstleister gemeint, die – urheberrechtlich meist geschützte – Inhalte auf eine Art und Weise neu aufbereiten, dass für die Nutzer im Vergleich zum Ausgangsprodukt andere, weiter gehende Möglichkeiten der Wahrnehmung und Verwendung entstehen. Als Beispiel könnte das Online-Angebot „Perlentaucher“ ([www.perlentaucher.de](http://www.perlentaucher.de)) dienen, auf dem u. a. Feuilletonartikel der deutschen Tagespresse (SZ, FAZ) in Form von kurzen eigenen Texten (Abstracts) wiedergegeben werden. Perlentaucher ist derzeit Gegenstand eines viel beachteten Rechtsstreits, in dem es darum geht, die Grenzen des Urheberrechts gegenüber Sekundärverwertungen von geschützten Werken auszuloten. Siehe die (nicht rechtskräftigen) Entscheidungen des LG Frankfurt/Main, MMR 2007, S. 188 ff. und des OLG Frankfurt/Main, ZUM 2008, S. 233 ff.

1230 Siehe hierzu das eben (siehe letzte Fn.) genannte Beispiel der Personal Video Recorder.

1231 Siehe hierzu sogleich, Punkt IV.B.4).

1232 Siehe hierzu eingehend *Kreutzer*, Verbraucherschutz, *passim*, u. a. einleitend S. 13 ff.

die Nutzung der Werkstücke durch den Endverbraucher mehr oder weniger erheblich einzuschränken<sup>1233</sup>. So könnte der Rechtsinhaber die Anzahl der Nutzungshandlungen reglementieren oder – insbesondere – Schrankenregelungen vertraglich abbedingen.

Vor allem die letztgenannte Möglichkeit birgt, soweit derlei Maßnahmen rechtlich zulässig sind, erhebliche Gefahren für den durch die sensible Schutzrecht-Schrankensystematik hergestellten Interessensausgleich im Urheberrecht.

Die Zulässigkeit von vertraglichen Beschränkungen gesetzlich gewährter Freiheiten hängt – wie in anderen Bereichen – von den Gegebenheiten des Vertragsschlusses ab. Hier ist v. a. zwischen Individualverträgen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu unterscheiden. Eine Abdingung von Schrankenregelungen durch Individualvertrag ist angesichts des Grundsatzes der Dispositionsfreiheit grundsätzlich stets möglich, es sei denn, dies ist ausdrücklich gesetzlich ausgeschlossen<sup>1234</sup>. Beschränkungen, die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind, können dagegen unzulässig sein, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders gem. § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligen. Dies ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB insbesondere dann der Fall, wenn durch die Klausel von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelungen abgewichen wird. Ein Ausschluss gesetzlicher Schranken wird damit nur in seltenen Fällen; genauer dann unzulässig sein, wenn diese überragenden Allgemeininteressen dienen<sup>1235</sup>. Zieht man als Beurteilungsgrundlage den § 95b UrhG heran, wie von einer Stimme in der Literatur vorgeschlagen<sup>1236</sup>, ergibt sich, dass z. B. sowohl § 53 UrhG in weiten

1233 Diese Möglichkeit besteht bei analogen Werken schon deshalb nicht, da hier keine Lizenzverträge mit dem Endnutzer geschlossen werden. Diese durch (Sach-) Kaufverträge Restriktionen bei der Nutzung zu unterwerfen, wird regelmäßig an AGB-rechtlichen Hürden, v. a. an § 305c Abs. 1 BGB (Unzulässigkeit überraschender Klauseln) oder u. U. an § 307 BGB (unangemessene Benachteiligung) scheitern. Zur AGB-rechtlichen Beurteilung einer Beschränkung von Schrankenvorschriften durch urheberrechtliche Lizenzverträge siehe sogleich und ausführlich *Kreutzer, Verbraucherschutz, passim*, S. 11 ff.

1234 *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 9. Nicht dispositiv sind indes die wenigsten Schrankenregelungen. Seltene Ausnahmen enthalten v. a. die §§ 55a, 69g Abs. 2, 87e. Siehe auch und 95b Abs. 1 Satz 2 UrhG, der ausschließen soll, dass die Rechtsinhaber die von § 95b Abs. 1 UrhG vorgesehene Durchsetzungsstärke von Schrankenbestimmungen gegen technische Schutzmaßnahmen über Vertragsbestimmungen aushebeln.

1235 So *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 9.

gen<sup>1236</sup>, ergibt sich, dass z. B. sowohl § 53 UrhG in weiten Teilen (besonders im Bereich der digitalen Privatkopie)<sup>1237</sup> abdingbar ist, wie auch § 44a UrhG<sup>1238</sup>.

#### d) Fazit

Die bloße Benutzung eines Werkes urheberrechtlich zu erfassen, ist – jedenfalls nach den überkommenden Grundgedanken – systemwidrig<sup>1239</sup>. Das Urheberrecht ist nach herkömmlichem Verständnis nicht berufen, den Genuss zu kontrollieren, son-

1236 *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 9. Angesichts der restriktiven Auffassung gegenüber den Schrankenvorschriften (s. u., Punkt IV.B.4) scheint nicht fern liegend, dass auch die Gerichte so entscheiden würden. Der Bezug auf § 95b UrhG liegt von daher nahe, da dieser erstmals das subjektive, durchsetzbare Recht auf die Wahrnehmung von bestimmten Schrankenregelungen schafft (soweit der Begünstigte aufgrund des Einsatzes von technischen Schutzmaßnahmen hieran gehindert wird). Den diesem Forderungsrecht unterliegenden Schrankenregelungen wird damit vom Gesetzgeber eine besondere Bedeutung zugemessen.

1237 § 95b Abs. 1 Nr. 4 UrhG erklärt unter den diversen, in § 53 UrhG genannten Zwecken, nur wenige für durchsetzungsstark gegen den Schutz technischer Maßnahmen. Der digitale Bereich wird v. a. dadurch erheblich benachteiligt, dass die digitale Privatkopie, das Zitatrecht (§ 51 UrhG) oder § 44a UrhG hier nicht genannt werden. Dies hat z. B. zur Folge, dass Zitate aus auf digitalen, kopiergeschützten Bildträgern (wie alle herkömmlichen DVDs) gespeicherten Filmwerken nicht möglich und auch nicht zulässig sind. Denn der technische Schutz verhindert die für eine Nutzung des Ausschnitts als Zitat erforderliche Kopie desselben. Selbst wenn eine Umgehung des Schutzes technisch möglich ist, wäre sie nach § 95a Abs. 1 UrhG untersagt. Ein Anspruch gegen den Rechtsinhaber auf Herausgabe der Mittel, die zur Umgehung und damit zur Inanspruchnahme des Zitatrechts erforderlich wären, besteht nach § 95b Abs. 1 UrhG ebenfalls nicht.

1238 So in Bezug auf § 53 Abs. 1 UrhG auch *Kreutzer*, Verbraucherschutz, S. 159 f.; *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 9. *Hohagen*, Die Freiheit zur Vervielfältigung zum privaten Gebrauch, S. 504 ff., meint dagegen, da die sachgerechte Abgrenzung der Rechte des Urhebers gegenüber der Allgemeinheit ein Grundanliegen des Urheberrechtsgesetzes darstelle und der Gesetzgeber diese Abwägung in § 53 UrhG konkretisiert habe, sei die Vervielfältigungsfreiheit zum eigenen Gebrauch als wesentlicher Grundgedanke des Urheberrechtsgesetzes anzusehen. Dennoch sei nicht jede formularvertragliche Abweichung von § 53 UrhG als Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken des Gesetzes zu qualifizieren. Dies hänge von einer Gesamtabwägung nach Treu und Glauben gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB im Einzelfall ab. Vgl. ausführlich zur Problematik *Guibault, passim*, v. a. S. 197 ff. (zum deutschen Recht S. 218 ff., 223 ff.), die meint, dass überwiegende Argumente – die sich v. a. aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Sozialbindung des (geistigen) Eigentums ergäben – für einen zwingenden Charakter der Schrankenbestimmungen sprächen (ebd. S. 224 ff.).

1239 So wohl auch die allgemeine Auffassung, vgl. etwa BGH GRUR 1991, S. 449 (453) – Betriebssystem; *König*, Rdnr. 561; *Loewenheim* in FS v. *Gamm*, S. 423 (434); ders. in *Schricker*, § 69d, Rdnr. 13; *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 169.

dern nur die Verwertung<sup>1240</sup>. Wenn auch im Bereich der herkömmlichen Verwertung der eigentlichen Benutzung zustimmungs- und vergütungspflichtige Verwertungshandlungen vorangestellt sind<sup>1241</sup>, der Zusammenhang zwischen Urheberrecht und Benutzung hat sich im digitalen Bereich entscheidend geändert. Herkömmlich benötigte allein der Vermittler des Werkes Nutzungsrechte, nicht aber der Endnutzer. Die eigentliche Benutzung war damit frei, die Möglichkeit, die Nutzung des Werkes zu steuern und hieran wirtschaftlich zu partizipieren, endete bei den Verwertungshandlungen. Durch die Notwendigkeit benutzungsinduzierter Vervielfältigungen ändert sich dies entscheidend. Der Rechtsinhaber erwirbt somit die Kontrolle über den Endnutzer<sup>1242</sup>. Dies gilt umso mehr im Verkehr mit immateriellen Werkstücken, die zur Nutzung an verschiedenen Orten und mittels verschiedener Geräte stets vervielfältigt werden müssen.

Inwieweit sich dies praktisch auswirkt, mag sich noch herausstellen. Bedenken in diese Richtung ergeben sich z. B. angesichts der angestrebten Möglichkeiten, jede einzelne, auch private, (Be-)Nutzung technisch zu erfassen und abzurechnen. Derartige Möglichkeiten sind nach den Regelungen der Richtlinie 2001/29/EG auch bei der Abfassung der Privatkopieschranke als vorrangig zu berücksichtigen<sup>1243</sup>. Aus Erwägungsgrund 39 der Richtlinie wird deutlich, dass dem Einsatz und der Entwicklung von technischen Maßnahmen zum Schutz und zur Kontrolle des Urheberrechts<sup>1244</sup> in Zukunft die Priorität gegenüber der das Verbotsrecht entziehenden Privatkopieschranke eingeräumt wird. Die Richtlinie erklärt zwar die Einführung oder Aufrechterhaltung der Schranke in Art. 5 Abs. 2b) auch für digitale Vervielfältigungen für legitim, spricht sich aber klar dafür aus, dass eine solche Ausnahme vom

1240 Vgl. die Nachweise in Fn. 1239 sowie *Fromm/Nordemann-Nordemann*, § 15, Rdnr. 1, *Schulze*, ZUM 2000, S. 126 (130), der allerdings meint, auch die rein passive Nutzung sei – als unkörperliche Wahrnehmung des Werkes – durchaus eine urheberrechtlich relevante Nutzung. Diese sei indes durch eine Schranke gedeckt.

1241 So ist das Lesen eines Buches regelmäßig vom vorhergehenden Erwerb eines Exemplars abhängig. Für die Anfertigung (Vervielfältigung) dieses Exemplars hat der Verlag im Zweifel entgeltliche Nutzungsrechte erworben. Leih man dies in einer öffentlichen Bibliothek, fallen hierfür Verleihvergütungen nach § 27 Abs. 2 Satz 1 UrhG an. Betrachtet man ein Gemälde in einer Ausstellung, hat der Veranstalter für diese öffentliche Wiedergabe nach § 18 UrhG im Zweifel Nutzungsrechte gegen Entgelt erworben.

1242 An der den Werkmittler treffenden Vergütungspflicht ändert sich bei der digitalen Nutzung nichts. Auch hier sind die Erstellung eines Vervielfältigungsexemplars (z. B. eines eBooks) und/oder die öffentliche Zugänglichmachung von Zustimmung und Vergütung abhängig. Kontrolle und wirtschaftliche Beteiligung ist dem Rechtsinhaber auf dieser Ebene mithin weiterhin sicher. Durch die Notwendigkeit nutzungsinduzierter Vervielfältigungen erweitert sich diese Kontrollmöglichkeit jedoch faktisch auf die Benutzungshandlungen des Endnutzers.

1243 Vgl. Erwägungsgrund 39.

1244 Diese erhalten nach den Bestimmungen des Art. 6 RL 2001/29/EG einen rechtlichen Flankenschutz durch das Urheberrecht. Vgl. zum Spannungsverhältnis der Privatkopieschranke zum Schutz technischer Maßnahmen *Metzger/Kreutzer*, MMR 2002, S. 139 (140 ff.).

Urheberrecht nicht die Entwicklung und den Einsatz der technischen Schutz- und Kontrollmaßnahmen behindern dürfe<sup>1245</sup>. Hierauf wird unten<sup>1246</sup> noch näher einzugehen sein.

- 2) Der Schutz von Ideen und Know-how durch den Rechtsschutz von Computerprogrammen, insbesondere durch das Dekompilierungsverbot in § 69c Nr. 1 und 2 UrhG

Eine weitere wesentliche Ausdehnung, die gleichsam auf einen Funktionswandel des Urheberrechts hinweist, liegt in der durch den Urheberrechtsschutz von Computerprogrammen bewirkten Monopolisierung von Know-how<sup>1247</sup>. Dies wird durch eine Kumulation zweier Faktoren herbeigeführt: der Absenkung der Schutzuntergrenze und der Ausweitung der Verwertungsrechte.

Zunächst bewirkt die Absenkung der Schutzuntergrenze, dass sich der Software-schutz auf nahezu jede Programmierleistung erstreckt. Geschützt werden damit auch Programme, die nur einen geringen Grad an Individualität aufweisen. Mit der in Teil 1 aufgezeigten Handhabung des Individualitätsbegriffs durch die Rechtspraxis heißt dies, dass die Umsetzung eines geringen Gestaltungsspielraums bei der Transformierung einer Idee in eine konkrete Form durch die Programmerstellung<sup>1248</sup> ausreicht, um den weit reichenden Urheberrechtsschutz entstehen zu lassen. Kurz gesagt: auch wenn es wegen der äußeren Umstände des Werkschöpfungsprozesses nur einige wenige Möglichkeiten gibt, eine Idee umzusetzen, ist das Ergebnis einer solchen Umsetzung zumeist geschützt. Angenommen, es gäbe faktisch nur zwei Möglichkeiten, ein Konzept im Rahmen einer Programmgestaltung umzusetzen, und eine Ausgestaltung ist durch ein Urheberrecht geschützt, wird damit faktisch eine von zwei Alternativen bei der Umsetzung der Idee monopolisiert<sup>1249</sup>. Damit wird der gemeinfreie

1245 Vgl. hierzu auch *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, S. 733 (739).

1246 Siehe Punkt 4.c.bb) in diesem Abschnitt.

1247 Eine solche Wirkung wird auch durch den Datenbankschutz herbeigeführt, worauf oben schon eingegangen wurde (Punkt III.C.2.b). Kritisch hierzu auch *Ullrich* in *Schri-cker/Dreier/Kur*, S. 100.

1248 Genauer gesagt genügt eine gewisse Auswahlleistung hinsichtlich der Form und Art der Sammlung, Einteilung und Anordnung des Materials, vgl. BGH GRUR 1985, 1041 (1047) – Inkassoprogramm.

1249 Der Grundsatz, dass das Urheberrecht keine Ausschlussfunktion gegen (zufällige) Doppelschöpfungen entfalten soll, ist hierbei praktisch ohne Bedeutung, vgl. oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(dd). und die Nachweise in Fn. 196. Besteht ein Urheberrecht, wird von der deutschen Rechtspraxis vermutet, dass eine andere, später entstandene Schöpfung mit im Wesentlichen gleichen oder ähnlichen Elementen hierauf aufbaut. Dies führt, gleich ob die Nachschöpfung als Bearbeitung oder als Vervielfältigung qualifiziert würde, zur Unverwertbarkeit. Der Nachweis, dass es sich tatsächlich um eine zufällige Doppelschöpfung handelt,



Bereich erheblich eingeschränkt, eine negative Folge, die v. a. im Softwarebereich virulent werden kann, da hier die Gestaltungsspielräume häufig sehr gering sind<sup>1250</sup>.

Die gleiche Folge kann sich aufgrund der Möglichkeiten des Rechtsinhabers an Computerprogrammen ergeben, mittels seiner Verbotsrechte gegen Weiterentwicklungen und Vervielfältigungen nach § 69c Nr. 1 und 2 UrhG (durch dessen Wirkung als „Dekompilierungsverbot“) die Verwendung der Struktur einer Software und v. a. des dahinter liegenden Konzepts zu verbieten. Die Nutzung von an sich ungeschützten Ideen, Grundsätzen, Vorgehensweisen oder Regeln, die einem urheberrechtlich geschützten Computerprogramm zugrunde liegen, wird durch das Verbot, die Software zu dekompilem, untersagt.

Eine Dekompilierung ist – jedenfalls bei „proprietär“ vertriebener Software<sup>1251</sup> – regelmäßig notwendig, um diese allgemeinen Grundlagen eines Computerprogramms erkennen zu können. Die meisten Programme werden dem Verkehr in verschlüsselter Form, im Objektcode, zur Verfügung gestellt. Das sichtbare Programm besteht somit nur aus Binärkombinationen, die in der Regel keinen Rückschluss auf die dahinterstehenden Ideen zulassen. Hierfür wäre wiederum eine Übersetzung (Dekompilierung) in den Quellcode notwendig, die nach § 69e i.V.m. 69 c UrhG indes grundsätzlich zustimmungspflichtig ist<sup>1252</sup>. Ohne Zustimmung ist die Dekompilierung gem. § 69e UrhG nur zur Nutzung Berechtigten gestattet, soweit dies zur Herstellung von Interoperabilität mit anderen Programmen erforderlich ist. Ist eine hiernach zulässige Dekompilierung erfolgt und gelungen, dürfen die gewonnenen Erkenntnisse wiederum gem. § 69e Abs. 2 UrhG nicht zu anderen Zwecken als der Herstellung von Interoperabilität weiterverwendet, an Dritte weitergegeben oder zur eigenen Entwicklung eines Programms mit ähnlicher Ausdrucksform genutzt werden.

Zur Erschließung der (ungeschützten) Grundlagen, auf der die Software basiert, darf eine Dekompilierung mithin nicht vorgenommen werden. Wiederum<sup>1253</sup> greifen also ein technischer (Verschlüsselung) und ein rechtlicher Schutz (Vervielfältigungsrecht) ineinander und versetzen kumuliert den Rechtsinhaber in die Lage, Zugang und Nutzung von an sich ungeschützten Elementen zu steuern und zu kontrol-

wird dem Nachschaffenden kaum einmal gelingen können, sodass es faktisch zur Monopolisierung der Idee kommt.

1250 Siehe oben, Punkt II.D.3.a).

1251 Proprietäre Software wird kompiliert vertrieben, sodass der Quellcode nicht eingesehen werden kann. Hierin unterscheidet sie sich von der sog. Freien oder Open Source Software, deren Quellcode zum allgemeinen Zugriff verfügbar gemacht wird. Vgl. näheres hierzu in Fn. 1017.

1252 Vgl. zu vorstehendem *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 268.

1253 Siehe schon oben zum Schutz technischer Maßnahmen (in Bezug auf Datenbanken), Punkt III.C.2.b).

lieren. Dies lässt die ausdrückliche Ausgrenzung des Ideenschutzes in § 69a Abs. 2 UrhG als fragwürdig erscheinen<sup>1254</sup>.

Nicht zu Unrecht wird diese Folge des Urheberrechts an Computerprogrammen von manchen Stimmen als Gefahr für den technischen Fortschritt angesehen<sup>1255</sup>.

### 3) Gefahren für den kulturellen und technischen Fortschritt durch die Expansion des Bearbeitungsrechts bei gleichzeitiger Beschränkung des Bereichs freier Benutzung bei technischen Werkarten

Nach § 23 UrhG steht dem Urheber das Recht zu, das Werk nicht nur in seiner ursprünglichen, sondern auch in abgewandelter Form zu verwerten. Die Wirkung die-

1254 Ebenso *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 317 f.

1255 *Wiebe*, S. 439 ff.; ders. GRUR 1994, S. 233 (244). *Marly*, Urheberrechtsschutz, S. 318 weist diesbezüglich darauf hin, dass sogar das PatG in § 11 Ziff. 2 bestimmte Nutzungen für Versuchszwecke freistellt, soweit diese zum Zwecke der Weiterentwicklung und der Forschung notwendig sind. Eine solche Ausnahme enthält das UrhG hingegen nicht. Dies widerspricht wiederum dem Grundsatz, dass das Urheberrecht im Gegensatz zum Patentrecht als universelles Schutzrecht keine Sperrwirkung gegenüber Neuschöpfungen und der Umsetzung von Ideen entfalten soll (s. o., Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.c.dd.(1).(a).(dd)). Auch wird durch den Ideenschutz ein unmittelbarer Innovationsbezug hergestellt. Hierauf wird unten in Teil 3, Kapitel 3, Punkt III.B) erneut eingegangen werden. A. A. ist offenbar *Kraßer in Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovation*, S. 113 (126), der innovationshemmende Wirkungen des Urheberrechts, jedenfalls bezogen auf den speziellen Bereich der Telekommunikation, nicht zu erkennen vermag. Diese würden nur dann entstehen, wenn die Rechtsinhaber ihre Zustimmung zur Verwertung versagten, was kaum vorkommen werde, heißt es hier. Besonders da sich *Kraßer* in seiner Untersuchung auf die innovationsrelevanten Wirkungen des Urheberrechtsschutzes auf Computerprogramme bezieht, greift seine Ansicht zu kurz. Er verkennt hierbei die Möglichkeit, durch den Softwareschutz auch Ideen und Konzepte dem Allgemeingut entziehen zu können, was zu einem Übermaß an Monopolisierung und einer innovationshemmenden Wirkung führen kann. Auch im Telekommunikationsbereich scheint dies denkbar. Ein erheblicher Innovationsbezug des Urheberrechts zum Telekommunikationsmarkt ergibt sich auch aus einer anderen, eher mittelbaren Friktion des auf dem Urheberrecht basierenden Handels mit Nutzungsrechten und der Telekommunikationsindustrie (sowohl Hersteller als auch Dienstleister). Wie unten noch näher dargelegt werden wird (vgl. Teil 3, Kapitel 3, Punkt II.B), nimmt die Entertainmentindustrie eine Schlüsselrolle auch für die Weiterentwicklung im technischen Übermittlungsbereich ein. Es hat sich im Napster-Streit (siehe hierzu unten, ebd., z. B. Fn. 1617 und 1618) gezeigt, dass die Entwicklung neuer Übertragungs- und Distributionsmodelle über das ausschließliche Urheberrecht beeinflusst werden kann, wenn Märkte stark monopolisiert sind. Grund hierfür ist, dass die Gewinnerwartung solch neuer Modelle nicht zuletzt von der Akzeptanz durch die Konsumenten abhängig ist. Wenn die Inhaltsindustrie keine Lizenzen zur Verwertung der Inhalte erteilt (wie dies im Fall Napster geschehen ist), bleibt das Medium uninteressant und die Investitionen zahlen sich nicht aus. Vgl. kritisch zu dieser Entwicklung *Kreutzer in Broeckmann/Jaschko* (Hrsg.), *Art and Digital Media*, S. 147 (147).

ses Bearbeitungs- und Umgestaltungsrechts<sup>1256</sup> erstreckt sich gem. § 24 UrhG bis zur Grenze sog. freier Benutzungen. Frei ist eine Benutzung nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>1257</sup> nur, wenn das später geschaffene Werk nicht von einem vorbestehenden Werk „abhängig“ ist. Dies ist der Fall, wenn die entlehnten Züge des alten Werkes angesichts der Eigenheit des neuen Werks verblassen<sup>1258</sup>. Der freie Benutzer darf sich bei seiner Schöpfung also zwar von dem vorbestehenden Werk inspirieren lassen<sup>1259</sup>. Will er das ältere Werk jedoch „in relevantem Umfang“ benutzen<sup>1260</sup>, also eines oder sämtliche individuelle und prägende Elemente hieraus übernehmen, bedarf es der Zustimmung des anderen Urhebers. An das Vorliegen einer freier Benutzung werden vor diesem Hintergrund strenge Anforderungen gestellt.

Auf der Basis dieser ständigen Spruchpraxis geht der Bundesgerichtshof von einem sehr weit reichenden Schutz des Urheberrechts vor Nachschaffungen (und damit vor Weiterentwicklungen, Verbesserungen oder Folgeschöpfungen) aus<sup>1261</sup>. Die restriktive Haltung gegenüber dem Begriff der freien Benutzung hat bei dem gleichzeitig bestehenden extensiven Verständnis vom Individualitätsbegriff unmittelbare Auswirkungen auf den urheberrechtlichen Schutzzumfang.

Bei der Beurteilung, ob ein nachgeschaffenes Werk abhängig oder frei ist, wird ein Werkvergleich zu dem älteren Werk vorgenommen<sup>1262</sup>, im Rahmen dessen zunächst festgestellt wird, welche individuellen Züge das ältere Werk aufweist und sodann, ob und inwieweit diese im späteren Werk wiederkehren<sup>1263</sup>. Die Reichweite des Schutzes gegen Nachschaffungen hängt damit von der Auslegung zweier Merkmale ab: der Individualität und der freien Benutzung. Das Verständnis von Individualität ist entscheidend, da der Bundesgerichtshof nur die individuellen Aspekte des älteren Werks bei dem Vergleich von zwei zeitlich nachrangigen Geistesschöpfungen berücksichtigt<sup>1264</sup>. Dies ist vor dem Hintergrund, dass nichtindividuelle Elemente des Werkes ungeschütztes Gemeingut bleiben sollen, immerhin konsequent. Dagegen entscheidet die Auslegung des Begriffes „frei“ über das Spektrum der Möglichkeiten, auf geschützten Bestandteilen des Werkes aufzubauen. Beide Aspekte sind daher zwar deutlich zu trennen, müssen aber dennoch aufgrund ihrer unlösbaren

1256 Dies ist nicht zu verwechseln mit dem Bearbeiterurheberrecht gem. § 3 UrhG, vgl. zur Unterscheidung *Dreier/Schulze-Schulze*, § 23, Rdnr. 2.

1257 BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen.

1258 Vgl. nur BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen m. w. Nachw.

1259 Vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 24, Rdnr. 7.

1260 BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen.

1261 Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen, m. w. Nachw.

1262 Vgl. BGH GRUR 1980, S. 853 (854) – Architektenwechsel.

1263 Siehe *Dreier/Schulze-Schulze*, § 24, Rdnr. 12 ff.

1264 Siehe beispielsweise BGH GRUR 1994, S. 191 (193) – Asterix-Persiflagen.

Wechselwirkung<sup>1265</sup> bei der Beurteilung des urheberrechtlichen Schutzzumfangs zwingend in einer Gesamtschau betrachtet werden.

Nimmt man diese Gesamtschau anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, zeigt sich eine klare Neigung zur Gewähr eines weiten Schutzbereichs. Während der Schutz der kleinen Münze durch den Bundesgerichtshof in Bezug auf fast alle – v. a. die technischen – Werkarten anerkannt ist<sup>1266</sup>, zeigt sich die Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der freien Benutzung sehr restriktiv. Folge ist, dass sich das nachgeschaffene Werk regelmäßig an einer Vielzahl für individuell befundener Werke und Werkteile messen lassen muss, die sich hierin nicht wiederfinden dürfen. Damit ist die Möglichkeit, auf dem vorbestehenden Schaffen ohne Zustimmung anderer Urheber oder Rechtsinhaber aufzubauen, sehr eingeschränkt.

Bei technischen Werken – deren ungehinderte Fortentwicklungsfähigkeit aus Sicht des technischen Fortschritts ganz besonders wichtig ist<sup>1267</sup> – verschärft sich diese Problematik durch weitere Umstände. Hier sind die Anforderungen an die Schöpfungshöhe (also den Grad der Individualität) aufgrund des hier geltenden „europäischen Werkbegriffs“ besonders niedrig<sup>1268</sup>. Dies hat indes nicht etwa dazu geführt, dass sich der Gesetzgeber entschieden hätte, bei Computerprogrammen und elektronischen Datenbanken den Freiraum für Nachschöpfungen, Weiterentwicklungen und Anpassungen zu erweitern. Im Gegenteil: Gerade in Bezug auf solche Werkarten wurde das Bearbeitungsrecht gegenüber den meisten anderen Werkarten noch ausgedehnt. Während der Schutz vor Bearbeitungen üblicherweise erst bei der Verwertung greift (siehe § 23 Satz 1 UrhG), wird im Bereich des Datenbankurheberrechts und Programmschutzes bereits die Herstellung einer solchen dem Urheber vorbehalten (vgl. §§ 23 Satz 2, 69c Nr. 2 UrhG). Im Bezug auf Computerprogramme gilt zudem gem. § 69c Nr. 2 UrhG ein spezieller, umfassender Änderungsschutz<sup>1269</sup>, durch den der ungeschützte Bereich freier Benutzungen weiter zurückgedrängt wird. Hinzu tritt, dass die mittelbare Wirkung des Dekompilierungsverbots bei Computerprogrammen ein „Anlehnen“ an vorbestehende Software nahezu gänzlich<sup>1270</sup> unterbindet, da hierfür die Kenntnis vom Quellcode – mithin, jedenfalls bei „proprietär“ vertriebener Software<sup>1271</sup> – eine Dekompilierung notwendig wäre. Der Dekompilie-

1265 So auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 24, Rdnr. 8.

1266 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 953 zum Schutz der kleinen Münze allgemein und in Fn. 981 in Bezug auf Computerprogramme.

1267 Siehe näheres hierzu unten, Teil 3, Kapitel 3, Punkt III.B).

1268 Siehe hierzu oben, Teil 1, Kapitel 1, Punkt I.B.4.d).

1269 Vgl. *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69c, Rdnr. 12.

1270 Zur Reichweite des Dekompilierungsverbotes vgl. § 69e UrhG und oben, Punkt IV.B.2).

1271 Siehe hierzu oben, Fn. 1251.

rungsschutz überlagert damit die Schutzbegrenzung durch den an sich auch hier anwendbaren § 24 UrhG<sup>1272</sup>.

Es stellt sich v. a. in Bezug auf technische Werke die Frage, ob diese Tendenz mit Blick auf die betroffenen Interessen und die Zielbestimmungen des Urheberrechts angemessen erscheint. Dies erscheint insbesondere angesichts des Umstands zweifelhaft, dass das Bearbeitungsrecht in seiner ursprünglichen Funktion auch eine persönlichkeitsrechtliche Intention verfolgt, die – in Ergänzung des Rechts aus § 14 UrhG<sup>1273</sup> – darin liegt, den Urheber vor der Verbreitung von Werken zu schützen, die sichtlich „seine Handschrift tragen“, aber in dieser Form nicht von ihm stammen. Mag vor diesem Hintergrund ein sehr weit gehendes Bearbeitungsrecht noch gerechtfertigt sein, gerät dies – zumal in erweiterter Form – bei technischen Werken an denen schutzbedürftige ideelle Belange des Urhebers kaum bestehen, in einen Begründungsnotstand. Die durch die Expansion des Bearbeitungsrechts bewirkte einseitige Verschiebung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs zu Lasten der Gemeinfreiheit entbehrt v. a. im Lichte des überkommenden urheberrechtlichen Begründungsansatzes jeglicher Rechtfertigung. Es wurde bereits aufgezeigt, dass die Belange der Urheber im schöpferischen Bereich eher größere Freiräume als weitere Schutzrechte erfordern, da diese bei der Erbringung ihrer schöpferischen Leistungen auf einen nicht zu engen schutzrechtsfreien Bereich zwingend angewiesen sind<sup>1274</sup>. Eine weit reichende Schutzwirkung dient dagegen vornehmlich den Verwertungsinteressen und damit in erster Linie den wirtschaftlichen Belangen der Verwerter<sup>1275</sup>. Der – häufig unternommene – Versuch, die Ausweitung der Schutzrechte mit der Schutzbedürftigkeit der Schöpfer zu begründen, muss daher scheitern. Eine solche Argumentation spricht für eine industriepolitische Instrumentalisierung des urheberrechtlichen Schutzprinzips.

Es zeigt sich damit, dass der ausufernde Schutz geistiger Schöpfungen unmittelbare Auswirkung auf das zeitlich nachgelagerte Schaffen hat. Angesichts der Erkenntnis, dass jeder Urheber auf den Errungenschaften seiner Vorgänger aufbaut und aufbauen können muss, damit der kulturelle und technische Fortschritt gesichert werden kann, begegnet diese Entwicklung gravierenden Bedenken<sup>1276</sup>. Es wird vor diesem Hintergrund vertreten, dass die wirtschaftlichen Interessen der Verwerter jedenfalls gegenüber dem „kreativen“ Gebrauch zurückzutreten haben, da hier fundamentale Interessen der Allgemeinheit rein partikularen Gewinninteressen gegenüberstünden<sup>1277</sup>.

1272 Vgl. *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69c, Rdnr. 13.

1273 So wohl auch *Dreier/Schulze-Schulze*, § 23, Rdnr. 1.

1274 Siehe hierzu oben, Teil I, Kapitel 1, Punkt I.C.3).

1275 So auch *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (993 f.).

1276 So auch *Ullrich* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 99. Zu den Auswirkungen dieser Entwicklung auf die Innovation, vgl. unten, Teil 3, Kapitel 3, Punkt III.B).

1277 So in *Hilty* in *Ohly/Klippel*, S. 107 (119).

Die entstandene Schiefelage erscheint umso bedenklicher, als der Schutzzumfang – wie an weiteren Beispielen aufgezeigt werden wird – auch in anderer Hinsicht stetig expandiert. Es sollte bedacht werden, dass alle punktuellen Ausweitungen des Schutzrechts in einem Kausalitätszusammenhang stehen, den es bei der Entwicklung des Urheberrechts insgesamt zu berücksichtigen gilt.

#### 4) Expansion des Urheberrechts durch Zurückdrängung der Schrankenregelungen bei digitalen Werken

##### a) Die Schranken des Urheberrechts im Umfeld sich ändernder Rechtstatsachen

Schon seit einiger Zeit ist eine Tendenz im deutschen Urheberrecht zu erkennen, die Schranken im Gegensatz zu den Verwertungsrechten allgemein sehr restriktiv zu handhaben. Ändern sich die Rechtstatsachen, mangelt es häufig zudem an einer Fortschreibung der Schrankenbestimmungen durch Gesetzesänderungen oder richterliche Rechtsfortbildung, sodass auftretende Ungleichgewichte der Interessenbewertung nicht oder erst mit einiger Verzögerung korrigiert werden<sup>1278</sup>. Seit jeher vertritt die h. M. in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht, dass die Bestimmungen des 6. Abschnitts des Urheberrechtsgesetzes abschließend formuliert und generell eng auszulegen seien<sup>1279</sup>. Zudem sprechen sich einige Stimmen in der Rechtsliteratur

1278 Reh binder in Ditt rich (Hrsg.), Notwendigkeit, S. 91 (91 f.). Dreier/Schulze-Dreier, vor §§ 44a ff., Rdnr. 7 drücken es wie folgt aus: „Die bestehenden Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. spiegeln nach wie vor weit gehend den Ausgleich der Interessenkollision wieder, wie er sich dem Gesetzgeber bei Verabschiedung des UrhG 1965 und den nachfolgenden Novel lierungen anhand der seinerzeitigen Technologien dargestellt haben.“

1279 Statt vieler BGHZ 50, S. 147 (152 f.) – Kandinsky; BGHZ 58, S. 262 (265) – Landesversi cherungsanstalt; BGHZ 123, S. 149 (155 f.) – Verteileranlagen (m. w. Nachw.); zuletzt auch BGH JZ 2001, S. 461 (461) – Parfumflakon m. Anm. Schrick er; Möhring/Nicolini-Nicolini, 2. Auflage, § 45, Rdnr. 2; Schrick er/Melichar, vor §§ 44a ff., Rdnr. 15 und 16; Fromm/Nordemann-Nordemann, vor § 45 ff., Rdnr. 3. An diesem „Grundsatz“ wird in der jüngeren Literatur verstärkt Kritik geübt, vgl. Pahud, UFITA 2000/I, S. 99 (136), Fn. 177; Kröger, S. 222; Löffler, NJW 1980, S. 201 ff. und – begrenzt auf seltene Fälle – auch Schack, Rdnr. 480. Auch das Bundesverfassungsgericht ist dem nicht gefolgt. Es ging davon aus, dass die Schrankenvorschriften bei einer Kollision von widerstreitenden (grundrechtlich geschützten) Interessen im Lichte der betroffenen Grundrechte auszulegen sind. Das Verlangen nach einem absoluten Vorrang urheberrechtlicher Interessen am Werk kann vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Gesamtzusammenhangs nicht durchgreifen. So für das Spannungsfeld Urheberrecht – Kunstfreiheit, BVerfG, NJW 2001, S. 598 (598 f.) – Germania 3. Siehe hierzu auch Fn. 1463.

dafür aus, dass die Schrankenvorschriften einem generellen Analogieverbot unterliegen<sup>1280</sup>. Diese Sicht wird in der neueren Literatur allerdings ebenso zunehmend kritisiert wie die hiermit einhergehende Anpassungsträgheit der Schrankenbestimmungen<sup>1281</sup>.

b) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Auslegung von Schrankenbestimmungen

Schon in der Entscheidung „Grundig-Reporter“ hat der Bundesgerichtshof postuliert, dass die technische Weiterentwicklung zwar im Rahmen der ausschließlichen Verwertungsbefugnis des Urhebers erfasst werden könne<sup>1282</sup>. Dies gelte indes nicht für die Schranken, die einer Weiterentwicklung durch die Rechtsprechung auch bei tatsächlichen Veränderungen nicht zugänglich seien. Es heißt hier<sup>1283</sup>:

„Dann aber darf diese Einschränkung des Vervielfältigungsrechts des Urhebers nicht über ihren eigentlichen Sinn und Zweck hinaus erstreckt werden. Der mit dieser Ausnahmebestimmung<sup>1284</sup> verfolgte Zweck kann nur aus der tatsächlichen und rechtlichen Lage, die der Gesetzgeber bei Erlass dieser Bestimmung vorfand, entnommen werden.“

Die Erweiterung der Zweckbestimmung einer Schrankenregelung zu Gunsten einer Anpassung an technische oder sonstige Veränderungen kam hiernach nicht in Betracht. Für den Umfang der Schutzrechte sollte dies jedoch nicht gelten. Diesbezüglich führt der Bundesgerichtshof in Bezug auf die Auslegung des Vervielfältigungsrechts an Tonbandaufnahmen weiter aus<sup>1285</sup>:

„Entgegen der Auffassung der Beklagten muss auch gegenüber einem sprachlich eindeutigen Wortlaut eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes Platz greifen, wenn der zur

1280 *Fromm/Nordemann-Nordemann*, vor §§ 45 ff., Rdnr. 3; *Schricker/Melichar*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 16; anders diesbezüglich allerdings der BGH in GRUR 1987, S. 362 ff. – Filmzitat und GRUR 1994, S. 45 (47) – Verteileranlagen. Hiergegen wenden sich jedoch immer mehr Stimmen in der Literatur, vgl. etwa v. *Becker*, GRUR 2004, S. 104 (108); *Bornkamm* in FS *Piper*, S. 641 (650) und die unten in Fn. 1457 und 1460 Genannten.

1281 Vgl. etwa *Hoeren*, MMR 2000, S. 3 (4 f.); *Kröger*, MMR 2002, S. 18 (20 f.). Für eine Neukonzeption der Schrankensystematik in Richtung einer „Mega-Schranke“ nach Vorbild der amerikanischen *fair use doctrine* spricht sich *Wandtke*, GRUR 2002, S. 1 (7) aus. Auch *Kur* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 23 (45 ff.) verweist aufgrund der „asymmetrischen Konvergenz“ der verschiedenen Immaterialgüterrechte auf das Potenzial einer Öffnung der Schrankensystematik zu Gunsten einer schutzrechtsübergreifenden „*fair use doctrine*“.

1282 Vgl. BGHZ 17, S. 266 (275 ff.) – Grundig-Reporter (ergangen vor dem Hintergrund des LUG).

1283 BGHZ 17, S. 266 (282) – Grundig-Reporter.

1284 Gemeint ist hier die Vervielfältigungsfreiheit im privaten Bereich im Sinne des § 15 Abs. 2 LUG.

1285 BGHZ 17, S. 276 – Grundig-Reporter.



Entscheidung stehende Interessenskonflikt bei Erlass des Gesetzes noch nicht ins Auge gefasst werden konnte, weil er erst durch die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse nach diesem Zeitpunkt in Erscheinung getreten ist. Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gestattet dem Richter nicht nur, das Recht im Sinne seiner Weiterentwicklung durch Auslegung des gesetzten Rechts fortzubilden, sondern verpflichtet ihn sogar dazu, wenn die Findung einer gerechten Entscheidung dies erfordert. Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Sinn und Zweck. Diesen im Einzelfall der Rechtsanwendung nutzbar zu machen und danach unter Berücksichtigung von Treu und Glauben den Streitfall einer billigen und vernünftigen Lösung zuzuführen, ist die Aufgabe des Richters.“

Durch diese Entscheidung wurde der Grundstein für die weitere Entwicklung des Urheberrechts in Richtung einer zunehmenden Divergenz des Umfangs von Schranken und Ausschließlichkeitsbefugnissen gelegt<sup>1286</sup>.

Bis vor einigen Jahren hat der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung an diesem Grundsatz festgehalten<sup>1287</sup>. Hierauf beruft sich der 1. Zivilsenat beispielsweise in seinem Urteil „CB-Infobank I“<sup>1288</sup>, in dem postuliert wird, dass die Vervielfältigung einzelner Zeitungsartikel durch einen Recherchedienst, der mit der Zusammenstellung von elektronischen Datenbanken befasst ist, nicht unter die Privilegierung des § 53 Abs. 2 Ziff. 4a UrhG falle.

Auch in der Entscheidung „Elektronische Pressearchive“ kam der Auffassung, dass die Privilegierungstatbestände einer Rechtsfortbildung nicht zugänglich sein sollen, entscheidende Bedeutung zu<sup>1289</sup>. Die Anwendbarkeit von § 53 Abs. 2 Ziff. 2 UrhG auf betriebsinterne, elektronische Pressearchive wurde vor diesem Hintergrund verneint, da die Nutzungsmöglichkeiten eines solchen über die bei Gesetzesabfassung angestrebten Ziele der Privilegierung hinausgehe<sup>1290</sup>.

1286 Kritisch hierzu auch *Geiger*, Anmerkung zum Urteil des Cour d'appell de Paris „Utrillo“, GRUR Int. 2002, S. 329 (332), zur entsprechenden Tendenz im französischen Urheberrecht. Die Entscheidung Grundig-Reporter wurde ihrerseits sicherlich durch die Systematik des Urheberrechts (damals noch KUG und LUG, ebenso heute der §§ 45 ff. UrhG) beeinflusst. *Kur* in *Schricker/Dreier/Kur*, S. 47 weist zurecht darauf hin, dass die ungleiche Behandlung von Schranken und Schutzrechten nicht zuletzt darauf beruhe, dass es sich bei den Erstgenannten nicht um „Rechte“ der hierdurch Privilegierten handle, sondern lediglich um Rechtfertigungstatbestände. *Kur* führt aus: „Im Urheberrecht (...) sind der richterlichen Entscheidungsfreiheit durch die Formulierung eines geschlossenen Kataloges schutzrechtsspezifischer Schrankenbestimmungen enge Grenzen gesetzt.“

1287 Vgl. aus neuerer Zeit die Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Parfumflakon“ in JZ 2001, S. 461 (461) –m. Anm. *Schricker*, und hierzu sogleich unten.

1288 Vgl. BGH GRUR 1997, S. 459 (463). „Das Verständnis der privilegierenden Norm hat sich vor allem an den technischen Gegebenheiten der Information im Zeitpunkt der Einführung des Privilegierungstatbestandes zu orientieren.“

1289 Vgl. BGH, MMR 1999, S. 409 (412) m. Anm. *Hoeren*.

1290 Vgl. BGH, MMR 1999, S. 409 (412) – Elektronische Pressearchive: „Die Nutzung eines solchen Archivs mag zwar auf Betriebsangehörige beschränkt sein; auch dann geht aber der Umfang der Nutzungsmöglichkeiten weit über diejenigen hinaus, die durch § 53 Abs. 2 Nr. 2 UrhG freigestellt werden sollten.“ Unabhängig von der Frage, ob die elektronischen Presse-

Eine wirklich nachvollziehbare oder gar zwingende Begründung für diese Haltung hat die Rechtsprechung bis heute nicht geliefert. Die Schwierigkeit, den „Grundsatz“ der restriktiven Anwendung von Schrankenvorschriften plausibel zu machen, zeigt sich an der neueren Entscheidung des Bundesgerichtshofs „Parfumflakon“<sup>1291</sup>. Der Senat führt hier zur Begründung das Folgende aus:

„Dies hat seinen Grund weniger darin, dass Ausnahmenvorschriften generell eng auszulegen wären, sondern beruht darauf, dass mit den Schrankenbestimmungen das Ausschließlichkeitsrecht begrenzt wird, das dem Urheber hinsichtlich der Verwertung seiner Werke an sich, und zwar dem Grundsatz gemäß, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen ist, möglichst uneingeschränkt zusteht.“

Die innere Logik dieser Begründung erschließt sich nur schwerlich. Der Grundsatz der „angemessenen Beteiligung an der wirtschaftlichen Nutzung seines Werkes“ ist nicht mit „möglichst uneingeschränkter Ausschließlichkeitsrechtsgewähr“ gleichzusetzen. Dieser Beteiligungsgrundsatz, der ein wesentliches Element des Urheberrechts darstellt<sup>1292</sup>, basiert auf der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG, welcher diesbezüglich lediglich zu entnehmen ist, dass der (geistige) Eigentümer an der wirtschaftlichen Verwertung seines Geistesgutes (angemessen) partizipieren können soll. Diesem Erfordernis kann jedoch – nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – durchaus auch durch die Gewähr von Vergütungsansprüchen Genüge getan werden<sup>1293</sup>. Die Verfassung ist dem rechtlichen Mittel, mit welchem dem Urheber eine angemessene Beteiligung gesichert wird, gegenüber weit gehend indifferent<sup>1294</sup>.

Auch in den neuesten Entscheidungen zur Auslegung und Anwendung der Schrankenbestimmungen im Bereich digitaler Technologien hat der Bundesgerichtshof an dieser restriktiven Grundhaltung im Wesentlichen festgehalten<sup>1295</sup>. In Sonderfällen könne es jedoch notwendig sein, dass die in den Privilegierungsvorschriften verwendeten Begriffe veraltet seien. Hier könne zur Durchsetzung des mit

archive gegenwärtig oder in Zukunft die Funktion herkömmlicher Pressearchive in Papierform ersetzen würden, kam für den Bundesgerichtshof im Ergebnis eine Anwendung der Privilegierung nicht in Betracht.

1291 BGH JZ 2001, S. 461 (461) mit kritischer Anmerkung von *Schricker*.

1292 Der Beteiligungsgrundsatz war nach altem Urheberrecht in § 36 Abs. 1 UrhG und ist nach neuem Recht, also nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung der vertraglichen Stellung von Urhebern und ausübenden Künstlern (vgl. BGBl. I 2002, S. 1155 – 1158) am 1.7.2002, in §§ 11 S. 2 und 32a Abs. 1 S. 1 UrhG ausdrücklich bestimmt. Die Rechtsprechung hat sich mit diesem Grundsatz in verschiedenen Entscheidungen auseinandergesetzt, vgl. v. a. BGH GRUR 1996, S. 763 (765 f.) – Salome II und BGH ZUM 2002, S. 144 – Kinderhörspiele.

1293 So auch *Kröger*, S. 223.

1294 Allerdings sind die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Entzugs der jeweiligen Position unterschiedlich. Siehe hierzu oben Teil 1, Kapitel 2, Punkt II.A.b.bb.(2) m. w. Nachw.

1295 Vgl. auch *Dreier/Schulze-Dreier*, vor §§ 44a ff., Rdnr. 7.

der Schranke verwendeten Zwecks eine extensive Anwendung der Vorschrift geboten sein<sup>1296</sup>.

In diese Richtung äußerte sich der Bundesgerichtshof erstmals in der Entscheidung „Kopienversanddienst“<sup>1297</sup> und später erneut u. a. in der Entscheidung „Elektronische Pressespiegel“<sup>1298</sup>. Durch die letztgenannte Entscheidung wurde einem langwierigen Streit zwischen den Verlagen und kommerziellen Pressespiegelanbietern ein Schlusspunkt gesetzt<sup>1299</sup>. Der Bundesgerichtshof entschied, dass eine extensive Anwendung der Schrankenregelung dann in Betracht komme, wenn der Gesetzgeber die entstandene Situation bei Abfassung des Gesetzes nicht habe berück-

1296 Auch wenn der Bundesgerichtshof den bloßen Kopienversand durch eine Bibliothek, (vgl. MMR 1999, S. 665 (666 f.) – Kopienversanddienst, m. Anm. *Hoeren*) für nach § 53 Abs. 1 UrhG zulässig erkannt hat, kann man diese Entscheidung nicht als Statut für eine Öffnung der Schranken durch die Rechtsprechung ansehen. Zwar scheint der erste Zivilsenat hier der Informationszugangsfreiheit größeres Gewicht beigemessen und deren Bedeutung bei der Auslegung der Schranke immerhin mit einbezogen zu haben. Allerdings bot die Entscheidung auch keinen Anlass für eine Erweiterung der Privilegierung. Anders als bei dem in der Entscheidung „CB-Infobank“ streitbefangenen Recherchedienst übernahm die Bibliothek im Rahmen des Kopienversanddienstes reine Kopier- und Versendungsaufträge (u. a. per Fax). Hierbei handelte es sich mithin um einen gewöhnlichen Fall des Kopierens im Auftrag und für einen Dritten zu dessen privaten Zwecken nach § 53 Abs. 1 Satz 2 UrhG. Es ging also nicht um eine technische Neuerung gegenüber den Möglichkeiten zu Zeiten der Abfassung des Gesetzes 1985, die eine erweiternde Auslegung der Schranke erfordert hätte. Im Gegenteil: Der BGH stellte ausdrücklich fest, dass den Materialien der Urheberrechtsnovelle 1985 „unzweideutig zu entnehmen [sei], daß die Vervielfältigung durch öffentliche Bibliotheken im Rahmen eines Kopienversanddienstes auch ohne Zustimmung der Urheberberechtigten als urheberrechtlich zulässig angesehen wurde und weiter zugelassen werden sollte.“ (ebd., S. 667). Vor diesem Hintergrund wurden die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Klägers verneint, der Bundesgerichtshof schuf jedoch einen neuen Vergütungsanspruch für die Nutzungen durch gemeinnützige Kopienversanddienste (ebd. 668 f.). Vgl. weiter hierzu *Kröger*, MMR 2002, S. 18 (21).

1297 Siehe MMR 1999, S. 665 (666 f.), m. Anm. *Hoeren*. Auch früher hat es ganz vereinzelt Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gegeben, in denen eine extensive Auslegung oder sogar analoge Anwendung von Schrankenbestimmungen zugelassen wurde, vgl. v. a. BGH GRUR 1987, S. 362 ff. – Filmzitat; GRUR 1994, 45, 47 – Verteileranlage. und BGHZ 87, 126 (131) – Zoll- und Finanzschulen 2.

1298 GRUR 2002, S. 963 ff. Vgl. hierzu die Besprechung von *Hoeren* in GRUR 2002, S. 1022 ff. Auch in früheren Entscheidungen hat der BGH vereinzelt eine erweiternde Anwendung von Schrankenbestimmungen zugelassen. Beispielhaft hierfür ist v. a. die Entscheidungen „Filmzitat“ (GRUR 1987, S. 362 ff.). In der Entscheidung Verteileranlagen (GRUR 1994, S. 45 (47)) hat der BGH eine solche Möglichkeit immerhin in Erwägung gezogen.

1299 Dass sich der Gesetzgeber der Thematik noch einmal annimmt, ist höchst unwahrscheinlich. Immerhin hat er es in beiden Stufen des „Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ (sog. 1. und 2. Korb) abgelehnt, eine gesetzliche Regelung einzuführen. Angesichts des BGH-Urteils bestehe kein weiterer Regelungsbedarf, heißt es zur Begründung im Regierungsentwurf zum 2. Korb (siehe BT-Drcks. 16/1828, S. 21).

sichtigen können, die gesetzliche Wertung sich jedoch auf die veränderten Umstände übertragen lasse<sup>1300</sup>.

Ob sich dieser Entscheidung der Hinweis für eine Abkehr vom Dogma der generell restriktiven Handhabung der Schrankenbestimmungen, die nur vom Gesetzgeber an geänderte technische Rechtstatsachen angepasst werden können, abzeichnet, ist zumindest nicht auszuschließen. Immerhin hat sich der Bundesgerichtshof auch in der späteren Entscheidung „Gies-Adler“ noch einmal dahin gehend geäußert, dass dies nicht uneingeschränkt gelten kann<sup>1301</sup>. Dennoch ist angesichts der geltenden Konzeption des Urheberrechtsgesetzes mit einer adäquaten Öffnung der Schrankenregelungen gegenüber richterlicher Rechtsfortbildung nicht zu rechnen. Diese sind nicht als „Rechte“, sondern als Rechtfertigungsgründe, als Befugnisse ausgestaltet, was der außergesetzlichen Fortschreibung schon konzeptionell Grenzen setzt<sup>1302</sup>. Hinzu kommt, dass die Instanzgerichte selbst dann vor einer erweiternden Auslegung zurückschrecken, wenn sie eine solche im Grundsatz für gerechtfertigt halten<sup>1303</sup>.

Überdies zeigt die nachfolgend dargestellte Entwicklung des geschriebenen Rechts die Tendenz, die Schrankenbestimmungen zunehmend einzuschränken. Auch

1300 Vgl. BGH GRUR 2002, S. 963 (964). Im Ergebnis erklärte der BGH die Schranke des § 49 UrhG auf elektronische Pressespiegel – in engen Grenzen – für anwendbar.

1301 BGH GRUR 2003, S. 956 (957) – Gies-Adler. In der Entscheidung wird wie folgt ausgeführt: „Besteht beispielsweise an der Wiedergabe eines geschützten Werks ein gesteigertes öffentliches Interesse, kann dies unter Umständen schon bei der Auslegung der dem Urheber zustehenden Befugnisse, in jedem Fall aber bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen berücksichtigt werden und im Einzelfall dazu führen, dass eine enge, am Gesetzeswortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, dem Informations- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit Rechnung tragenden Interpretation weichen muss.“

1302 Kur in Schricker/Dreier/Kur, S. 47, siehe hierzu auch bereits oben, Fn. 1286. Dagegen kennt die zivilrechtliche Methodenlehre keinen allgemeinen Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen, vgl. Dreier/Schulze-Dreier, vor §§ 44a ff., Rdnr. 7 m. w. Nachw.

1303 Beispielhaft ist hierfür die „Personal Video Recorder“-Entscheidung des OLG Dresden zu nennen (siehe NJOZ 2007, S. 1564 (1569)). Das OLG Dresden führt hierin aus: „Immerhin hat der BGH sogar den Versand reprografischer Vervielfältigungen, für die sich der Besteller auf eine Privilegierung nach § 53 UrhG berufen kann, als einen Vorgang gewertet, der einen Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung begründet (BGH, GRUR 1999, 707 – Kopienversanddienst). Eine solche Lösung auf Grund einer rechtsanalogen Anwendung anderer Vergütungsregelungen wäre auch im vorliegenden Zusammenhang sachgerecht, da es den Sendeunternehmen vor allem um eine angemessene Kompensation für die Nutzung ihrer Programme und einen Ausgleich für eventuell entstehende Verluste bei den Werbeeinnahmen geht (in diesem Sinne auch Dreier, FS Ullmann, 2006, 37 [50]). Eine solche Regelung zu schaffen, welche die Entwicklung neuer Dienstleistungsangebote ermöglichen würde, die durchaus im Interesse der Verbraucher liegen, ist aber dem Gesetzgeber bzw. allenfalls der höchstrichterlichen Rechtsprechung (wie in der Entscheidung „Kopienversanddienst“ BGH, GRUR 1999, 707, 4. LS) vorbehalten.“

insofern wird für die richterliche Rechtsfortbildung im Bereich der Beschränkungen des Urheberrechts zukünftig immer weniger Raum bleiben.

c) Einschränkung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums bei der Gewähr von Schrankenbestimmungen durch die Richtlinie 2001/29/EG

Durch die Richtlinie 2001/29/EG hat sich das europäische Urheberrecht erstmals der Schrankenbestimmungen angenommen. Anders als die Schutzrechte (die nach wie vor nicht abschließend durch Richtlinien geregelt und damit einer dynamischen Anpassung durch die nationalen Gesetzgeber oder Gerichte zugänglich sind) hat man sich in diesem Zuge dafür entschieden, die möglichen Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht und dem Recht der öffentlichen Wiedergabe abschließend zu regeln<sup>1304</sup>. Abgesehen von einer Ausnahme (des in § 44a UrhG umgesetzten Art. 5 Abs. 1) sind die Schrankenbestimmungen jedoch nicht obligatorisch.

Diese Entwicklung führt dazu, dass die Mitgliedstaaten zwar einerseits nicht verpflichtet sind, Schrankenbestimmungen zu gewähren, andererseits aber gehindert sind, notwendige oder (gegebenenfalls aufgrund weiterer technischer Entwicklungen) notwendig werdende Schrankenbestimmungen einzuführen, soweit sie von der Richtlinie nicht erfasst sind. Diese Entscheidung ist – mit Blick auf ein ausgewogenes Urheberrecht – äußerst bedenklich<sup>1305</sup>. Nicht nur dass auf diese Weise ohne nachvollziehbare Begründung<sup>1306</sup> ein bestimmter Status quo des stark im Fluss befindlichen urheberrechtlichen Interessensausgleichs festgeschrieben wurde. Hinzu kommt, dass diese Fixierung – einmal mehr – allein die Seite der Werknutzer benachteiligt, indem allein denjenigen rechtlichen Instrumenten jegliche Dynamik entzogen wurde, die ihnen zugute kommen (nämlich den Schrankenbestimmungen). Diese Fixierung wirkt umso schwerer, als gesetzgeberische Entscheidungen auf europäischer Ebene noch schwieriger zu revidieren sind als solche auf nationaler Ebene<sup>1307</sup>. Eine weiter gehende, massive Verschiebung des Ausgleichs der Interessen von Verwertern, Urhebern und Werknutzern ist damit schon durch die politischen

1304 Insoweit eindeutig die Formulierung des 32. Erwägungsgrundes: „Die Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe sind in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt.“

1305 So auch Hilty in Ohly/Klippel, S. 107 (120).

1306 Das in der Regel vorgebrachte Argument, dass die europäische Regelung der Schrankenbestimmungen notwendig sei, um eine Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes herbeizuführen, die wiederum Hindernissen des Binnenmarktes entgegenwirken soll, ist offensichtlich vorgeschoben. Denn aufgrund des Umstandes, dass die Schrankenbestimmungen nicht obligatorisch sind, ist das gewählte Regelungsinstrument evident untauglich, um einen auch nur nennenswerten Grad an Harmonisierung herbeizuführen.

1307 So auch Jaeger in: Hilty/Peukert (Hrsg.), S. 47 (60).

Entscheidungen auf europäischer Ebene vorangelegt. Dies zeigt sich deutlich auch an einer Reihe weiterer europäischer Initiativen<sup>1308</sup>.

d) Einschränkung der Schranken durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“

Auch die Art und Weise, wie das Urheberrechtsgesetz in den letzten Novellen fortgeschrieben wurde, erweist sich in Bezug auf die Entwicklung von Schutzrecht und Schranken als kontradirektional.

Dies wird besonders an den Neuregelungen deutlich, die das Urheberrecht durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ (also den 1. und 2. Korb) erfahren hat.

aa) Die Beschränkung der Privatkopieschranke auf Vervielfältigungen aus legalen Quellen

Besonders aus den Kreisen der Unterhaltungsindustrie, wie den Musik- und Filmverbänden sowie den Verwertungsgesellschaften, wurde bereits bei Beginn der Debatten um eine neue Urheberrechtsreform die Forderung laut, bei der Anwendbarkeit von Schrankenvorschriften zwischen digitalen und analogen Nutzungshandlungen zu differenzieren<sup>1309</sup> und v. a. die Privilegierungstatbestände in Bezug auf digitale

1308 So z. B. die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Abl. L 195/16 v. 02.06.2004), die durch das „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“ in das deutsche Recht umgesetzt wurde und die am 1. September 2008 in Kraft treten wird. Durch diese Gesetzesnovelle werden weitere Verschärfungen (u. a.) des Urheberrechts (in diesem Fall auf Rechtsfolgenebene) vorgenommen. Ein weiteres Beispiel für die auf europäischer Ebene vorangetriebene systematische Expansion des Urheberrechtsschutzes ist ein Richtlinienvorschlag, in dem die Kommission eine Verlängerung der Schutzdauer für verwandte Schutzrechte für Tonträgerhersteller und ausübende Künstler auf 95 (!) Jahre zu verlängern beabsichtigt [# prüfen], vgl. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/term-protection/term-protection\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/term-protection/term-protection_de.htm) (zuletzt abgerufen am 28.7.2008). Dieser Vorschlag erfolgte entgegen der wohl einheitlichen Ansicht internationaler Experten, die eine solche Ausweitung des Schutzes für ungerechtfertigt und – aus verschiedener Hinsicht – bedenklich halten. Siehe hierzu u. a. <http://irights.info/blog/arbeits2.0/2008/06/21/fachleute-warnten-vor-verlangerung-von-schutzfrist-fur-musikaufnahmen/>, zuletzt abgerufen am 28.7.2008, m. w. Nachw. Siehe auch *Hugenholtz et al.*, S. 83 ff.

1309 So geschehen in Art. 5 Abs. 3 lit. o) der Richtlinie 2001/29/EG. Hierin wird bestimmt, dass traditionelle Schrankenbestimmungen in den Mitgliedsstaaten trotz des abschließenden Cha-

Kopien erheblich einzuschränken<sup>1310</sup>. Ein besonders umstrittener Punkt im Rahmen der Reform lag in der Frage, ob die in § 53 Abs. 1 UrhG gesicherte Freiheit, Vervielfältigungen zur privaten Nutzung ohne Zustimmung der Rechtsinhaber anfertigen zu dürfen, nach neuem Recht<sup>1311</sup> auf Fälle beschränkt werden solle, in denen eine rechtmäßig hergestellte (oder bereitgestellte, s. u.) Kopiervorlage verwendet wurde<sup>1312</sup>.

rakters des Schrankenkataloges in Art. 5 RL aufrecht erhalten werden dürfen, soweit dies nur analoge Nutzungen betrifft (vgl. hierzu Kröger, MMR 2002, S. 18 (19)).

- 1310 Geiger, GRUR Int. 2002, S. 329 (332). Siehe zur Entwicklung dieser Frage in den Diskussionen vor Abfassung der Richtlinie 2001/29/EG Kreutzer, Entwicklung des Urheberrechts, S. 104 f.; ders. zur Entwicklung des deutschen Urheberrechts im 1. und 2. Korb in Geistiges Eigentum, S. 47 ff. und Spannungsfeld, S. 109 (112 ff.). Vgl. zu den Bestimmungen der Info-Soc-Richtlinie Metzger/Kreutzer, MMR 2002, S. 139 (139).
- 1311 Nach der bis September 2003 geltenden Rechtslage war es umstritten, ob es auf die Rechtmäßigkeit der Kopiervorlage für die Anwendbarkeit von § 53 Abs. 1 UrhG ankommt (zur Änderung durch Inkrafttreten des „Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ siehe sogleich). Eine aufstrebende Ansicht in der Literatur (vgl. Leupold/Demisch, ZUM 2000, S. 379 (383 f.); Loewenheim in FS Dietz, S. 415 (419 ff.); Inteven, S. 44 f.; Braun, GRUR 2001, S. 1106 (1107); wohl auch Möhring/Nicolini-Decker, 2. Auflage, § 53, Rdnr. 9) spricht sich dafür aus, die Schranke entsprechend restriktiv zu handhaben. Die Auslegung des § 53 UrhG gebiete – aufgrund eines „*ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals*“ – dass Vervielfältigungen zu privaten Zwecken nur dann zulässig seien, wenn schon die Kopiervorlage vom Anbieter rechtmäßig hergestellt wurde. Damit wäre die Rechtslage an der Kopiervorlage für den privaten Nutzer entscheidend. Eine durch den Werkmittler rechtswidrig hergestellte Werkkopie trüge nach den Vertretern dieser Ansicht gewissermaßen einen rechtlichen Makel, der sich von der Kopiervorlage auf die weiteren Vervielfältigungsstücke übertrüge. Nach der Gegenansicht entsprach dies nicht dem seinerzeit geltenden Recht, da Vervielfältigungen zu privaten Zwecken aufgrund einer gesetzlichen Lizenz gestattet seien, die unabhängig von jeglichen Eigenschaften der Kopiervorlage gewährt würde (vgl. Schack, Rdnr. 496; Kreutzer, GRUR 2001, S. 193 (200); Mönkemöller, GRUR 2000, S. 663 (668)).
- 1312 Vgl. etwa die Stellungnahme des „Forums der Rechtsinhaber“ von Oktober 2002 an das Bundesministerium der Justiz (vgl. <http://www.urheberrecht.org/topic/Info-RiLi/st/Forum-RegEntw.pdf>, zuletzt abgerufen am 28.07.2008). In diesem Verbund hatten sich 14 Institutionen aus der Verlags-, Musik- und Filmbranche Mitglieder zur gemeinsamen Interessenvertretung zusammen getan. Hierzu gehörten u. a. der Bundesverband der phonographischen Wirtschaft, die Deutsche Landesgruppe der IFPI (*International Federation Of The Phonographic Industry*), der Börsenverein des deutschen Buchhandels und die wichtigsten Verwertungsgesellschaften, u. a. die GEMA. Unter anderem wurde hier vorgeschlagen, § 96 UrhG zu erweitern und dieser Norm den Tatbestand der Vervielfältigung hinzuzufügen. Der Formulierungsvorschlag der erweiterten Norm lautete: „*Rechtswidrig hergestellte oder verbreitete Vervielfältigungsstücke dürfen weder vervielfältigt noch verbreitet noch zu öffentlichen Wiedergaben benutzt werden.*“ Später wurde die Forderung von der FDP-Fraktion aufgenommen, die eine Änderung des § 53 UrhG mit dem gleichen Ziel vorschlug, vgl. die Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses im Bundestag, BT-Drcks. 15/837 vom 9. April 2003, S. 30. Auch der Bundesrat machte sich die genannte Forderung der Entertainment- und Kulturgüterindustrie schließlich zu eigen. Dies führte – aufgrund der entgegenstehenden Auffassung der



Die Bundesregierung hat diese (erstmalig im 1. Korb gestellten) Forderungen zunächst zurückgewiesen<sup>1313</sup>. Eine solche Beschränkung auf die Vervielfältigung von legalen Quellen „liefe de facto auf ein Verbot der Herstellung von Kopien zum privaten Gebrauch hinaus.“<sup>1314</sup> Denn v. a. beim Online-Zugriff, aber auch häufig im Offline-Kontext lasse sich die Rechtmäßigkeit der Kopiervorlage nicht beurteilen<sup>1315</sup>.

Diesen Bedenken ist zuzustimmen. Eine Regelung, nach der Vervielfältigungen von rechtmäßig hergestellten Quellen ohne Einschränkung rechtswidrig wäre, würde dazu führen, dass private Nutzer die Rechtslage an der verwendeten Kopiervorlage überprüfen müssten. Die Kollateralschäden einer solchen Bestimmung wären immens. Denn neben den Fällen, in denen im eigentlichen Sinne „Raubkopien“ als Kopiervorlagen verwendet werden, würden diese auch solche erfassen, in denen es z. B. im Rechtsverhältnis zwischen Urheber und Verwerter zu Störungen im Vertragsverhältnis gekommen ist<sup>1316</sup>. Die Privilegierung aus der für den urheberrechtlichen Interessensausgleich bedeutsamen Privatkopieschranke würde damit unter anderem von der Rechtsbeziehung zwischen dem Anbieter der Kopiervorlage und dem Berechtigten abhängig gemacht<sup>1317</sup>.

Auch ansonsten können Nutzer, v. a. im Online-Bereich, die Rechtmäßigkeit der Angebote kaum jemals überprüfen. Eine Beschränkung auf das Kopieren von „legalen Quellen“ hätte für den Rechtsverkehr und besonders die privaten Nutzer eine kaum hinnehmbare Rechtsunsicherheit zur Folge gehabt, wodurch die Funktion der Schranke unterwandert worden wäre.

Der Gesetzgeber hat diesen Bedenken nur teilweise Rechnung getragen. Nachdem der Bundesrat sich diese Forderung der Entertainmentwirtschaft zu eigen gemacht und – angesichts der Weigerung der Bundesregierung, dem nachzukommen –

Bundesregierung – schließlich zur Einberufung des Vermittlungsausschusses, vgl. Anrufungsbeschluss des Bundesrates vom 23. Mai 2003, BR-Drcks. 271/03, S. 2.

1313 Vgl. zur Kritik auch *Kreutzer*, Stellungnahme des ifrOSS an das Bundesministerium für Justiz zu einer möglichen Neuregelung der Schrankenvorschrift § 53 und damit zusammenhängender Normen im Zuge der Neuordnung des deutschen UrhG bei der Einarbeitung der Richtlinie 2001/29/EG vom 08.11.2001 (vgl. [www.ifross.de/ifross\\_html/art13.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art13.pdf)).

1314 Vgl. die Gegenäußerung der Bundesregierung in Erwiderung auf eine entsprechende Forderung des Bundesrates, BT-Drcks. 15/38, S. 39.

1315 Weiter heißt es hier: „Im Internet zum Download bereitgehaltene Dateien bieten keinerlei Anhaltspunkte für ihre Herkunft. Bei Offline-Medien, wie etwa CDs, ist in der Regel allein das booklet, nicht aber der Tonträger selbst, geeignet, die Originalität der Vorlage zu belegen.“

1316 Um eine (objektiv) rechtswidrig hergestellte Kopiervorlage würde es sich z. B. auch bei einer im Handel erworbenen Film-DVD handeln, wenn der Filmhersteller es unterlassen hat, sich an allen vorbestehenden Werken die erforderlichen Rechte einzuholen o. Ä.

1317 Der Umstand, dass den Nutzer für derart entstehende Rechtsverletzungen in aller Regel kein Verschulden treffen dürfte, schützt ihn nur unzureichend. Denn Unterlassungsansprüche und Ansprüche auf Abmahnkosten sind verschuldensunabhängig.

den Vermittlungsausschuss angerufen hatte, einigte man sich auf einen Kompromiss. Vervielfältigungen zu privaten Zwecken waren nach der endgültigen Fassung des 1. Korbes nur noch zustimmungsfrei zulässig, „soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird“<sup>1318</sup>.

In Anbetracht des Umstandes, dass das Ziel dieser Regelung v. a. darin lag, die Online-Tauschbörsen „auszutrocknen“<sup>1319</sup>, kann man die letztlich gefundene Formulierung nur als Redaktionsversehen verstehen.

Denn zu beurteilen, ob eine Kopiervorlage rechtmäßig hergestellt wurde, ist den Nutzern kaum einmal möglich<sup>1320</sup>.

Man nehme den Fall, dass sich ein Nutzer aus einem *Filesharing*-Netzwerk von einem anderen Teilnehmer des Systems eine Musikdatei herunterlädt<sup>1321</sup>. Die angebotene Datei, also die Kopiervorlage, kann – ohne dass dies erkennbar oder technisch relevant wäre – sowohl eine Originaldatei<sup>1322</sup>, eine berechtigte Privatkopie oder eine Raubkopie sein. Allein die Raubkopie wäre eine „rechtswidrig hergestellte Kopiervorlage“. Diese dürfte indes allenfalls klar erkennbar sein, wenn der darauf befindliche Musiktitel oder Film noch gar nicht veröffentlicht war. Selbst wenn dies der Fall wäre, wäre jedoch noch nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass es sich um eine „offensichtlich“ rechtswidrig hergestellte Kopiervorlage handelt. Denn ob die Vervielfältigung überhaupt rechtswidrig war, hängt u. a. von dem jeweils geltenden Recht ab. Da es den Nutzern, v. a. im Online-Bereich, jedoch in aller Regel nicht einmal möglich ist zu erkennen, in welchem Land die Datei erstellt wurde, die im Internet zum Download zugänglich gemacht wird, ist es umso weniger möglich, die Rechtslage im Zuge der Herstellung zu überprüfen. Stellen sich derlei Fragen, handelt es sich in keinem Fall um ein „offensichtlich“ (also für jedermann ohne Weiteres erkennbar) rechtswidrig hergestelltes Werkstück.

Hieran ändert auch die nochmalige Anpassung der Regelung im 2. Korb nichts. Zwar wurde § 53 Abs. 1 UrhG in diesem Zuge erneut geändert und die Einschränkung auf „*offensichtlich rechtswidrig hergestellte und öffentlich zugänglich gemachte Vorlagen*“ erweitert. Die o. g. Unsicherheit über das anwendbare Recht und die

1318 Vgl. Beschluss des Bundestages vom 4. Juli 2003, BR-Drcks. 445/03.

1319 Siehe zu den Motiven die Ausführungen im Regierungsentwurf zum 2. Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 25 f.

1320 Selbst bei einem augenscheinlich eindeutigen Fall, dem Kauf einer selbst gebrannten Musik-CD auf dem Flohmarkt wäre diese Unsicherheit gegeben. Die für die Beschränkung relevante Herstellung derselben kann durchaus von § 53 Abs. 1 UrhG gedeckt gewesen sein. Dies kann der Käufer im Zweifel nicht erkennen. Dagegen drängt sich auf, dass das Angebot wegen § 53 Abs. 6 UrhG rechtswidrig ist. Der Ansatz scheint daher verfehlt.

1321 Siehe zur Rechtslage bei der Nutzung von *Filesharing*-Systemen *Kreutzer*, GRUR 2001, S. 193 (193 f.) und 307 ff.; *Braun*, GRUR 2001, S. 1106 (1109); *Schack* in FS Erdmann, S. 165 (169); *Spindler*, JZ 2002, S. 60 (66).

1322 Die etwa – ohne noch einmal kopiert worden zu sein – gegen Entgelt bei einem kommerziellen Musikdownloaddienst heruntergeladen wurde.

hiermit zusammenhängende Frage, wie sich dies auf die Nutzung von online bereitgestellten Werkkopien auswirkt, besteht indes weiterhin<sup>1323</sup>.

Trotz oder gerade aufgrund des fragwürdigen, möglicherweise gar nicht existenten Anwendungsbereichs der Beschränkung auf legale Quellen führt der Verweis auf die offensichtlich rechtswidrigen Vorlagen zu erheblicher Rechtsunsicherheit, die v. a. die durch die Schranke begünstigten, „rechtschaffenen“ Endnutzer belastet. Diese können sich zukünftig nicht mehr wie bislang auf die Kopierfreiheit im privaten Umfeld verlassen. Zwar wollte der Gesetzgeber mit der Formulierung „offensichtlich“ gerade ausschließen, dass die Nutzer mit Rechtsfragen belastet werden, die sie nicht beurteilen können. Die Rechtsunsicherheit ergibt sich jedoch dennoch unmittelbar aus dem unklaren, vagen Wortlaut des § 53 Abs. 1 UrhG. Dies ist bei einer Regelung, die sich unmittelbar an Laien, also an private Nutzer richtet, nicht hinnehmbar. Angesichts des überdies fragwürdigen Nutzens für die Belange der Rechtsinhaber erscheint es mehr als zweifelhaft, ob der urheberrechtliche Interessensausgleich bei diesem Zugeständnis an die Forderungen der Unterhaltungsindustrie gewahrt wurde.

bb) Die Beschränkung der Schrankenbestimmungen durch den Schutz technischer Maßnahmen

(1) Die Einführung des „Schutzes technischer Maßnahmen“ durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“

Zurückgehend auf die Umsetzungsverpflichtung aus den Art. 11 WCT und Artikel 18 WPPT<sup>1324</sup> sowie des Art. 6 der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG wird dem Urheberrechtsgesetz ein neues Schutzinstrumentarium implementiert. Nach den durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ eingeführten §§ 95a ff. UrhG wird ein „Schutz technischer Maßnahmen“ bestimmt, der

1323 Auch die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Online-Angebotes z. B. einer Musikdatei ist nach dem jeweils anwendbaren Recht zu beurteilen. Abgesehen von dem Umstand, dass gerade Tauschbörsennutzer aufgrund der in solchen Systemen herrschenden absoluten Anonymität nicht einmal wissen, in welchem Land sich der jeweilige Anbieter der Datei befindet, könnte ein Laie die schwierigen Fragen des Internationalen Privatrechts, nach denen sich das anwendbare Recht beurteilt, nicht beantworten. Auch insofern ist diese Kenntnis jedoch für die Einschätzung der Frage, ob das jeweilige Angebot überhaupt rechtswidrig ist, erforderlich. Wie vor diesem Hintergrund das Regelungsziel erreicht werden soll, ist nicht ersichtlich. Den sich aus der Internationalität der Vorgänge in Online-Netzen ergebenden Komplexitäten wird dieser Ansatz des deutschen Rechts jedenfalls nicht gerecht.

1324 Zur Entstehungsgeschichte dieser Normen, vgl. *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 80 ff.

ein bislang ungekanntes System von wechselseitigen flankierenden rechtlichen und technischen Schutzmechanismen verkörpert. Als technische Maßnahmen werden nach § 95a UrhG verstanden:

„Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, geschützte Werke oder andere nach diesem Gesetz geschützte Schutzgegenstände betreffende Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, zu verhindern oder einzuschränken.“

Vereinfacht gesprochen, sind mit technischen Maßnahmen i.S.d §§ 95 a ff. UrhG in erster Linie Kopier- und Zugangsschutzsysteme gemeint<sup>1325</sup>. Der hinter dieser gesetzlichen Neuerung stehende Gedanke besteht darin, dass in einer digitalen Welt einerseits das Recht die Technik benötigt, um Schutzpositionen gewährleisten zu können, dass auf anderer Seite aber diese Sicherungstechnik ebenfalls anfällig für Eingriffe ist und somit ihrerseits wiederum des Rechtsschutzes bedarf<sup>1326</sup>. Durch diese enge funktionale Verknüpfung von Technik und Recht entsteht ein für das Urheberrecht neuer synergetischer Effekt<sup>1327</sup>.

1325 Vgl. Näheres bei *Kreutzer*, „Selbsthilferecht zum Umgehen von Kopierschutz?“ in Telepolis vom 18.10.2002 (<http://www.telepolis.de/r4/artikel/9/9817/1.html>).

1326 In Erwägungsgrund 47 zur Richtlinie 2001/29/EG heißt es hierzu: *„Im Zuge der technischen Entwicklung werden Rechtsinhaber von technischen Maßnahmen Gebrauch machen können, die dazu bestimmt sind, die Verhinderung oder Einschränkung von Handlungen zu erreichen, die von den Inhabern von Urheberrechten oder verwandten Schutzrechten oder des sui generis-Recht an Datenbanken nicht genehmigt worden sind. Es besteht jedoch die Gefahr, dass die Umgehung des durch diese Vorrichtungen geschaffenen technischen Schutzes durch rechtswidrige Handlungen ermöglicht oder erleichtert wird. Um ein uneinheitliches rechtliches Vorgehen zu vermeiden, das den Binnenmarkt in seiner Funktion beeinträchtigen könnte, muss der rechtliche Schutz vor der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen und vor der Bereitstellung entsprechender Vorrichtungen und Produkte bzw. der Erbringung entsprechender Dienstleistungen harmonisiert werden.“*

1327 Die Auswirkungen des Schutzes technischer Maßnahmen können an einem Schichtenmodell erläutert werden, das vier Sicherungsebenen unterscheidet. Jede Sicherungsebene dient der jeweils höher gelegenen gewissermaßen als „doppelter Boden“, wodurch eine Mehrfachabsicherung der Interessen der Rechtsinhaber erreicht wird. 1. Sicherungsebene: Urheberrecht, schützt vor unbefugter Nutzung des Werkes (rechtlicher Schutz). 2. Sicherungsebene: Technische Schutzmaßnahme, schützt vor unbefugter (und befugter) Nutzung sowie – je nach Funktion – vor unbefugtem Zugang zum Werk (technischer Schutz). 3. Sicherungsebene: Schutz technischer Maßnahmen, schützt vor einer Umgehung der technischen Schutzmaßnahme (rechtlicher Schutz). 4. Sicherungsebene: Schutz von Handlungen, die Umgehungen erleichtern oder ermöglichen. § 95a Abs. 3 untersagt es, Umgehungsmittel oder Informationen über Umgehungsmittel (z. B. Anleitung zur Umgehung eines Kopierschutzes) herzustellen, zu vertreiben usw. (rechtlicher Schutz). Siehe das Modell bei *Kreutzer*, Geistiges Eigentum, S. 43.

## (2) Auswirkungen des Schutzes technischer Maßnahmen auf das Urheberrecht

Für das Urheberrecht bedeutet dies zunächst eine erhebliche Erweiterung des Rechts auf einen neu erschlossenen Schutzbereich<sup>1328</sup>. Durch die §§ 95a ff. UrhG kann der Urheber aufgrund seines Ausschließlichkeitsrechts erstmals Handlungen untersagen, die sich nicht auf die Nutzung von Werken, nicht einmal auf das Werk selbst, beziehen. Geschaffen wird damit ein für das Urheberrecht neuartiges Schutzrecht „sui generis“, das weder Verwertungs- noch Persönlichkeitsrecht ist. Durch die sehr weite Formulierung dieses neuen Schutzrechts stehen die hierdurch untersagten Handlungen zu einer Werknutzung teilweise nur noch in einem sehr entfernten Zusammenhang. Neben dem in § 95a Abs. 1 UrhG geregelten Verbot einer Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen werden durch Abs. 3 dieser Vorschrift auch mittelbar hiermit in Beziehung stehende (z. B. Vorbereitungs-)Handlungen untersagt<sup>1329</sup>. Systematisch folgerichtig finden sich die neuen Verbotsrechte des Rechtsinhabers auch nicht im 4. Abschnitt des 1. Teils des Urheberrechtsgesetzes (also bei den Verwertungsrechten), sondern in einem neu geschaffenen 1. Abschnitt des 4. Teiles<sup>1330</sup> mit der Überschrift „Ergänzende Schutzbestimmungen“.

Der Einfluss des Schutzes technischer Maßnahmen auf das Regelungsgefüge des Urheberrechts kann nicht deutlich genug hervorgehoben werden. Durch die Neuregelung wird ein gänzlich neues Spannungsfeld eröffnet, dessen Auswirkungen auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich zwischen Individual- und Kollektivinteressen erheblich sind.

### (a) 1. Beispiel für den Einfluss der §§ 95a UrhG auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich: Zugangssteuerung statt Verwertungsrecht

Zunächst wird hierdurch dem Ausschließlichkeitsrecht des Rechtsinhabers ein bislang ungeschützter Bereich zugeordnet, der in einer Informationsgesellschaft von grundlegender Bedeutung ist: die Entscheidung über den Zugang zum Werk und

1328 Siehe hierzu schon oben, Punkt IV.B.4.c.bb).

1329 Hier heißt es: „*Verboten sind die Herstellung, die Einfuhr, die Verbreitung, der Verkauf, die Vermietung, die Werbung im Hinblick auf Verkauf oder Vermietung und der gewerblichen Zwecken dienende Besitz von Vorrichtungen, Erzeugnissen oder Bestandteilen sowie die Erbringung von Dienstleistungen, die Gegenstand einer Verkaufsförderung, Werbung oder Vermarktung mit dem Ziel der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen sind oder abgesehen von der Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen nur einen begrenzten wirtschaftlichen Zweck oder Nutzen haben oder hauptsächlich entworfen, hergestellt, angepasst oder erbracht werden, um die Umgehung technischer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern.*“

1330 Dieser enthält „Gemeinsame Bestimmungen für Urheberrecht und verwandte Schutzrechte“.

damit zu etwaigen darin verkörpert Informationen<sup>1331</sup>. Nach § 95a Abs. 2 UrhG werden als „wirksame technische Maßnahmen“ i.S.d. Abs. 1 und 3 dieser Norm auch Zugangskontrollen verstanden<sup>1332</sup>. Der Zugang zu (veröffentlichten<sup>1333</sup>) Werken wurde bislang indes nicht dem Urheber vorbehalten. Ist das Werk einmal veröffentlicht, darf jeder, der faktischen Zugriff auf ein Werkexemplar hat, hiervon Kenntnis nehmen, dieses benutzen, solange dies nicht mit einer zustimmungsbedürftigen Verwertungshandlung (z. B. einer Vervielfältigung) einhergeht<sup>1334</sup>. Durch den Schutz von Zugangskontrollsystemen wird dieser ungeschützte Bereich dem Urheberrecht mittelbar zugeordnet. Setzt der Rechtsinhaber einen solchen Mechanismus ein, kann er jede Kenntnisnahme vom Inhalt eines bereits in Verkehr gebrachten Werkes verhindern.

Zwar wäre ihm dies auch ohne rechtlichen Schutz jedenfalls in gewisser Weise faktisch möglich<sup>1335</sup>. Der Rechtsschutz der technischen Schutzmaßnahmen gem. § 95a Abs. 1 und 3 UrhG geht jedoch über diese faktische Steuerungsmacht des Rechtsinhabers weit hinaus. Zu der technisch-faktischen Möglichkeit, mittels einer Zugangskontrolle jede einzelne Benutzung des Werkes zu kontrollieren, tritt nunmehr ein ausschließliches (also gegenüber jedermann wirksames) Recht, die Umgehung des technischen Mechanismus zu verbieten. Damit wird faktisch ein Recht geschaffen, über jede Form der Kenntnisnahme des Werkes zu entscheiden und zwar selbst dann, wenn der Urheber dieser mit der Veröffentlichung eigentlich bereits zugestimmt hat und die Rezeption nicht mit einer urheberrechtlich relevanten Verwertungshandlung einhergeht. Der Umfang der ausschließlichen Befugnisse wird so erheblich ausgeweitet<sup>1336</sup>, da die Unterscheidung von freier rezeptiver Verwendung und zustimmungspflichtiger Verwertung bei Anwendung technischer Maßnahmen bedeutungslos wird.

1331 Vgl. auch *Hilty in Ohly/Klippel*, S. 107 (109). Siehe zu der besonders einschneidenden Auswirkung dieses Regelungsgefüges auf in Datenbanken gespeicherte Informationen oben, Punkt III.C.2.b).

1332 Näheres hierzu, vgl. *Wand*, S. 10 ff.

1333 Nach bisher geltendem Recht existiert ein „Zugangskontrollrecht“ nur in Form des Veröffentlichungsrechts gem. § 12 UrhG. Hierbei handelt es sich jedoch um ein Urheberpersönlichkeitsrecht mit einem anderen Schutzzweck. Es erlischt im Übrigen nach h. M. mit der Erstveröffentlichung (vgl. *Dreier/Schulze-Schulze*, § 12, Rdnr. 6 m. w. Nachw.) und stellt schon von daher kein umfassendes Zugangsrecht, kein „right of communication to the public“ dar.

1334 Siehe oben, Punkt IV.B.1) in diesem Abschnitt zur urheberrechtlichen Relevanz der Benutzung bei Nutzungshandlungen mittels Computertechnologie.

1335 Niemand ist verpflichtet, sein Werk nach Veröffentlichung jedermann zur Verfügung zu stellen oder überhaupt zu veröffentlichen. So werden Bücher nur an diejenigen verkauft, die den Kaufpreis bezahlen, Download-Angebote können nur nach Zahlung der jeweiligen Gebühren in Anspruch genommen werden usw.

1336 Zum Schutz technischer Maßnahmen nach alter Rechtslage vgl. *Haedicke* in FS Dietz (2001), S. 349 ff.

(b) 2. Beispiel für den Einfluss der §§ 95a UrhG auf den urheberrechtlichen Interessensausgleich: Die Umgehung der Schrankenregelungen

Das Verbot, Kopierschutz- und Zugangskontrollsysteme zu umgehen, führt dazu, dass die Schrankenvorschriften, v. a. solche, die die zustimmungsfreie Vervielfältigung ermöglichen (wie z. B. das Zitatrecht oder die Privatkopie), faktisch ausgehebelt werden können. Setzt der Rechtsinhaber etwa Kopierschutzmechanismen ein<sup>1337</sup>, können z. B. Zitate<sup>1338</sup> oder Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch und anderen Zwecken nicht mehr angefertigt werden. Ein Selbsthilferecht, das die Schrankenprivilegierten in die Situation versetzen würde, zur Durchsetzung ihrer Interessen technische Maßnahmen zu umgehen, sehen die §§ 95 a ff. UrhG nicht vor.

Vor diesem Hintergrund stellt sich in Bezug auf den Schutz technischer Maßnahmen die vorrangige Frage, ob und wenn auf welche Weise das Spannungsfeld zwischen Schranken und dem Schutz technischer Maßnahmen durch gesetzliche Mittel auszugestalten werden ist. Ausgangspunkt der Überlegung muss die ganz grundsätzliche Frage sein, ob man die durch technische Schutzmaßnahmen beeinträchtigten Privilegien des Urheberrechts auch im digitalen Bereich erhalten will. Ohne rechtliche Gebote, die die Rechtsinhaber verpflichten, bei Einsatz technischer Schutzmaßnahmen die Wahrnehmung der Schranken auf irgendeine Weise<sup>1339</sup> zu gewährleisten, werden diese in bestimmten Bereichen urheberrechtlich relevanter Nutzung faktisch ausgehebelt<sup>1340</sup>. Hiermit würde man die Entscheidung über eine

1337 Dies wird heute im Entertainment-Bereich schon weithin genutzt. Bereits seit Mitte der achtziger Jahre werden Videofilme z. B. mit dem analogen Kopierschutzsystem „Macrovision“ versehen. Auch werden mittlerweile viele neu erscheinende Audio-CDs, vor allem von den großen Musikunternehmen, mit digitalen Kopierschutzmechanismen versehen.

1338 Dies gilt zumindest für Zitate, bei denen eine Vervielfältigung des zitierten Werkteils oder Werkes zwingend erforderlich ist. Bei Textzitaten ist dies in aller Regel nicht der Fall, da der jeweilige Ausschnitt abgeschrieben werden kann. Anders jedoch bei Zitaten aus Filmen, von Fotografien oder Musikaufnahmen. Da es weder möglich noch im Sinne des Zitats ist, beispielsweise einen Filmausschnitt nachzudrehen, um ihn als Zitat einzusetzen, ist es hierfür erforderlich, diesen aus dem Film herauszukopieren und die Kopie in das zitierende Werk einzufügen. Ist die Filmdatei jedoch kopiergeschützt, wird dies technisch verhindert. Die §§ 95a ff. UrhG verbieten wiederum, den technischen Schutz zu umgehen.

1339 Denkbar wären verschiedene Alternativen, vgl. *Metzger/Kreutzer*, MMR 2002, S. 139 ff., die zwischen einer Anspruchs-, einer Selbsthilfe-, einer Pönalisierungs- oder einer Verbandsklagenlösung unterscheiden. Vgl. ausführlich hierzu mit weiteren Anregungen *Kreutzer/Jaeger* in ihrer Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ vom 04.11.2002 ([http://www.ifross.de/ifross\\_html/art22.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art22.pdf)), S. 8 ff.

1340 Kritisch daher auch *Metzger/Kreutzer*, MMR 2002, S. 139 (140); *Linnenborn K&R* 2001, S. 394 (399 f.). Nach Erwägungsgrund (52) Richtlinie 2001/29/EG „sollten“ die Mitgliedstaaten



Ausgestaltung des Interessensausgleichs durch die Schranken des Urheberrechts einer der Interessengruppen selbst, nämlich v. a. der Verwertungsindustrie, überlassen.

In der Richtlinie 2001/29/EG wird diese Problematik in Art. 6 behandelt<sup>1341</sup>. Des- sen Abs. 4 UA 1 schreibt zwingend vor, eine Wahrung bestimmter Schrankenvor- schriften – sofern diese überhaupt gewährt werden<sup>1342</sup> – gesetzlich zu gewährleis- ten<sup>1343</sup>. Diese obligatorische Gewährleistung gilt indes nach Art. 6 Abs. 4 UA 1 der Richtlinie weder für die – ebenfalls fakultative – Schranke aus Art. 5 Abs. 2 lit. b) (digitale Vervielfältigung zum privaten Gebrauch) noch für Art. 5 Abs. 3 lit. d) (Zi- tatrecht).

Einerseits hat man sich also, trotz erbitterten Widerstandes der Verwerter<sup>1344</sup>, in der Schlussfassung der Richtlinie auf eine – fakultative – Schranke für die Vervielfältigung zu privaten Zwecken sowohl in analoger als auch digitaler Form einigen können<sup>1345</sup>. Auch ein Zitatrecht kann im Prinzip, wiederum unabhängig von der verwendeten Technik oder den beim Zitieren vorgenommenen Nutzungshandlungen, gewährt werden. Da die Richtlinie den nationalen Gesetzgebern jedoch in Bezug auf die Ausgestaltung des Verhältnisses dieser Schranken und dem Schutz technischer Schutzmaßnahmen einen Umsetzungsspielraum einräumt, ist die Gewähr der Ge-

Sorge tragen, dass die Ziele der Schranken – soweit ins nationale Recht umgesetzt – auch er- reicht werden können.

1341 Vgl. Richtlinie 2001/29/EG, abgedr. GRUR Int. 2001, S. 745. In Art. 6 Abs. 4: Unterabsatz 1 heißt es: „Werden von Seiten der Rechtsinhaber freiwillige Maßnahmen, einschließlich Ver- einbarungen zwischen den Rechtsinhabern und anderen betroffenen Parteien, nicht ergriffen, so treffen die Mitgliedstaaten ungeachtet des Rechtsschutzes nach Absatz 1 geeignete Maß- nahmen, um sicherzustellen, dass die Rechtsinhaber dem Begünstigten einer im nationalen Recht gemäß Artikel 5 Absatz 2 Buchstaben a, c, d, oder e oder Absatz 3 Buchstaben a, b o- der e vorgesehenen Ausnahme oder Beschränkung die Mittel zur Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Beschränkung in dem für die Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Be- schränkung erforderlichen Maße zur Verfügung stellen, soweit der betreffende Begünstigte rechtmäßig Zugang zu dem geschützten Werk oder Schutzgegenstand hat.“

Unterabsatz 2: „Ein Mitgliedstaat kann derartige Maßnahmen auch in Bezug auf den Begünstigten einer Ausnahme oder Beschränkung gemäß Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b treffen, sofern die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch nicht bereits durch die Rechtsinhaber in dem für die Nutzung der betreffenden Ausnahme oder Beschränkung erforderlichen Maße gemäß Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b und Absatz 5 ermöglicht worden ist; der Rechtsinhaber kann dadurch nicht gehindert werden, geeignete Maßnahmen in Bezug auf die Zahl der Vervielfältigungen gemäß diesen Bestimmungen zu ergreifen.“ (...)

1342 Die Umsetzung der Schrankenvorschriften an sich ist fakultativ, vgl. Art. 5 Abs. 2 und 3 RL 2001/29/EG („die Mitgliedstaaten können...“) und Erwägungsgrund 32.

1343 Durch dieses Privileg geschützt werden lediglich die in Art. 5 Abs. 2 lit. a), b), d) und e) so- wie die in Art. 5 Abs. 3 lit. a), b) und e) genannten Schranken.

1344 Zu der Auseinandersetzung vgl. Hoeren, MMR 2000, S. 515 (520); Kröger, CR 2001, S. 316 (320); Linnenborn, K&R 2001, S. 394 (395). Besonders die Musikindustrie hatte sich vehe- ment gegen die digitale Privatkopie ausgesprochen, da diese zu erheblichen Verlusten führe.

1345 Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b).

meinwohlinteressen – wie sich an der deutschen Umsetzung zeigt – keineswegs vorgegeben.

So hat sich der deutsche Gesetzgeber – entgegen aller Kritik<sup>1346</sup> – letztlich dafür entschieden, im Spannungsfeld zwischen dem Schutz technischer Maßnahmen und der Schranke des § 53 Abs. 1 UrhG den Vorrang nahezu uneingeschränkt den Verwerterinteressen einzuräumen. In § 95b Abs. 1 UrhG, der in Umsetzung von Art. 6 Abs. 4, 1. UA der RL 2001/29/EG die Durchsetzbarkeit bestimmter Schrankenvorschriften regelt, ist § 53 Abs. 1 UrhG nur in Bezug auf Vervielfältigungen im Wege der Reprografie genannt. Damit kann die digitale Vervielfältigung zu privaten Zwecken bei Einsatz technischer Schutzvorrichtungen, die diese Handlung verhindern sollen, weder vorgenommen noch durchgesetzt werden. Das Gleiche gilt für die – aus Sicht des gesellschaftlichen Diskurses, des wissenschaftlichen und kulturellen Fortschritts und beispielsweise der Kunstfreiheit – elementar wichtige Zitatschranke.

Ob der Interessensausgleich, der durch die wichtigen Schrankenbestimmungen hergestellt werden soll, erhalten bleibt, ist mithin nunmehr der alleinigen Entscheidungsbefugnis der Rechtsinhaber unterworfen. Der Gesetzgeber entzieht sich auf diese Weise seiner Verantwortung, die wichtigen Aspekte des urheberrechtlichen Interessensausgleichs selbst zu regeln. Die Folge des nahezu uneingeschränkten Vorrangs des Schutzes technischer Maßnahmen ist, dass die Schranken und sonstigen Grenzen des Urheberrechts ihre durch Art. 14 Absatz 2 GG gebotene gesetzliche Korrektivfunktion vollständig verlieren.

Damit nicht genug: Noch weitaus verwerterfreundlicher (nicht aber zwingend urheberfreundlicher) stellen sich die Regelungen zum Schutze technischer Maßnahmen dar, soweit es Werke und sonstige Schutzgegenstände anbelangt, *„die der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“*. Nach Art. 6 Abs. 4 UA 4 der Richtlinie<sup>1347</sup> dürfen die nationalen Gesetzgeber die Schranken bezüglich solcher Schutzgegenstände nicht durchsetzungsstark ausgestalten. Was mit diesem Unterabsatz 4 und der hierauf basierenden Vorschrift § 95b Abs. 3 UrhG gemeint ist, ist höchst unklar<sup>1348</sup>. Der deutsche Gesetzgeber jedenfalls scheint von einem sehr weiten Anwendungsbereich dieser Sondervorschrift auszugehen<sup>1349</sup>. Die Gesetzesbegründung zum 1. Korb impliziert, dass jedes Werkstück, das ein Nutzer auf dem Online-Wege erlangt (z. B. über einen Online-Händler erworben hat<sup>1350</sup>), von der Durchsetzungsvorschrift des § 95b

1346 Vgl. z. B. Dreier CR 2000, S. 45 (47); Metzger/Kreutzer, MMR 2001, S. 139 (141).

1347 Umgesetzt in § 95b Abs. 3 UrhG.

1348 Vgl. hierzu Kreutzer, Stellungnahme an das Bundesministerium für Justiz zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2001/29/EG ([www.ifross.de/ifross\\_html/art14.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art14.pdf)).

1349 Vgl. BT-Drcks. 15/38, S. 27.

1350 Die Beschränkung auf solche Werke, „die der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Abmachung zugänglich gemacht werden“, dürfte den Anwendungsbereich von § 95b Abs. 3

UrhG ausgenommen ist<sup>1351</sup>. Ganz gleich also, welche schützenswerten Interessen mit der Nutzung angestrebt werden, stuft das deutsche Urheberrecht die Partikularinteressen der Verwerter als höherrangig ein, soweit es online bereitgestellte Werke anbelangt<sup>1352</sup>. Die Einschränkung der Durchsetzbarkeit von Schrankenbestimmungen macht auch vor solchen Regelungen, die für die Interessen der Allgemeinheit von besonderer Bedeutung sind und die dem Schutz grundrechtlich geschützter Güter dienen, wie z. B. dem Zitatrecht (§ 51 UrhG) oder der Berichterstattung über Tagesereignisse (§ 50 UrhG) nicht halt<sup>1353</sup>. Dies ist v. a. angesichts des Umstands, dass immer mehr Werke ausschließlich online verwertet werden, mehr als bedenklich.

UrhG kaum einengen. Nahezu jede Online-Nutzungshandlung dürfte auf einer (zumindest konkludenten) vertraglichen Vereinbarung beruhen.

- 1351 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drcks. 15/38 vom 6.11.2002, S. 65. Hier wird auch unumwunden eingeräumt, dass damit die Zulassung der Schrankennutzung in diesem Bereich im Belieben des jeweiligen Rechtsinhabers steht. Ob diese Lesart zutrifft und ob dies dem Regelungsgedanken der Richtlinie entspricht, ist indes äußerst zweifelhaft (vgl. *Kreutzer*, Stellungnahme an das Bundesministerium für Justiz zur Umsetzung von Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 4 der Richtlinie 2001/29/EG, S. 10 ff. ([www.ifross.de/ifross\\_html/art14.pdf](http://www.ifross.de/ifross_html/art14.pdf)). Eine plausible Erklärung für eine solche Ungleichbehandlung zwischen dem herkömmlichen Markt mit (materiellen) Vervielfältigungsexemplaren und dem Handel mit immateriellen Werkexemplaren ist nicht ersichtlich. Gerechtfertigt erschiene vor diesem Hintergrund lediglich, nicht das vom Nutzer erlangte Vervielfältigungsstück, sondern nur dasjenige Exemplar von der Durchsetzbarkeit der Schranken auszunehmen, das online angeboten wird. Ansonsten würde der zukunftssträchtige Verkehr von Werkstücken per Online-Distribution gegenüber dem herkömmlichen Verkehr stark benachteiligt werden (Einzelheiten zu dieser Problematik, vgl. *Kreutzer*, ebd.).
- 1352 Wie auch alle anderen Schranken kann in diesem Bereich der § 45 UrhG (die Schranke zu Gunsten der Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit) nicht durchgesetzt werden. Kritisch insofern auch *Dreier/Schulze-Dreier*, § 95b, Rdnr. 17.
- 1353 Vgl. zur Kritik etwa *Hilty*, *GRUR Int.* 2006, 179 (180 ff.); *Kreutzer*, Geistiges Eigentum, S. 43 ff. oder *Dreier/Schulze-Dreier*, § 95b, Rdnr. 17, die darauf hinweisen, dass im Spannungsfeld mit den Individualinteressen der Rechtsinhaber an einem wirksamen technischen Schutz selbst diejenigen Schrankenbestimmungen unberücksichtigt bleiben, die „*immerhin in Abwägung von Eigentumsinteressen mit Interessen der Allgemeinheit*“ festgelegt wurden und sogar in denjenigen Bereichen, wo die Schranken öffentliche Zugangsinteressen schützen, „*die ihrerseits unter dem Schutz verfassungsrechtlich geschützter Grundrechte stehen*“. Dass auf diese Weise die Realisierung der durch die Schranken an sich gewährleisteten Allgemeininteressen gegenüber den Individualinteressen des Urhebers gänzlich unberücksichtigt bleiben, erscheint verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Vor diesem Hintergrund scheint die Tatsache, dass dem deutschen Gesetzgeber bei der Abfassung des § 95b Abs. 3 UrhG kaum ein Umsetzungsspielraum verblieb, von geringer Bedeutung. Immerhin war Deutschland bei der Formulierung der Richtlinie als Mitgliedsstaat nicht unwesentlich beteiligt. Jedenfalls werden sich die Gerichte bei einer Kollision mit anderen grundrechtlich geschützten Gütern um eine verfassungskonforme, im Zweifel restriktive, Auslegung des § 95b Abs. 3 UrhG bemühen müssen (wie oben angeregt, vgl. Fn. 1349).

## e) Fazit

Die genannten Beispiele zeigen eine deutliche Tendenz, die Zurückdrängung der Schranken auch mit gesetzgeberischen Mitteln voranzutreiben. Deren Bedeutung als Mittel zum Ausgleich der durch das Urheberrecht betroffenen Interessen wird zukünftig erheblich abnehmen<sup>1354</sup>. Denn durch den *sui-generis*-Schutz für technische Maßnahmen läuft – soweit solche eingesetzt werden – der Schutz der allgemeinen Interessen, den die Schrankenbestimmungen gewährleisten sollen, faktisch ins Leere<sup>1355</sup>. Alternative Instrumente, die diese Korrektivfunktion einnehmen könnten, sind weder ersichtlich noch scheinbar vom Gesetzgeber gewollt. Vielmehr drängen die politischen Entscheider auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene auf eine zunehmende Expansion des Urheberrechtsschutzes.

Diese Entwicklung ist vor dem Hintergrund der Ausgleichsfunktion des Urheberrechts bedenklich. Vor allem aufgrund der zunehmenden Bedeutung des Urheberrechtsschutzes als Steuerungsmittel zu technisch vermittelten Inhalten im Zeitalter der Digitaltechnologie scheint eine stetige Ausweitung des Schutzrechts zu Lasten eines freien Zugangs zu und Umgangs mit Informationen nicht angemessen. Es muss sehr bezweifelt werden, ob eine solche Vorgehensweise mit den Anforderungen, die an eine Informationsgesellschaft zu stellen sind, konform gehen kann. Die Entwicklung des Urheberrechts scheint vielmehr allzu sehr von partikularen Interessen dominiert.

Im Übrigen stehen auch nicht die Belange des Urhebers als dem zentralen Schutzsubjekt des geltenden Urheberrechts im Mittelpunkt. Besonders im Bereich des Schutzes technischer Maßnahmen ist die rechtspolitische Einflussnahme klar von industriellen Interessen geprägt. Dieses Instrument wird zu meist weniger dem Urheber als allein der Verwertungsindustrie dienlich sein<sup>1356</sup>. Die Möglichkeit, durch Einsatz solcher Systeme die Einzelnutzung zu erfassen und abrechnen zu können, dürfte aufgrund des hiermit verbundenen zeitlichen und finanziellen Aufwandes nur wenigen Rechtsinhabern zugänglich sein. Der sich selbst vermarktende Urheber (womöglich außerhalb des gewerblichen Bereichs) hingegen kann hiervon kaum profitieren. Abgesehen davon haben Urheber regelmäßig gar kein Interesse

1354 Dies gilt umso mehr/stärker [# prüfen] angesichts des Umstands, dass digitale Werke in aller Regel mit Lizenzbestimmungen vertrieben werden (wie es auch bei Computerprogrammen üblich ist), über die die Anbieter versuchen, gesetzliche Nutzungsfreiheiten abzubedingen. Je nachdem, wie weit gehend dem durch gesetzliche Regelungen (z. B. über die AGB-rechtlichen Bestimmungen des BGB) Grenzen gesetzt sind oder werden, wird auch diese Praxis erwartungsgemäß zu einer zunehmenden Erosion des urheberrechtlichen Interessensausgleichs führen. Vgl. zu diesem Themenkomplex *Guibault, passim*; *Kreutzer*, Verbraucherschutz, *passim* und oben, Fn. 1238.

1355 So auch Hilty, GRUR Int. 2006, 179 (180).

1356 So auch Hilty, ZUM 2003, S. 983 (1001).

darán, die Wahrnehmbarkeit ihrer Werke durch technische Sperren und rechtliche Restriktionen künstlich zu verknappen und zu behindern.

In den Fällen, in denen ein Verwerter die Rechte am Werk wahrnimmt, kann der Schutz technischer Maßnahmen dem Urheber zu weiteren Nachteilen gereichen. So sieht § 54a Abs. 1 Satz 2 UrhG vor, dass der Einsatz von technischen Maßnahmen auf geschützte Werke bei der Bemessung der Pauschalvergütungen zu berücksichtigen ist. Um ungerechtfertigte Doppelvergütungen<sup>1357</sup> zu vermeiden, müssen zukünftig Werkexemplare, die aufgrund eines Kopierschutzmechanismus<sup>1358</sup> nicht mehr vervielfältigt werden können, von dem System der Pauschalvergütung ausgeschlossen und die Vergütungen entsprechend angepasst werden<sup>1359</sup>. Der verstärkte Vertrieb technisch geschützter Werkexemplare führt damit zu einer Verringerung der Pauschalvergütungen. Dies geht in erster Linie zu Lasten der Urheber. Denn während die Pauschalvergütungen von den Verwertungsgesellschaften direkt an die Urheber ausgeschüttet werden und die Beteiligungsansprüche gem. § 63a UrhG unabdingbar sind, fließen individuelle, per DRM kontrollierte und ggf. abgerechnete Nutzungsentgelte allein dem Verwerter zu. Eine Beteiligung des Urhebers ist damit vom Wohlwollen des Verwerter, also desjenigen abhängig, „*der versuchen wird, den Kreativen mit so wenig Entschädigung abzuspeisen wie möglich*“<sup>1359</sup>.

Auch vor diesem Hintergrund scheint es zwingend notwendig, den urheberrechtlichen Interessensausgleich neu auszutarieren. Hierbei sollte auch die konzeptionelle Frage gestellt werden, ob nicht auch das im Urheberrechtsgesetz gewählte Regelungsmodell von Schutzrecht und Schranken und die hierhinter stehenden Wertungen einer grundlegenden Überprüfung zu unterziehen sind<sup>1360</sup>.

#### f) Die Abschaffung des Erschöpfungsgrundsatzes bei unkörperlichen Werkstücken

Nach heute ganz h. M. findet das Verbreitungsrecht gem. § 17 Abs. 1 UrhG auf die unkörperliche Online-Übertragung von immateriellen Werkstücken keine Anwendung<sup>1361</sup>. Es stellt sich damit die Frage, ob der die Verkehrsfähigkeit von Werkex-

1357 Zum Begriff vgl. *Kreutzer*, ZUM 2003, S. 1041 (1044).

1358 Siehe die Begründung des neu gefassten § 54a Abs. 1 UrhG im Regierungsentwurf zum 2. Korb, BT-Drcks. 16/1828, S. 29. Dies war bereits seit In-Kraft-Treten des Ersten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft geregelt, vgl. den § 13 Abs. 4 UrhWG a. F. Vgl. zu den Empfehlungen vor der ersten Gesetzesänderung *Kreutzer*, ZUM 2003, S. 1041 (1044) und *Peukert*, ZUM 2003, S. 1050 (1054).

1359 So *Hilty*, ZUM 2003, S. 983 (1001).

1360 Hierfür spricht sich auch *Kröger*, MMR 2002, S. 18 (20 und 21) aus; ders. Dissertation, S. 224. Siehe hierzu unten, Teil 4, Kapitel 3, Punkt II.E).

1361 *Dreier* in Informationsgesellschaft, S. 128 f.; ders. in *Becker/Dreier*, S. 123 (138 f.); *Waldenberger*, ZUM 1997, S. 177/178; *Becker*, ZUM 1995, S. 231 (244); ders. in *Becker/Dreier*, S.

emplaren ermöglichende Erschöpfungsgrundsatz aus § 17 Abs. 2 UrhG<sup>1362</sup> auch bei elektronisch vermittelten, immateriellen Werkstücken (in Form von digitalen Dateien) greifen sollte. Dies ist in der Rechtsliteratur äußerst umstritten<sup>1363</sup> und heute allerdings höchststrichterlich nicht geklärt.

Hiergegen spricht erheblich die Formulierung des Erwägungsgrundes 29 der Richtlinie 2001/29/EG<sup>1364</sup>. Es heißt hier:

„Die Frage der Erschöpfung stellt sich weder bei Dienstleistungen allgemein noch bei Online-Diensten im Besonderen. Dies gilt auch für materielle Vervielfältigungsstücke eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, die durch den Nutzer eines solchen Dienstes mit Zustimmung des Rechtsinhabers hergestellt worden sind. Dasselbe gilt daher auch für die Vermietung oder den Verleih des Originals oder von Vervielfältigungsstücken eines Werks oder eines sonstigen Schutzgegenstands, bei denen es sich dem Wesen nach um Dienstleistungen handelt. Anders als bei CD-ROM oder CD-I, wo das geistige Eigentum in einem materiellen Träger, d.h. einem Gegenstand, verkörpert ist, ist jede Bereitstellung eines Online-Dienstes im Grunde eine Handlung, die zustimmungsbedürftig ist, wenn das Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht dies vorsieht.“

Diese Wertung hat in Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie ihren Niederschlag gefunden. Die Intention des Richtliniengebers wird hieraus sehr deutlich. Immaterielle Werkexemplare sollen keiner Erschöpfung unterliegen und zwar auch dann nicht, wenn ein Konsument sich eine Datei heruntergeladen und danach auf einen Datenträger überspielt hat<sup>1365</sup>. Dies hätte zur Folge, dass ein „Zweitveräußerungsmarkt“ mit solchen

45 (63); *Rehbinder* ZUM 1996, S. 348 (354); *Loewenheim/Koch*, Online-Recht, S. 300; *Hoeren*, CR 1996, S. 517 (518); *Ernst*, GRUR 1997, S. 592 (593); *Kreutzer*, Entwicklung des Urheberrechts, S. 37; *Koehler*, S. 35.

1362 Der Erschöpfungsgrundsatz bewirkt, dass dem Urheber an einem Werkexemplar kein dingliches Verbreitungsrecht mehr zusteht, wenn dies einmal mit seiner Zustimmung in den Verkehr gebracht wurde, vgl. *Schricker/Loewenheim*, § 17, Rdnr. 35 ff.; *Möhring/Nicolini-Kroitzsch*, 2. Auflage, § 17, Rdnr. 38 ff.; *Wandtke/Bullinger-Heerma*, § 17, Rdnr. 13 ff. Damit wird bei körperlichen Werkstücken erreicht, dass diese nach In-Verkehr-Bringen frei von den urheberrechtlichen Beschränkungen zirkulieren können.

1363 Vgl. ausführlich zu dieser Problematik und zum Meinungsstand *Kreutzer*, Verbraucherschutz, S. 78 ff.

1364 Siehe hierzu zunächst den Erwägungsgrund 28 zur Richtlinie 2001/29/EG: „Der unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz schließt auch das ausschließliche Recht ein, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren. Mit dem Erstverkauf des Originals oder dem Erstverkauf von Vervielfältigungsstücken des Originals in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erschöpft sich das Recht, den Wiederverkauf dieses Gegenstands innerhalb der Gemeinschaft zu kontrollieren.“ Auch in der Datenbank-Richtlinie 96/9/EG wurde die Frage nach der Anwendbarkeit des Erschöpfungsgrundsatzes auf online-vermittelte Werkexemplare angesprochen und verneint, vgl. Erwägungsgrund 33.

1365 Letzteres ist in der deutschen Literatur umstritten. Z. T. wird – mit unterschiedlicher Begründung – vertreten, dass der Erschöpfungsgrundsatz auch in solchen Fällen angewendet werden könne, vgl. etwa *Hoeren*, MMR 2000, S. 515 (517); *Koch*, GRUR 1997, S. 417 (425 ff.);

Gütern lizenzpflichtig wäre. Ein Handel mit „gebrauchten“ Dateien (z. B. über eBay) oder mit selbst gebrannten CDs, die urheberrechtlich geschütztes – jedoch rechtmäßig erworbenes – Material enthalten, wäre damit ausgeschlossen.

Wie sich solche Beschränkungen des Erschöpfungsgrundsatzes auswirken können, zeigt sich derzeit an den gerichtlichen Auseinandersetzungen um „Gebrauchtssoftware“. Software wird heute zunehmend in Form unkörperlicher Werkexemplare gehandelt. V. a. gewerbliche Großabnehmer erhalten hierbei häufig gar kein körperliches Vervielfältigungsstück (wie eine CD-ROM) mehr, sondern erstellen sich die notwendigen Vervielfältigungsstücke, indem sie vom Anbieter online bereitgestellte Dateien herunterladen und sodann selbst kopieren. Alternativ überlassen die Hersteller den Erwerbern mitunter eine einzige „Masterkopie“, die Letzterer dann in der benötigten Anzahl vervielfältigt.

Gehandelt wird auf diesem Markt daher zunehmend nicht mehr mit Sachen (körperlichen Werkträgern), sondern mit Lizenzen (Nutzungsrechten). Ein Unternehmen beispielsweise, das auf die o. g. Art und Weise Software für eine Vielzahl von Nutzern erwirbt, schließt mit dem Anbieter sog. Volumenlizenzen ab. Aus diesen ergibt sich im Einzelnen, wie viele Programmkopien eingesetzt, auf Rechnern installiert werden dürfen usw.

Für die wirtschaftlichen Erwägungen, die auf diesem Markt von Anbietern und Abnehmern getroffen werden, spielt die Frage, ob die Software auf körperlichen Werkträgern vorliegt oder in Form unkörperlicher Dateien, an denen Lizenzen erworben werden, keine Rolle. Die zunehmende Substitution des „dinglichen“ Handels mit Softwarekopien dient v. a. der Praktikabilität und Kosteneffizienz. Gleichsam ist die Art der Verkörperung aus Sicht des Weiterveräußerungsinteresses des Erwerbers ohne Belang. Heutzutage bestehen sehr häufig große Bestandteile der Unternehmenswerte aus Software. Wie bei anderen Wertgegenständen hat der Erwerber ein Interesse daran, beliebig hierüber verfügen zu können, was es einschließt, diese

*Linnenborn*, K&R 2001, S. 394 (395); *Dreier*, ZUM 2002, S. 28 (32); ders. in *Dreier/Schulze*, § 19a, Rdnr. 11; *Spindler*, GRUR 2002, 105 (110); *Knies*, GRUR Int. 2002, S. 314 ff.; *Berger*, GRUR 2002, S. 198 (199). Dies wird zumeist damit begründet, dass es keinen Unterschied machen könne, ob ein materielles Werkexemplar vom Rechtsinhaber verschickt wurde oder er dieses dem Nutzer in immaterieller Form zugänglich gemacht und dieser das Werkstück selbst angefertigt hat. So sehr dies rechtspolitisch zu befürworten wäre, ist es fraglich, ob diese Argumentation angesichts der klar entgegenstehenden Intention der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG einer richtlinienkonformen Auslegung von § 17 Abs. 2 UrhG standhalten könnte. Dies verneint *Jaeger* in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 47 (51 ff.), der sich für eine interessengerechte Lösung *de lege ferenda* ausspricht (ebd., S. 55 ff.) und der darauf hinweist, dass bei Computerprogrammen eine analoge Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes möglich erscheine, da sich die InfoSoc-Richtlinie nicht auf Computerprogramme bezieht (ebd. S. 58 f.).



bei Bedarf auch weiterveräußern zu dürfen. Die rechtliche Zulässigkeit solcher Transaktionen kann von großer wirtschaftlicher Bedeutung sein<sup>1366</sup>.

Dieses Geschäftsfeld wurde mittlerweile von Unternehmen entdeckt, die sich darauf spezialisiert haben, Nutzungslizenzen an Software aufzukaufen und weiterzuverkaufen. Hierbei werden große Lizenzpakete häufig aufgespaltet und in kleineren Einheiten veräußert<sup>1367</sup>.

Mittlerweile haben sich LG und OLG München sowie LG und OLG Hamburg mit – unterschiedlichen – Fragestellungen der „Gebrauchsoftware“ befasst<sup>1368</sup>. Die Münchner Gerichte sind dabei einheitlich davon ausgegangen, dass der Erschöpfungsgrundsatz auf derartige Fälle nicht analog anwendbar sei, dass die in den jeweiligen Lizenzbestimmungen enthaltenen Übertragungsverbote für die Lizenzen wirksam seien<sup>1369</sup> und dass – m. a. W. – der Gebrauchthandel mit Software-Lizenzen nach deutschem Urheberrecht untersagt sei<sup>1370</sup>. Bislang hat nur das Hamburger Landgericht eine andere Auffassung vertreten und argumentiert, dass der Erschöpfungsgrundsatz angesichts der mit dem körperlichen Vertrieb von Computerprogrammen gleich gelagerten Interessen analog angewendet werden müsse<sup>1371</sup>. Das Hanseatische Oberlandesgericht hat diese urheberrechtlichen Erwägungen des Landgerichts weder geteilt noch verworfen<sup>1372</sup>. Nach der derzeit höchstinstanzlichen

1366 Man stelle sich beispielsweise den (keineswegs fern liegenden) Fall vor, dass ein Großkonzern wie Siemens zwanzigtausend Nutzungslizenzen für eine bestimmte Anwendung im Wert von mehreren Millionen Euro erwirbt, dann Arbeitsplätze abbaut oder auf ein anderes System umstellt und entsprechend alle oder einen Teil der Lizenzen weiterveräußern will.

1367 Vgl. weiterführend zur Thematik *Grützmacher*, ZUM 2006, S. 302 ff.; *Stögmüller in Bünchner/Dreier* (Hrsg.), S. 127 ff. jeweils m. w. Nachw.

1368 Vgl. LG München MMR 2006, 175 ff. und OLG München, MMR 2006, 748 ff., m. Anm. *Stögmüller* (Verfügungsverfahren in Sachen Oracle gegen UsedSoft); LG München, MMR 2007, 328 ff. und OLG München, Urteil vom 03.07.2008, Az. 6 U 2759/07, S. 7 (Hauptsacheverfahren) sowie LG München, MMR 2008, 563 ff. Vgl. zudem LG Hamburg, MMR 2006, 827 ff. m. Anm. *Heydn/Schmidl* und OLG Hamburg, MMR 2007, 317 ff. m. Anm. *Hüsch/Meuser*.

1369 Das OLG München weist in seiner Entscheidung *UsedSoft II* (ebd., S. 7) zudem darauf hin, dass sich die – ohne weitere Zustimmung bestehende – Unübertragbarkeit der Nutzungsrechte bereits aus § 34 Abs. 1 UrhG ergebe.

1370 Das OLG München schmetterte die Berufungen der beklagten Firma UsedSoft mit äußerst knappen, dogmatischen Begründungen geradezu ab. Es ging in der Berufungsentscheidung sogar so weit, den Antrag auf Zulassung zur Revision abzulehnen. „Die Rechtslage ist klar und eindeutig und bedarf weder einer Bestätigung durch den BGH noch den Europäischen Gerichtshof.“ Angesichts der erheblichen Rechtsunsicherheit, der wirtschaftlichen Bedeutung und der sehr kontroversen Debatte in der Rechtsliteratur kann hiervon freilich keine Rede sein. Es ist m. E. mit Sicherheit zu erwarten, dass der BGH früher oder später hierüber entscheiden wird.

1371 LG Hamburg, MMR 2006, 827 (828 f.).

1372 In dem von den Hamburger Gerichten zu entscheidenden Fall (geklagt hatte ein Microsoft-Reseller gegen UsedSoft) war allein die Werbung von UsedSoft streitgegenständlich, genauer



Entscheidung ist der Erschöpfungsgrundsatz als Ausgleichsinstrument zwischen den Interessen der Rechtsinhaber, der Allgemeinheit (an der Verkehrsfähigkeit von Werkexemplaren) und der Erwerber daher auf unkörperliche, online veräußerte Vervielfältigungsstücke nicht anwendbar.

Dies entspricht – sofern keine Korrekturen auf Wertungsebene in Form von Analogien o. Ä. vorgenommen werden – auch den geltenden Regelungen des deutschen Urheberrechtsgesetzes. Eine Norm, die den Verkehr mit immateriellen Werkstücken nach deren ersten In-Verkehr-Bringen über Online-Technologien freistellen würde, findet sich hierin nicht, da das Verbreitungsrecht auf diesen Erstvertrieb keine Anwendung findet<sup>1373</sup>. Die gilt gleichermaßen für den Erschöpfungsgrundsatz, der für eine „Erstverbreitung“ im Wege der öffentlichen Zugänglichmachung nicht gilt<sup>1374</sup>.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Entscheidung, den Erschöpfungsgrundsatz nicht in Bezug auf unkörperliche Werkexemplare fortzuschreiben, aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Dies ist angesichts der elementaren Bedeutung dieses urheberrechtlichen Grundsatzes<sup>1375</sup> für die Interessen von Allgemeinheit und Erwerbern sehr fraglich. Dies gilt umso mehr angesichts der erwartungsgemäß zunehmenden Substituierung des Handels mit körperlichen durch den Handel mit unkörperlichen Werkexemplaren<sup>1376</sup>. Zweifel an einer sachlichen Rechtfertigung drängen sich zudem angesichts der Tatsache auf, dass eine solche weder dem Text der Richtlinie noch den Erwägungsgründen nicht zu entnehmen ist.

Der europäische Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass die Online-Distribution von Werkexemplaren der Erbringung einer vorübergehenden Dienstlei-

die Frage, ob die Werbung für den Verkauf von Gebrauchtssoftware, angesichts der rechtlichen Unsicherheiten über die Zulässigkeit solcher Übertragungen, wettbewerbswidrig sei. Anders als das LG Hamburg, das sich im Zuge der wettbewerbsrechtlichen Prüfung inzident mit den urheberrechtlichen Fragen auseinandergesetzt hat, wies das OLG die Klage bereits aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften ab.

1373 Nachweise s. o., Fn. 1361.

1374 *Dreier/Schulze-Schulze*, § 17, Rdnr. 30.

1375 Nach h. M. in Literatur und Rechtsprechung stellt der Erschöpfungsgrundsatz eines der wesentlichen urheberrechtlichen Leitbilder dar, was etwa dazu führt, dass pauschale Einschränkungen des Erschöpfungsgrundsatzes in AGB gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als unwirksam angesehen werden. Siehe hierzu OLG Frankfurt/Main, NJW-RR 1997, S. 494; OLG Bremen WRP 1997, 573/575 f. = CR 1997, S. 609 (611); *Lehmann* NJW 1993, S. 1822 (1825); *Wandke/Bullinger-Grützmacher*, § 69c, Rn. 38 m. w. Nachw. Eingehend hierzu, vgl. *Kreutzer*, Verbraucherschutz, S. 37 ff.

1376 Auch die EU-Kommission ging von jeher davon aus, dass es zu einer solchen Veränderung des Werkvertriebs kommen würde, vgl. bereits das Grünbuch „Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft“, KOM (95) 382 endg., S. 58. Um so die wichtige Bedeutung des Erschöpfungsgrundsatzes bei einer solchen Entwicklung zu erhalten, sprachen sich auch frühere Stimmen in der Rechtsliteratur dafür aus, das Verbreitungsrecht auf die Online-Übertragung von Werkexemplaren anzuwenden, vgl. hierzu *Becker*, ZUM 1995, S. 245; *Schwarz*, Markenartikel 1996, S. 215 (217) und *Koch*, GRUR 1997, S. 426.

tung näher steht als einem Veräußerungstatbestand. Diese Annahme geht indes fehl. Tatsächlich handelt es sich bei dem (eigentumsrechtlich relevanten) Verkehr mit immateriellen Werkexemplaren nicht um eine Dienstleistung, sondern um einen Erwerbstatbestand. Lädt sich der Nutzer bei einem kommerziellen Online-Angebot gegen Zahlung eines Entgelts ein Werkexemplar, beispielsweise eine Datei mit einem aktuellen Musikstück, herunter, entspricht dieser Vorgang aus Sicht der Interessen der Vertragspartner einem CD-Kauf. Der Nutzer begehrt, das Recht und v. a. die Möglichkeit<sup>1377</sup> zu erwerben, das Werk dauerhaft zu nutzen und damit wie ein Eigentümer zu verfahren, etwa es beliebig weiterzuveräußern. Für die Einräumung dieser Herrschaftsmacht erhält der Rechtsinhaber ein Entgelt. Ein solcher Vorgang entspricht weniger dem Tatbestand einer (vorübergehenden) öffentlichen Verfügungsbarmachung oder einer Vermietung<sup>1378</sup> als einem Sachkauf.

Dies gilt auch für die Weiterveräußerungstatbestände. Denkbar sind diese zum einen in der Form, dass der Nutzer das bei ihm durch den Download auf der Festplatte entstehende Werkstück weiterveräußert, ohne es vorher noch einmal zu vervielfältigen<sup>1379</sup>. Zum anderen ist denkbar, dass der Abnehmer die von ihm erworbene Datei mit dem geschützten Inhalt auf einem externen Datenträger speichern (z. B. auf eine CD brennen) und diesen sodann weiterveräußern will<sup>1380</sup>. Auch diesbezüglich sind die Interessen des Nutzers an einer freien Verfügbarkeit über sein Eigentum nicht anders gelagert, als in den Fällen, in denen er einen vom Hersteller gefertigten Ton-, Daten- und/oder Bildträger weiterveräußert.

1377 Ob es sich bei einem solchen Vertrag wirklich um den Erwerb urheberrechtlicher Nutzungsrechte – also um einen Lizenzvertrag – handelt, ist zweifelhaft. Der Genuss des Werkes ist nicht zustimmungspflichtig, da er nicht Bestandteil der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsbefugnisse ist. Zustimmungsbedürftige Handlungen, etwa Vervielfältigungen oder Verbreitungen nimmt der Verbraucher bei der bestimmungsgemäßen Benutzung des Werkträgers (also z. B. Anhören der Musik von einer CD) nicht vor. Dies ist anders zu beurteilen, wenn durch den Abspieldvorgang – im Allgemeinen ephemere – Vervielfältigungen entstünden (etwa im RAM), soweit diese nach dem neuen § 44a UrhG zulässig wären. Generell dürften alle zum Genuss eines erworbenen Werkstückes notwendigen flüchtigen Vervielfältigungen in den Anwendungsbereich dieser Schranke fallen.

1378 Vgl. beispielsweise die Definition des Vermietrechts in § 17 Abs. 3 UrhG.

1379 Hierzu kommt es v. a. dann, wenn ein Nutzer seine Festplatte oder seinen ganzen PC mit den darauf befindlichen Daten weiterverkaufen will.

1380 Ob dies zulässig ist, hängt zunächst nicht von der Frage der Erschöpfung, sondern von der Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen des Online-Anbieters der Datei hinsichtlich der Vervielfältigungsrechte ab. Handelt es sich nämlich bei dieser weiteren Vervielfältigung um eine Privatkopie, dürfte diese nach § 53 Abs. 6 UrhG ohnehin nicht weiterveräußert werden, ohne dass es auf den Erschöpfungsgrundsatz ankäme. Gestattet der Anbieter jedoch das Brennen auf eine CD, fertigt der Nutzer die weitere Vervielfältigung aufgrund eines einfachen Nutzungsrechts an und nicht aufgrund der gesetzlichen Lizenz aus § 53 Abs. 1 UrhG. § 53 Abs. 6 UrhG findet dann keine Anwendung. So auch *Jaeger* in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 47 (57), der zudem darauf hinweist, dass die Anbieter von Musikdateien die weitere Vervielfältigung zu eigenen Zwecken z. T. gestatten (ebd., S. 49).

Vor diesem Hintergrund drängt sich der Verdacht auf – will man nicht gleich eine einseitig geprägte Berücksichtigung der Verwerterinteressen unterstellen –, dass der Richtlinienggeber bei Abfassung des Erwägungsgrundes Nr. 29 der RL 2001/29/EG andere Konstellationen vor Augen hatte. So ist die Interessenlage dann anders zu beurteilen, wenn der Anbieter ein Werkexemplar online nur zum einmaligen Genuss zugänglich macht, ohne dass der Nutzer die Herrschaft über ein Werkexemplar erlangt (z. B. in Form eines Streams). Hierüber könnte ein Dienst- oder ein Mietvertrag geschlossen werden, da die dauerhafte Verschaffung nicht geschuldet ist. Ein solches Online-Angebot kann fraglos nicht zur Erschöpfung eines Verwertungsrechts (in diesem Fall des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung oder des Senderechts) an dem online angebotenen Werkexemplar führen, da ansonsten der Rechtsinhaber die Werkherrschaft verlieren würde, ohne dass er das Werkstück durch Veräußerung in Verkehr gebracht hat<sup>1381</sup>. Dies erscheint auch interessengerecht, da das Entgelt im Zweifel nicht entsprechend bemessen sein wird und der Verkehrsschutz dies nicht erfordern würde<sup>1382</sup>. Gegen die Annahme, dass der Richtlinienggeber allein solche Sachverhalte regeln wollte, spricht allerdings elementar Satz 2 des Erwägungsgrundes Nr. 29 der Richtlinie („Dies gilt auch...“). Hieran wird deutlich, dass der weitere Vertrieb von materiellen Trägern immer dann der Zustimmung des Rechtsinhabers unterstellt werden soll, wenn dieser das materielle Werkexemplar nicht selbst hergestellt hat<sup>1383</sup>.

Jedenfalls bei kaufähnlichen Konstellationen im Verkehr mit immateriellen Werkexemplaren vermag die kategorische Ablehnung einer Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes nicht einzuleuchten<sup>1384</sup>. Die Interessenlage scheint hier gegenüber dem herkömmlichen Verkehr mit urheberrechtlich geschützten Werken identisch<sup>1385</sup>. Während der Rechtsinhaber auch nach In-Verkehr-Bringen eines Werkexemplars u. U. noch ein Interesse daran haben kann, die Weiterverbreitung zu kontrollieren (etwa um bestimmte Vertriebs- oder Preisbindungssysteme durchsetzen zu können), hat die Allgemeinheit ein Interesse an der Verkehrsfähigkeit auf dem Markt befindlicher Güter<sup>1386</sup>. An der Schutzwürdigkeit dieses Interesses an Verkehrsfähigkeit und Verfügungsmacht auf Nutzerseite ändert sich durch die im

1381 Dies ist allgemein anerkannt. Eine nur vorübergehende Überlassung bewirkt gerade nicht die Erschöpfung des Verbreitungsrechts, vgl. BGH GRUR 2001, S. 1037 (1037) – Kauf auf Probe.

1382 So auch Jaeger in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 47 (52).

1383 Gleicher Ansicht Jaeger in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 47 (52 ff.).

1384 So auch die in Fn. 1365 genannten Stimmen.

1385 So auch *Dreier/Schulze-Dreier*, § 69c, Rdnr. 24. Hierbei ist davon auszugehen, dass Erschöpfung stets nur an einem bestimmten Werkexemplar und nach dessen Veräußerung eintreten kann. Der ursprüngliche Erwerber behält also nichts zurück, sondern begibt sich der Sachherrschaft an seinem Werkstück – sei es eine Datei, eine CD oder eine Festplatte – zu Gunsten des Empfängers dauerhaft und vollständig.

1386 Vgl. *Koehler*, S. 54.

Rahmen des Erwerbstatbestands gewählte Vermittlungsform des Werkexemplars nichts<sup>1387</sup>. Das etwaig entgegenstehende Anliegen des Rechtsinhabers, Weiterveräußerung oder Preisgestaltung von einmal in Verkehr gebrachten Werkexemplaren zu steuern und zu kontrollieren, wurde durch das Urheberrecht bisher nicht als schutzwürdig angesehen. An der Existenz des Erschöpfungsgrundsatzes zeigt sich jedenfalls, dass das Verkehrsinteresse an einem freien Warenverkehr als höherwertig eingeschätzt wird<sup>1388</sup>. Warum diese Bewertung in Bezug auf immaterielle Güter anders ausfallen soll, erschließt sich nicht.

Auch aus dem urheberrechtlich geschützten Interesse an einer angemessenen Vergütung an der Nutzung seines Werkes ergibt sich keine Rechtfertigung für eine derartige Erweiterung der Verwertungsrechte. Ebenso wie bei der herkömmlichen Werkvermittlung hat der Rechtsinhaber bei der Erstveräußerung von immateriellen Werkexemplaren die Möglichkeit, seine Vergütung so zu bemessen, dass sein Interesse an wirtschaftlicher Beteiligung an weiteren Verbreitungshandlungen hierdurch abgedeckt wird<sup>1389</sup>. Schließlich verbleibt zur wirtschaftlichen Wertschöpfung bei der Auswertung auch das – sich nicht erschöpfende – Vervielfältigungsrecht, das die Partizipation an den wesentlichen, wirtschaftlich relevanten, digitalen Verwertungs-handlungen sichert.

Angesichts des Vorstehenden mangelt die Ungleichbehandlung von materiellem und immateriellem Verkehr mit geschützten Werken an einer nachvollziehbaren Begründung. Vor diesem Hintergrund drängt sich der Verdacht auf, dass der kategorische und nicht weiter erläuterte Ausschluss des Erschöpfungsgrundsatz auf unkörperliche Werkexemplare durch den o. g. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29/EG allein oder vorrangig darauf zurückzuführen ist, dass sich der Richtliniengeber unreflektiert Forderungen der Urheberrechtsindustrie zu eigen gemacht hat. Es liegt auf der Hand, dass die Verwerter ein Interesse daran haben, den Sekundärmarkt mit der Wiederveräußerung von Werkexemplaren zu kontrollieren<sup>1390</sup>. Dass dieses Interesse jedoch – entgegen der bislang in Bezug auf körperliche Werkexemplare geltenden Wertungen – auch schutzwürdig sein soll, entbehrt einer nachvollziehbaren Begründung. Auch insofern ist vielmehr eine erhebliche, in der Sache bedenkliche Verschiebung des urheberrechtlichen Interessensausgleichs zulasten der Interessen der Allgemeinheit zu verzeichnen.

1387 Gleicher Ansicht *Koehler*, S. 60 und 72.

1388 Gleicher Ansicht, *Koehler*, S. 66.

1389 *Koehler*, S. 59.

1390 Dies meint auch *Jaeger* in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), S. 47 (60).

## V) Zwischenergebnis

Das Urheberrecht wandelt sich. Die digitalen Werkformen, allen voran die Computerprogramme, unterscheiden sich von klassischen Schutzformen wesentlich. Erstmals wurde hier vom Erfordernis der ästhetischen Wirkung im Sinne eines Ansprechens menschlicher Sinne als Schutzvoraussetzung abgegangen.

Damit erstreckt sich der Schutzbereich des Urheberrechts nunmehr auf Werkarten, die per se den unpersönlichen, rein technisch-funktional orientierten Erzeugnissen zuzuordnen sind. Bei diesen Werken geht es nicht mehr um schöpferische Tätigkeit, sondern um Neuheit, technisch-funktionale Verbesserung und Innovation<sup>1391</sup>.

Diese Expansion des Schutzbereichs wird von einer Expansion des Schutzzumfangs begleitet. Neue Schutzformen, wie das *sui-generis*-Recht des Datenbankherstellers oder das Schutzrecht für technische Maßnahmen, erweitern die Monopolposition der Rechtsinhaber erheblich. Sogar der Zugang und der bloße Genuss von Werken werden somit unter bestimmten Umständen dem Verbotsrecht unterstellt. Gleichzeitig werden die Beschränkungen der Rechte stetig zurückgedrängt. Die Bedeutung eines solchen urheberrechtlichen Funktionswandels hin zu einem Universalschutzrecht für Informationen und Investitionen ist angesichts der Tatsache, dass der Übergang in eine Informationsgesellschaft mit einer Verschiebung der industriellen Produktion von vorwiegend körperlichen zu unkörperlichen Produkten und Dienstleistungen einhergeht<sup>1392</sup>, nicht zu unterschätzen<sup>1393</sup>. Die hiermit verbundenen Bedenken erscheinen angesichts der sozialen Auswirkungen dieser Entwicklung umso gravierender. Wenn in einer Informations- oder Wissensgesellschaft der Zugang zu und die Nutzung von Kommunikationsgütern einen hohen Stellenwert einnimmt, kann eine zunehmende Kommerzialisierung und Monopolisierung der hieran bestehenden Rechte erheblichen Einfluss auf den sozialen Status des Einzelnen haben.

Vor dem Hintergrund, dass das Urheberrecht als „Magna Charta der Informationsgesellschaft“<sup>1394</sup> die neuralgische Schnittstelle zwischen wirtschaftlichem Sicherheitsbedürfnis an wertvollen Inhalten und dem freien Informationsfluss bildet, soll-

1391 So Dreier in Klumpp et al. (Hrsg.), S. 261 (266).

1392 Dreier, CR 2000, S. 45 (45); Wandtke, GRUR 2001, S. 1 (2).

1393 Nach Schätzungen der EU-Kommission beträgt der Anteil der kreativen Produktion (Musik, Publikationen Film, Software, Theater, Fernsehsendungen usw.) in der Gemeinschaft bereits heute ca. 6% des BIP (siehe Hilty, ZUM 2003, S. 983 (992), dort Fn. 51). Ein Bericht der Weltbank aus 1998/1999 hat ergeben, dass das geistige Eigentum mittlerweile zum wichtigsten Produktionsfaktor aller großen Wirtschaftsnationen geworden ist, siehe Wandtke, GRUR 2001, S. 1 (2). Vgl. zur wirtschaftlichen Dimension des Urheberrechts weiterhin Hummel, S. 69 ff. und 72 ff.; dies. ZUM 2001, S. 660 ff.; Schricker, GRUR 1992, S. 243 f.

1394 Hoeren, MMR 2000, S. 3 (3).