

ABHANDLUNGEN ZUM  
URHEBER- UND KOMMUNIKATIONSRECHT

des Max-Planck-Instituts für  
Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht

Herausgegeben von  
Josef Drexl  
Reto M. Hilty  
Gerhard Schrickler  
Joseph Straus

Band 56

Manuel Kleinemenke

# Fair Use im deutschen und europäischen Urheberrecht?

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Flexibilisierung des urheberrechtlichen Schranken kataloges nach dem Vorbild der US-amerikanischen Fair Use-Doktrin



**Nomos**



**Stämpfli Verlag**



**C. H. Beck**

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

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2013

ISBN 978-3-8487-0643-3 (Nomos Verlag Baden-Baden)

ISBN 978-3-7272-7736-8 (Stämpfli Verlag AG Bern)

Die Schriftenreihe ist bis Band 51 beim Verlag C.H. Beck, München erschienen.

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Sie wurde von der dortigen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät im Wintersemester 2012/2013 als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung konnten Rechtsprechung und Literatur im Wesentlichen bis Mai 2013 berücksichtigt werden.

Mein ganz herzlicher Dank gilt in erster Linie meinem Doktorvater Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge), für die hervorragende Betreuung durch zahlreiche hilfreiche Diskussionen und Anregungen zu dieser Arbeit sowie für die wissenschaftlichen Herausforderungen und Freiheiten während meiner Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl. Prof. Dr. Michael Loschelder danke ich herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich auch den Herausgebern der „Abhandlungen zum Urheber- und Kommunikationsrecht“, Prof. Dr. Josef Drexl, LL.M. (Berkeley), Prof. Dr. Reto M. Hilty, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gerhard Schicker und Prof. Dr. Dres. h.c. Joseph Straus für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe sowie der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), die die Veröffentlichung dieser Arbeit mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss unterstützt hat.

Großen Dank schulde ich außerdem der Faculty des Chicago-Kent College of Law, insbesondere Prof. Sarah Harding, Prof. Edward Lee und Jason Du Mont, die mich in meiner Zeit als Visiting Scholar des dortigen Program in Intellectual Property Law sehr freundlich aufnahmen, mir eine umfangreiche Materialsammlung für den rechtsvergleichenden Teil dieser Arbeit ermöglichten und für zahlreiche Fragen und Diskussionen zum US-amerikanischen Urheberrecht zur Verfügung standen.

Danken möchte ich auch meinen lieben ehemaligen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, Benedikt Flöter, Dr. Sebastian Hühner, Martin Königs, Alexander Koof, Dr. Katrin Osinski, Dr. Felix Stang und Dr. Michael Zenker, für eine schöne Zeit, gute Zusammenarbeit, viele interessante juristische und noch mehr mindestens ebenso interessante unjuristische Gespräche.

Alle Rechtschreib- und Interpunktionsfehler, die diese Arbeit nicht enthält, sind meiner Schwester, Janina Kleinemenke, zu verdanken, die sich mit größter Sorgfalt durch hunderte fachfremde Seiten gekämpft hat. Hundertfachen Dank schulde ich daher ihr. Dennoch in der Arbeit enthaltene Fehler sind hingegen allein mein Verdienst.

Mein größter Dank gilt schließlich meinen Eltern, Beate und Alfons Kleinemenke, die mich während meiner gesamten Ausbildungszeit liebevoll und uneingeschränkt unterstützt haben. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Gleiches gilt für meine liebe Doro, die mir viel Unterstützung, Kraft und den gelegentlich erforderlichen Antrieb gegeben hat. Ihr und meiner Familie ist diese Arbeit gewidmet.

Stuttgart, im Juni 2013

*Manuel Kleinemenke*

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	19
Einleitung	25
A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit	26
B. Gang der Untersuchung	28
Teil 1 Grundlagen	31
1. Kapitel Urheberrechtsgewährung im deutschen und US-amerikanischen Recht	31
A. Deutsches Urheberrechtsgesetz: Urheberrecht als umfassend gewährtes Recht	31
I. Die Entstehung des Urheberrechts und „geistigen Eigentums“ in Deutschland	32
II. Urheberrechtsschutz und -gewährung heute	44
B. Das Copyright im US-amerikanischen Rechtssystem	47
2. Kapitel Einschränkung des Urheberrechts im deutschen und US-amerikanischen Recht	57
A. Regelungstechniken: Enumerationsprinzip versus Schrankengeneralklausel	58
B. Das Schrankensystem des deutschen Urheberrechts	59
I. Inhaltliche Schranken des Urheberrechts im Urheberrechtsgesetz	60
1. Unterschiedliche Intensität der Eingriffe	61
a) Freistellung	61
b) Gesetzliche Lizenz	62
c) Zwangslizenz	64
d) Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit	65
2. Die Auslegung und Analogiefähigkeit urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen	66
a) Rechtsnatur der urheberrechtlichen Schranken	67

b)	Grundsatz der engen Auslegung?	73
c)	Analogiefähigkeit von Schrankenbestimmungen?	83
d)	Ergebnis zur Auslegung und analogen Anwendung der Schranken	86
3.	Schrankenbestimmungen außerhalb des Schranken kataloges der §§ 44a ff. UrhG	88
a)	Die freie Benutzung gemäß § 24 UrhG	88
b)	§ 12 Abs. 2 UrhG als Schrankenbestimmung	92
II.	Urheberrechtliche Schranken außerhalb des Urheberrechtsgesetzes	94
C.	Das Schrankensystem des US-amerikanischen Copyright Law	98
I.	Die Fair Use-Doktrin	99
1.	Entwicklung der Fair Use-Doktrin als richterrechtliche Generalklausel	99
2.	Aufnahme der Fair Use-Doktrin in den Copyright Act of 1976	101
a)	Die Regelung des 17 U.S.C. § 107	102
aa)	Die Präambel	103
bb)	Die vier Fair Use-Faktoren	105
(1)	Erster Faktor: “The Purpose and Character of the Use”	106
(2)	Zweiter Faktor: “The Nature of the Copyrighted Work”	106
(3)	Dritter Faktor: “The Amount and Substantiality of the Portion Used”	106
(4)	Vierter Faktor: “The Effect of the Use upon the Potential Market for or Value of the Copyrighted Work”	107
b)	Leitentscheidungen des U.S. Supreme Court zur Fair Use-Doktrin	107
aa)	Sony Corporation of America v. Universal City Studios, Inc.	107
bb)	Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises	111
cc)	Luther R. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.	115
c)	Status quo der Anwendung und Auslegung der Fair Use-Doktrin	118

3. Rechtsfolge des Fair Use-Einwandes: „Alles oder Nichts“	125
II. Sonstige Schrankenregelungen im U.S.C.: Die „Limitations on exclusive rights“ der 17 U.S.C. §§ 108-122	126
Teil 2 Enumerativer Schrankenkatalog versus Generalklausel im digitalen Kontext: Die Anwendung der Schrankenbestimmungen des deutschen und US-amerikanischen Urheberrechts auf neue Formen der Werknutzung – Dargestellt am Beispiel der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke im Rahmen der Google Buchsuche und in Form von Thumbnails durch Bildersuchmaschinen	129
3. Kapitel Die Geschäftsmodelle „Google Books“ und Darstellung von Thumbnails durch Suchmaschinen	131
A. Die Google Buchsuche	131
I. Das Partner-Programm	132
II. Das Bibliotheksprogramm	135
B. Darstellung von Thumbnails durch Suchmaschinen	138
4. Kapitel Länderbericht Deutschland: Urheberrechtliche Probleme der Google Buchsuche und der Bildersuche im Internet nach deutschem Urheberrecht	142
A. (Möglicherweise) Betroffene Verwertungsrechte des Urhebers	142
I. Die Verwendung von Thumbnails im Rahmen der Bildersuche	143
1. Verneinung einer relevanten Nutzungshandlung	143
2. §§ 23 S. 1, 16 UrhG – Bearbeitung/Umgestaltung und Vervielfältigungsrecht	146
a) Herstellung und Speicherung von Thumbnails der Originalwerke	146
b) Verhältnis von § 23 UrhG zu § 16 UrhG	150
3. § 19a UrhG – Recht der öffentlichen Zugänglichmachung	152

II. Google Buchsuche	154
1. § 16 UrhG – Vervielfältigungsrecht	154
2. § 19a UrhG – Recht der öffentlichen Zugänglichmachung	156
B. Vorgeschlagene Lösungsansätze und deren Bewertung	161
I. Rechtfertigung der Verwendung von Thumbnails im Rahmen der Bildersuche	162
1. Rechtfertigung auf Ebene der urheberrechtlichen Schranken	163
a) (Analoge) Anwendung des § 44a UrhG	163
b) (Analoge) Anwendung des § 49 UrhG	164
c) (Analoge) Anwendung des § 51 UrhG	166
d) Anwendung des § 53 UrhG	171
e) (Analoge) Anwendung des § 58 UrhG	173
f) Analoge Anwendung des § 59 UrhG	175
g) Anwendung der §§ 17 Abs. 2, 59 UrhG	177
h) Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG	178
2. (Konkludente) Nutzungsrechtseinräumung und Einwilligung	183
a) Einräumung von Nutzungsrechten und (schlichte) Einwilligung	185
b) Rechtfertigung der Thumbnail-Nutzung durch Nutzungsrechtseinräumung oder Einwilligung	188
c) Untersagung künftiger Nutzungen	199
d) Zwischenergebnis	205
3. Haftungsprivilegierung des Suchmaschinenbetreibers unter Anwendung des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce- Richtlinie	205
4. Zusammenfassung zur Rechtfertigung der Thumbnail- Nutzung	212
II. Rechtfertigung der Google Buchsuche nach deutschem Urheberrecht	214
1. Anwendung des § 44a UrhG	215
2. Anwendung des § 51 UrhG	216
3. Anwendung des § 52a UrhG	219
4. Anwendung des § 53 UrhG	221
5. Anwendung des § 53a UrhG	224
6. Einwilligung	226

7. Zusammenfassung zur Rechtfertigung der Google Buchsuche	227
III. Zwischenergebnis	228
C. Verletzung von (Urheber-)Persönlichkeitsrechten?	229
I. Anerkennung der Urheberschaft – § 13 UrhG	230
1. Thumbnails	231
2. Google Buchsuche	235
II. Entstehung des Werkes – § 14 UrhG	238
1. Thumbnails	239
a) Beeinträchtigung durch Verringerung der Auflösung/Qualität des Originalbildes?	239
b) Beeinträchtigung durch Herausreißen aus dem Kontext bei isolierter Anzeige des Bildes in Originalgröße?	240
c) Beeinträchtigung durch Herausreißen aus ursprünglichem Kontext und Darstellung in neuem Zusammenhang	242
d) Beeinträchtigung durch Herabstufung des Werkes auf rein funktionale Nutzung und der Verminderung des Werkgenusses?	242
e) Einwilligung in die urheberpersönlichkeitsrechtsverletzende Nutzung?	244
2. Google Buchsuche	246
a) Beeinträchtigung durch Fehler bei der Texterkennung (OCR)	246
b) Beeinträchtigung durch schlechte Scanqualität oder lückenhafte Scans	247
c) Beeinträchtigung durch Darstellung in Form von Snippets	248
d) Beeinträchtigung durch fehlerhafte Metadaten	249
III. Allgemeines Persönlichkeitsrecht	250
IV. Zwischenergebnis	252
D. Exkurs: Anwendbares Recht und internationale Zuständigkeit	253
I. Anwendbares Recht	254
1. Google Buchsuche	262
2. Thumbnails	263
II. Internationale Zuständigkeit	264
1. Google Buchsuche	270

2. Thumbnails	271
E. Zusammenfassung für das deutsche Recht	272
5. Kapitel: Länderbericht USA: Urheberrechtliche Probleme der Google Buchsuche und der Bildersuche im Internet nach US-amerikanischem Copyright	273
A. Betroffene Verwertungsrechte der Urheberrechtsinhaber	273
I. Reproduction right	274
1. Thumbnails	275
2. Google Book Search	276
II. Distribution right	278
1. Thumbnails	279
2. Google Book Search	280
III. Right to publicly display	282
1. Thumbnails	283
2. Google Book Search	284
B. Google Book Search und Darstellung von Thumbnails als Fair Use?	285
I. Thumbnails	286
1. Kelly v. Arriba Soft Corp.	287
2. Perfect 10 v. Google, Inc.	289
a) Erste Instanz: District Court for the Central District of California	290
b) Zweite Instanz: Court of Appeals for the Ninth Circuit	293
3. Rezeption der Entscheidungen in der US-amerikanischen Literatur	296
4. Ergebnis: Thumbnail-Nutzung als Fair Use	299
II. Google Book Search	300
1. Fair Use-Analyse	301
a) Die Präambel	302
b) Erster Faktor: "The Purpose and Character of the Use"	303
c) Zweiter Faktor: "The Nature of the Copyrighted Work"	308
d) Dritter Faktor: "The Amount and Substantiality of the Portion Used"	310

e) Vierter Faktor: “The Effect of the Use upon the Potential Market for or Value of the Copyrighted Work”	314
aa) Beeinträchtigung des bestehenden Buchmarktes	315
bb) Beeinträchtigung des Marktes für die Lizenzierung zur digitalen Werknutzung in kommerziellen (Fach-)Datenbanken mit Volltextsuchangeboten insbesondere für wissenschaftliche Werke	318
cc) Beeinträchtigung des (potentiellen) Marktes für die Lizenzierung digitaler Werkexemplare zur Verwendung im Rahmen der Volltextsuche in Suchmaschinen	320
dd) Beeinträchtigung des Marktes für den Verkauf digitaler Werkexemplare an Bibliotheken und Archive	322
ee) Ergebnis zum vierten Fair Use-Faktor	323
f) Berücksichtigung weiterer Umstände?	324
g) Abwägung der Faktoren und Ergebnis	328
2. Exkurs: Das Google Book Settlement und seine Folgen	333
a) Inhalt des Google Book Settlement	336
aa) Die erste Fassung des Google Book Settlement	337
(1) Wesentliche Regelungen des GBS	337
(2) Kritik am GBS	342
bb) Das Amended Settlement Agreement (ASA)	349
(1) Wesentliche Änderungen gegenüber dem ursprünglichen GBS	350
(2) Kritik am ASA	356
b) Unterschiede zu einer (möglichen) Fair Use-Entscheidung	360
C. Zusammenfassung für das US-amerikanische Copyright	364

Ergebnis zu Teil 2 der Untersuchung – Vor- und Nachteile eines enumerativen Schrankenkataloges und einer Generalklausel im digitalen Kontext	367
Teil 3 Flexibilisierung der Urheberrechtsschranken de lege ferenda	381
6. Kapitel Vorgaben für die gesetzgeberische Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken durch inter- und supranationales Recht sowie durch das deutsche (Verfassungs-)Recht	383
A. Konventionsrecht als Grenze der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit	383
I. Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR)	384
II. Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)	388
III. Charta der Grundrechte der Europäischen Union	392
1. Anwendbarkeit und Bedeutung der Charta der Grundrechte	392
2. Inhaltliche Relevanz der Charta für das Urheberrecht	394
IV. Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ)	398
1. Schutzsystem und Anwendungsbereich der RBÜ	400
2. Inhaltliche Relevanz der RBÜ für die Untersuchung	402
V. Welturheberrechtsabkommen (WUA)	408
VI. Rom-Abkommen (RA)	409
VII. TRIPS-Übereinkommen	411
1. Schutzsystem und Anwendungsbereich des TRIPS-Übereinkommens	412
2. Inhaltliche Relevanz des TRIPS-Übereinkommens für die Untersuchung	414
VIII. WIPO-„Internet Treaties“ WCT und WPPT	417
1. Schutzsystem und Anwendungsbereich von WCT und WPPT	418
2. Inhaltliche Relevanz von WCT und WPPT für die Untersuchung	419
B. Schrankenvorgaben durch das europäische Gemeinschaftsrecht	421
I. Gemeinschaftskompetenz zur Harmonisierung des Urheberrechts	422
II. Computerprogramm-Richtlinie, Vermiet- und Verleihrechts-Richtlinie und Datenbank-Richtlinie	424
III. InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG	427

C. Der Dreistufentest	435
I. Funktion und Wirkung des konventionsrechtlichen Dreistufentests	436
II. Funktion und Wirkung des gemeinschaftsrechtlichen Dreistufentests	437
III. Auslegung der drei Stufen	444
1. Zur Methode der Auslegung des Dreistufentests	445
2. Die drei Stufen des Dreistufentests	448
a) Bestimmte Sonderfälle	449
aa) Bedeutung der ersten Stufe	449
bb) Anforderungen an die Bestimmtheit	452
cc) Vorliegen eines Sonderfalls	456
b) Beeinträchtigung der normalen Auswertung	460
aa) Historische Auslegung	462
bb) Normative Auslegung	465
c) Ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen	473
aa) Auswirkung der Wortlautabweichung „Urheber“ – „Rechtsinhaber“	474
bb) Berechtigte Interessen	476
cc) Ungebührliche Verletzung	478
3. Zusammenfassende Stellungnahme	482
IV. Exkurs: Vereinbarkeit der Fair Use-Doktrin mit dem Dreistufentest	484
1. Hinreichende Bestimmtheit der Fair Use-Schranke	485
2. Vorliegen eines „Sonderfalles“	488
3. Historische Betrachtung der Vereinbarkeit	489
4. Ergebnis: Vereinbarkeit der Fair Use-Doktrin mit dem Dreistufentest	490
D. Der verfassungsrechtliche Rahmen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit	490
I. Verfassungsrechtlicher Schutz der Interessen der Urheber	491
1. Art. 14 GG – Eigentumsschutz	492
a) Institutsgarantie	494
b) Sozialpflichtigkeit, Art. 14 Abs. 2 GG	497
c) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	498
2. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG – Kunst- und Wissenschaftsfreiheit	501

3. Art. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG – Persönlichkeitsgrundrecht	503
II. Verfassungsrechtlicher Schutz der Interessen der Werkmittler	505
1. Art. 14 GG – Eigentumsschutz	506
2. Art. 12 GG – Berufsfreiheit	508
III. Verfassungsrechtliche Anerkennung der Interessen der Kulturverbraucher, einzelner Nutzergruppen oder der Allgemeinheit an der Werknutzung	509
1. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG – Informationsfreiheit	511
a) Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 2. Hs. GG	511
b) Einschränkung der Informationsfreiheit	514
2. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG – Kunst- und Wissenschaftsfreiheit	516
IV. Zusammenfassung zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben	517
7. Kapitel Mögliche legislative Maßnahmen zur Flexibilisierung der Schranken des Urheberrechts und ihre Vereinbarkeit mit den rechtlichen Vorgaben	519
A. Einführung einer Schrankengeneralklausel im europäischen Recht	522
I. Alleinige Schrankengeneralklausel im europäischen Recht	523
1. Änderung des Richtlinienrechts	523
2. Schrankengeneralklausel als Teil einer europäischen Urheberrechtsverordnung	533
3. Opportunität und Umsetzbarkeit der Rechtsetzungsvarianten	534
II. Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand	539
1. Der Entwurf einer generalklauselartigen Öffnungsklausel in Anlehnung an den Dreistufentest im „European Copyright Code“	541
a) Ausgestaltung der Schranken im European Copyright Code-Entwurf	541
b) Kritische Bewertung der vorgeschlagenen Auffanggeneralklausel	544
c) Fazit zum ECC-Entwurf	546

2.	Auffangtatbestand nach dem Vorbild des Dreistufentests und des Fair Use	547
a)	Formulierungsvorschlag	549
b)	Erläuterung des Formulierungsvorschlags	550
c)	Opportunität der vorgeschlagenen Schrankenbestimmung	554
III.	Zusammenfassung und Bewertung	557
B.	Einführung einer Schrankengeneralklausel im deutschen Urheberrecht	559
I.	Vollständige Ersetzung des Schrankenataloges des deutschen Urheberrechtsgesetzes durch eine Generalklausel	560
1.	Formulierungsvorschlag und Erläuterung	560
2.	Opportunität des Vorschlags	563
3.	Vereinbarkeit mit den rechtlichen Vorgaben	564
II.	Integration einer Generalklausel in den bestehenden Schrankenatalog	568
1.	Formulierungsvorschlag und Erläuterung	568
2.	Opportunität des Vorschlags	573
3.	Vereinbarkeit mit den rechtlichen Vorgaben	576
III.	Zusammenfassung und Bewertung	578
C.	Ergänzung einzelner Urheberrechtsschranken um flexiblere Elemente	580
I.	Die Einführung von Regelbeispielen	581
II.	Die Einführung generalklauselartiger, weiter Formulierungen innerhalb einzelner Tatbestände	583
D.	Fazit und Perspektive zur Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen in Deutschland und Europa	585
8. Kapitel	Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen	589
Literatur		595

