

MARKUS WYPCHOL

Die Nutzung des Werks

*Geistiges Eigentum
und Wettbewerbsrecht*

169

Mohr Siebeck

Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht

herausgegeben von

Peter Heermann, Diethelm Klippel,
Ansgar Ohly und Olaf Sosnitza

169



Markus Wypchol

Die Nutzung des Werks

Eine soll-funktionale Auslegung der
Verwertungsrechte im Lichte der
Kommunikationsfunktion des Werks

Mohr Siebeck

Markus Wypchol, geboren 1994; Studium der Rechtswissenschaften in München; 2017 Erstes Staatsexamen; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München; Promotionsstipendiat am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb; 2021 Promotion; Rechtsreferendar am OLG München.
orcid.org/0000-0001-5658-0620

ISBN 978-3-16-161044-8 / eISBN 978-3-16-161045-5
DOI 10.1628/978-3-16-161045-5

ISSN 1860-7306 / eISSN 2569-3956 (Geistiges Eigentum und Wettbewerbsrecht)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

»Was Alle wissen, wird von Allen vergessen; und gäbe es keine Nacht,
wer wüßte noch, was Licht wäre!«

Friedrich Nietzsche, Nachgelassene Fragmente, Sommer 1883 13 [1].

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Sie entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an der LMU München und als Promotionsstipendiat des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb. Die Arbeit befindet sich auf dem Stand von November 2020. Spätere Entwicklungen wurden noch teilweise berücksichtigt.

Ganz besonderen Dank schulde ich meinem Doktorvater, Prof. Dr. Ansgar Ohly, LL.M. (Cambridge), der meine Begeisterung für das Urheberrecht weckte, mich maßgeblich unterstützte und mir während der Promotionszeit alle inneren und äußeren Freiheiten gewährte. Stets offen für Fragen und Diskussionen hat er diese Arbeit durch seine Anregungen und Hinweise sehr bereichert. Bei Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M. (Cambridge) möchte ich mich herzlich für die schnelle Erstellung des umfangreichen Zweitgutachtens sowie für seine Unterstützung und seine wertvollen Hinweise bedanken. Prof. Dr. Dr. h.c. Annette Kur danke ich für das sehr angenehme Prüfungsgespräch.

Das Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb förderte meine Forschung sowohl finanziell als auch ideell. Dafür möchte ich mich bei den Direktoren des Instituts in aller Form bedanken. Zudem danke ich der GRUR sowie der Studienstiftung *ius vivum* für die großzügige Förderung der Drucklegung. Bei den Herausgebern bedanke ich mich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl sowie im Promovierendenkreis danke ich sehr für ihre Unterstützung und den fruchtbaren Austausch. Die gemeinsame Zeit habe ich als große fachliche und persönliche Bereicherung empfunden. Besonders bedanken möchte ich mich bei Prof. Dr. Martin Stierle, LL.M. (Berkeley) für seine stetige Hilfe und seine zahlreichen wertvollen Anregungen.

Treue Freundinnen und Freunde haben mich während des Verfassens dieser Arbeit begleitet und dadurch mittelbar zu ihrem Gelingen beigetragen. Für diese Freundschaft bin ich ihnen allen unendlich dankbar. Bei meinen Eltern Anette und Michael Wypchol bedanke ich mich herzlich für ihre immerwährende Unterstützung, ohne die mir meine Ausbildung so nicht möglich gewesen

wäre. Meiner Mutter sowie meiner Schwester Anna Wypchol danke ich zudem für die mühsame Durchsicht des Manuskripts.

Der größte Dank gebührt schließlich meiner lieben Sarah. Ohne ihre bedingungslose Unterstützung, ihr Verständnis und ihren Zuspruch wäre mir die Fertigstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen. Das Privileg, die schwierigen und vor allem die schönen Momente mit ihr teilen zu dürfen, weiß ich über alles zu schätzen. Voller Vorfreude blicke ich unserer gemeinsamen Zukunft entgegen. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

München, im Juli 2021

Markus Wypchol

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
<i>Einleitung</i>	1
Erster Teil: Bedürfnis nach proportional zum Werkbegriff ausgestalteten Verwertungsrechten.....	9
<i>1. Kapitel: Proportionalität zwischen Werkbegriff und Nutzungsebene</i>	11
<i>2. Kapitel: Proportionalität in der Rechtsanwendung</i>	36
Zweiter Teil: Die Kommunikationsfunktion des Werks.....	73
<i>3. Kapitel: Die wahrnehmbare Form</i>	75
<i>4. Kapitel: Formerfordernis und Kommunizierbarkeit</i>	162
<i>5. Kapitel: Die Kommunizierbarkeit als Ist-Funktion</i>	187
Dritter Teil: Nutzung des Werks als kommunikative Handlung.....	203
<i>6. Kapitel: Der Nutzungsbegriff im Allgemeinen</i>	205
<i>7. Kapitel: Auswirkung auf das Vervielfältigungsrecht</i>	244
<i>8. Kapitel: Auswirkung auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe</i>	331
<i>9. Kapitel: Auswirkung auf das Verbreitungsrecht</i>	384
<i>10. Kapitel: Innominatfälle – zugleich Zusammenfassung des dritten Teils</i>	399
<i>Schlussbetrachtung</i>	403
Literaturverzeichnis.....	413
Sachverzeichnis.....	439

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXIII
<i>Einleitung</i>	1
A. Ziel der Untersuchung.....	1
B. Forschungsstand.....	4
C. Gang der Darstellung.....	6
Erster Teil: Bedürfnis nach proportional zum Werkbegriff ausgestalteten Verwertungsrechten.....	9
<i>I. Kapitel: Proportionalität zwischen Werkbegriff und Nutzungsebene</i>	11
A. Begriff der Proportionalität.....	12
I. Schutzbereich.....	12
II. Unterschiedliche Bewertungsstufen.....	14
III. Die Bedeutung von »Proportionalität« in diesem Kontext.....	16
B. Risiko disproportionaler Schutzgewährung.....	18
I. Gefahr einer lückenhaften Bewertung.....	18
1. Unterschiedliche Beweislast.....	18
2. Verschiedene Entscheider.....	19
3. Zurückhaltung bei der Aberkennung von Rechten.....	20
II. Der Schutzbereich als »nose of wax«.....	21
III. Tendenz zu verzerrtem Schutz.....	23
1. Markenrecht.....	23
2. Patentrecht.....	24
3. Designrecht.....	26
4. Urheberrechtlicher Kontext.....	26
IV. Fazit.....	30
C. Bedürfnis nach proportionalem Schutz.....	30
I. Notwendigkeit von Proportionalität.....	30
II. Proportionalität im urheberrechtlichen Kontext.....	32

III. Im Gesetz angelegt.....	33
D. Zusammenfassung	35
2. Kapitel: <i>Proportionalität in der Rechtsanwendung</i>	36
A. Die Nutzung von quantitativen Werkteilen	36
I. Das EuGH-Urteil Infopaq/DDF	36
1. Sachverhalt	37
2. Aussagegehalt.....	37
a) Aussage 1: Europäischer Werkbegriff.....	37
b) Aussage 2: »Elf Wörter müsst (?) ihr sein.«	40
c) Aussage 3: Spiegelung der Werkvoraussetzungen auf den übernommenen Werkteil.....	41
aa) Ansicht des EuGH.....	41
bb) Abweichung von den Schlussanträgen der GA	42
cc) Tatsächlich eine Wertungsübertragung?	43
dd) Originalität des übernommenen Teils maßgeblich.....	44
ee) Zwischenfazit	46
3. Äußerungen zum Werkbegriff kein obiter dictum.....	46
II. Folgerurteile des EuGH.....	47
1. Football Association Premier League u. Murphy.....	47
2. SAS Institute.....	49
3. Zwischenergebnis: gefestigte Rechtsprechung zum Teileschutz...50	
III. Rechtsprechung deutscher Gerichte zum Teileschutz.....	51
1. Das zentrale Kriterium	51
2. Irrelevanz der »Erheblichkeit« des entnommenen Teils.....	53
3. Gleichlauf mit EuGH-Rechtsprechung.....	53
IV. Individualität als die übertragene Wertung	54
B. Die Nutzung von qualitativen Werkteilen	54
I. BSA/Kulturministerium	55
1. Grundlegende Aussage des EuGH	55
2. Schlussanträge des Generalanwalts	56
3. Das Urteil vor diesem Hintergrund	58
4. Ein Fall des Teileschutzes?.....	58
II. Geburtstagszug.....	59
III. Zwischenfazit	61
C. Proportionalität im Rahmen des Bearbeitungsrechts.....	61
I. Allgemeine Rechtsprechungsgrundsätze zum Bearbeitungsrecht.....	62
1. Verblässensformel.....	62
2. Proportionalität.....	63
II. BGH – Pippi-Langstrumpf-Kostüm I.....	64
1. Sachverhalt	64
2. Die literarische Figur als Werk.....	65

3. Die Nutzung der literarischen Figur	65
4. Proportionalität.....	67
III. EuGH-Rechtsprechung zum Bearbeitungsrecht.....	68
D. Vereint im Proportionalitätsprinzip	71
E. Ergebnis.....	72

Zweiter Teil: Die Kommunikationsfunktion des Werks.....73

3. Kapitel: Die wahrnehmbare Form

A. Status quo des Formbegriffs	75
I. Die wahrnehmbare Formgestaltung	76
II. Inhalt und Form.....	78
1. Inhalt und Idee nicht bedeutungsgleich	78
2. Unterscheidung von Inhalt und Form als einstiger Grundsatz.....	78
a) Fichtes Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks.....	78
b) Entwicklung.....	80
c) Zwischenfazit.....	81
3. Die Unterscheidung von Inhalt und Form aus heutiger Perspektive	81
4. Zwischenfazit	84
III. Idee und Ausdruck	85
1. Einschlägige Normen	85
2. Idea/Expression Dichotomy	86
a) Grundlegende Aussage	87
b) Ursprung und Entwicklung.....	87
c) Abstractions Test	88
d) Merger Doctrine.....	89
e) Fazit	91
3. Europäische und deutsche Rechtsprechung.....	91
a) EuGH – Infopaq/DDF.....	91
b) Afghanistan Papiere.....	91
aa) Schlussanträge zu Afghanistan Papiere.....	92
bb) Urteil des EuGH.....	93
c) EuGH – Levola/Smilde.....	95
d) EuGH – Brompton/Chedech.....	96
e) EuGH – SAS Institute.....	96
f) LG München I – Tannöd.....	98
g) Zwischenfazit.....	99
4. Kritik	100
5. Fazit.....	102

B. Konkretisierung des Formbegriffs.....	103
I. Gemeinsamkeit der präsentierten Ansätze	103
II. Die wahrnehmbare Form als scheinbar überflüssiges Kriterium	105
III. Ausdruck durch Formgebung.....	108
IV. Die Form im europäischen Werkbegriff	108
V. Erfordernis einer spezifisch-differenzierenden Bewertung.....	110
1. Der Schutz von Elementen eines Gesamtwerks	111
2. Konkretisierung des Kriteriums der wahrnehmbaren Form	114
3. Konformität mit unionsrechtlichem Werkbegriff.....	116
4. Manifestierung des Kriteriums der wahrnehmbaren Form.....	116
VI. Die wahrnehmbare Form als interner Bestandteil des Werkbegriffs	118
1. Schutzfähige Elemente sind Werke im Sinne des § 2 UrhG	118
2. Wahrnehmbare Form nicht bloße Frage der Objektivierung des Schutzgegenstands	119
3. Ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal?	122
4. Das Erfordernis der Geistigkeit	123
5. Zwischenfazit	127
VII. Der gedankliche Inhalt.....	127
1. Die nicht schutzfähige Sphäre hinter der wahrnehmbaren Form.....	127
2. Gedanklicher Inhalt und Idee	131
3. Gedanklicher Inhalt und Inhalt des Werks	131
VIII. Wahrnehmbare Form als einzig relevantes Kriterium.....	132
1. Verhältnis zur Form/Inhalt-Dichotomie	132
2. Verhältnis zur Ausdruck/Idee-Dichotomie.....	133
3. Wahrnehmbare Form als Voraussetzung des Werkbegriffs allein maßgeblich	135
4. Zusammenfassung.....	136
C. Potenzielle Einwände	137
I. Alles nur Individualität?.....	137
1. Beispiel zur Veranschaulichung.....	138
2. Notwendigkeit eines Bezugspunkts für die Individualität.....	139
3. Gedankenexperiment: Die »werklose« Welt.....	141
4. Notwendigkeit der wahrnehmbaren Form zur werkbegriffsimmanenten Begründung des Nicht-Schutzes individueller Elemente.....	142
5. Fallgruppen.....	145
a) Gruppe 1: Schutz des gedanklichen Inhalts beansprucht	145
b) Gruppe 2: Schutz der wahrnehmbaren Form beansprucht.....	146
6. Einordnung des Beispiels der literarischen Figur und des Szenerieschutzes.....	148
7. Wissenschaftliche Werke kein Sonderfall.....	148
8. Folge für die angesprochene Kritik	151

II.	Untrennbarkeit von wahrnehmbarer Form und gedanklichem Inhalt	151
	1. Trennung unnötig?.....	152
	2. Trennung unmöglich?.....	153
III.	Der RegE für das UrhG von 1965.....	155
IV.	§ 12 Abs. 2 UrhG	155
V.	Bearbeitungsrecht als Widerspruch?.....	156
	1. Bearbeitung als »Teileschutz«.....	157
	2. Verschiedene Schutzanknüpfungspunkte	159
	3. Die Übersetzung als Problem?	160
VI.	Fazit.....	161
4. Kapitel: Formerfordernis und Kommunizierbarkeit		162
A.	Wahrnehmbare Form bewirkt Kommunizierbarkeit.....	162
I.	Grundlegendes	162
II.	Keine tatsächlich erfolgte Kommunikation notwendig.....	164
III.	Kommunizierbarkeit als Folge der identifizierten Werkvoraussetzungen	165
IV.	Verständnis des urheberrechtlichen Schutzgegenstands vor dem Hintergrund der wahrnehmbaren Form.....	165
	1. Das Werk als vom Menschen individuell geschaffenes Kommunikationspotenzial.....	166
	2. »Werk« als Rechtsbegriff.....	167
V.	Vergleich mit anderen Immaterialgüterrechten.....	168
	1. Patent	168
	2. Marke	169
	3. Geschütztes Design	170
	4. Zwischenergebnis	172
VI.	Zwischenfazit	172
B.	Unabhängigkeit von Rechtfertigungsmodellen.....	173
C.	Ähnliche Ansätze.....	174
I.	Das Werk als kommunikativer Akt.....	174
	1. »In einem Buche [...] redet der Autor zu seinem Leser«	174
	2. Das Werk als Sprechakt.....	178
	3. Work as communicative act	181
	4. Zwischenfazit	182
II.	Abzugrenzende Ansichten	183
D.	Zusammenfassung des Kapitels.....	186
5. Kapitel: Die Kommunizierbarkeit als Ist-Funktion		187
A.	Begriff der Funktion	187
I.	Zweck und Wirkung.....	187

II.	Uneinheitliche Verwendung des Begriffs der Funktion	188
III.	Nötige Präzisierung: Ist-Funktion und Soll-Funktion	191
B.	Eine Ist-Funktion des Werks	192
I.	Was es ist	192
1.	Eine Ist-Funktion auf normativer Ebene.....	192
2.	Eine Ist-Funktion des Werks (mikrofunktionale Betrachtung)....	194
a)	Notwendige Definition des Bezugspunkts der funktionalen Betrachtung.....	194
b)	Makro- und mikrofunktionale Betrachtung	195
c)	Einordnung der Kommunikationsfunktion	195
d)	Eine werkspezifische (Ist-)Funktion	196
II.	Was es nicht ist	196
1.	Eine Soll-Funktion	196
2.	Eine Funktion des Urheberrechts	197
3.	Eine Kommunikationsfunktion im Sinne des Markenrechts	199
C.	Zusammenfassung des Kapitels.....	201

Dritter Teil: Nutzung des Werks als kommunikative Handlung .203

6.	<i>Kapitel: Der Nutzungsbegriff im Allgemeinen</i>	205
A.	»Das Urheberrecht schützt den Urheber in der Nutzung des Werkes«.....	205
B.	Die kommunikative Soll-Funktion der Verwertungsrechte	206
I.	Proportionalität als Maßgabe	206
II.	Ist-Funktion des Werks als Wertung des Werkbegriffs.....	208
III.	Eine systemimmanente Soll-Funktion der Verwertungsrechte	208
1.	Die Schlussfolgerung: eine Soll-Funktion.....	209
2.	Eine systemimmanente Soll-Funktion.....	210
3.	Zwischenergebnis.....	212
IV.	Die Verwertungsrechte als Bezugspunkt der Soll-Funktion	212
1.	Berücksichtigung nicht erst auf Schrankenebene	212
2.	Abgrenzung zur funktionalen Begrenzung der Rechtsdurchsetzungsebene	216
V.	Zwischenfazit	217
C.	Die Vergrößerung des Kommunikationspotenzials als Kriterium	218
I.	Die kommunikative Handlung	218
II.	Notwendige Abgrenzungen.....	220
1.	Verletzung als »compelled speech«.....	220
2.	Bezug auf die kommunikative Dimension des Urheberrechts.....	222
3.	Use of a work as a work	223
4.	Urheberrecht als Recht, das Werk mitzuteilen	225
III.	Kein unangemessen unflexibles Kriterium	226

IV. Fazit.....	228
D. Funktionale Auslegung der Verwertungsrechte.....	228
I. Dem Urheberrecht fremd?.....	229
II. Soll-Funktion als systeminterner Normzweck	231
III. Der Zweck als Ziel der Auslegung des Gesetzes	232
IV. Soll-funktionale Auslegung der Verwertungsrechte	234
V. Keine Gefahr einer Ausdehnung	236
VI. Richtlinienkonforme Auslegung	237
E. »Nutzung des Werks« als Rechtsbegriff.....	240
F. Ein Beitrag zur Ausbalancierung des Urheberrechts	242
7. Kapitel: Auswirkung auf das Vervielfältigungsrecht.....	244
A. Typischerweise diskutierte Probleme des Vervielfältigungsrechts.....	245
I. Status quo.....	245
1. Das Vervielfältigungsrecht in internationalen Abkommen	245
2. Das Vervielfältigungsrecht im harmonisierten deutschen Urheberrecht.....	247
a) Vorgaben der InfoSocRL.....	247
b) Der (harmonisierte) Vervielfältigungsbegriff	249
c) Obligatorische Beschränkung des weiten Vervielfältigungsrechts: Art. 5 Abs. 1 InfoSocRL.....	250
d) Zwischenfazit.....	250
II. Digitaler Werkgenuss.....	251
1. Verwertungsrechtliche Erfassung des digitalen Werkgenusses...251	
a) Zwischenspeicherung im RAM	252
b) Verarbeitung durch CPU.....	254
c) Wiedergabe auf Ausgabegerät	255
d) Sonderfall Streaming: Sukzessive Reproduktionen	258
aa) Technische Besonderheit	258
bb) Verschiedene Arten des Streaming	259
cc) Sukzessive Reproduktion – »Pseudo-Streaming« und »True Streaming«.....	260
dd) Zwischenergebnis.....	263
e) Freiheit der Betrachtung des digital wiedergegebenen Werks oder: Was bedeutet eigentlich »digitaler Werkgenuss«?	263
f) Zwischenfazit.....	264
2. Freistellung nach § 44a UrhG.....	265
a) Vorübergehende Vervielfältigungshandlungen	265
b) Rechtmäßige Nutzung.....	266
aa) Rekursives Merkmal und überflüssige Schranke?	266
bb) Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung	268
cc) Deutsche Rechtsprechung	270

dd) EuGH-Rechtsprechung	271
ee) Zwischenfazit	274
c) Keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung	274
d) Zwischenergebnis: Benachteiligung der Nutzerseite	277
3. Freistellung nach § 53 UrhG	278
a) Privater Gebrauch	279
b) Einzelne Vervielfältigungen auf beliebigen Trägern	280
c) Offensichtliche Rechtswidrigkeit der Quelle	282
aa) Objektives Verständnis	283
bb) Subjektives Verständnis	284
cc) Unionsrechtskonformität	285
d) Zwischenergebnis	286
4. Fazit: Erhebliche Unklarheiten im Rahmen des digitalen Werkgenusses	287
III. Fehlende Technologieneutralität	287
1. Technologiespezifische Ausgestaltung der Schranken	288
2. Technologieneutraler Tatbestand? – Eine passive Expansion	290
3. Rechtliche Diskriminierung faktisch gleicher Handlungen	294
a) Technische Einzelheiten beim Streaming und die Relevanz für das Vervielfältigungsrecht	295
aa) Technischer Hintergrund	295
bb) Abhängigkeit der rechtlichen Bewertung von technischen Details	296
cc) Ein skizziertes Prüfprogramm	298
b) Abspielen einer CD	299
c) Weitere Änderung des technischen Umfelds denkbar	301
IV. Kritik und Bedürfnis nach einem Korrektiv	302
B. Das Vervielfältigungsrecht im Lichte der kommunikativen Soll-Funktion	305
I. Soll-funktionale Auslegung des Vervielfältigungsrechts	305
1. Vervielfältigungen im analogen Bereich	306
2. Vervielfältigungen im digitalen Umfeld	307
a) Technisch-bedingte Kopien realisieren typischerweise ein bestehendes Kommunikationspotenzial	308
b) Kein Sonderfall: Streaming	310
c) Der herkömmliche Download als Vervielfältigung	314
d) Kriterium nicht gleichbedeutend mit »dauerhaft«	315
e) Kriterium als das notwendige Korrektiv	316
3. Zwischenfazit	317
II. Gegenwärtige Probleme als Symptome der Dysfunktionalität des Vervielfältigungsrechts	318
1. Dysfunktionalität des gegenwärtigen Vervielfältigungsrechts im digitalen Umfeld	318

2.	Unstimmigkeiten als Symptome dieser Dysfunktionalität	319
a)	Dysfunktionalität als das ursprüngliche Problem	319
b)	§ 44a UrhG: Ein Versuch der Symptomlinderung	319
c)	Reformvorschläge als Symptombekämpfung	320
3.	Soll-funktionale Auslegung beseitigt das Kernproblem	321
III.	Die technologieneutrale Formulierung bleibt bestehen	322
IV.	Die Bedeutung des § 44a UrhG	323
1.	Existenz der Schranke als Widerspruch zum vorgeschlagenen Kriterium?	323
2.	Die Zukunft der Schranke	325
3.	Zwischenfazit	326
V.	Ein unionsrechtskonformes de-lege-lata-Konzept	326
C.	Praktische Auswirkungen – zugleich Zusammenfassung	328
8. Kapitel:	Auswirkung auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe	331
A.	Der Status quo	331
I.	»Das« Recht der öffentlichen Wiedergabe?	331
II.	Das (überkommene) rein nationale Verständnis des UrhG	333
III.	Die Auslegung des Tatbestands durch den EuGH	334
1.	Wiedergabehandlung	335
2.	Öffentlichkeitsbegriff	337
3.	»Neues Publikum«	339
a)	Ursprung	339
b)	Aussagegehalt und Entwicklung des Kriteriums	340
aa)	Bedeutungssteigerung in Fällen mittelbarer Wiedergabehandlungen	341
bb)	Versubjektivierung des Kriteriums im Urteil Renckhoff	343
cc)	Übertragung der Renckhoff-Rechtsprechung auf das Linking	345
dd)	Zwischenfazit	346
c)	Wohl eigenständiges, ergänzendes Kriterium	347
4.	Ein Bündel verschiedener Kriterien	348
a)	Die zentrale Rolle des Nutzers	348
b)	Kenntnis	350
c)	Erwerbszweck	352
5.	Wesentliche Kritik	353
IV.	Zwischenfazit	356
B.	Soll-funktionale Auslegung – Grundlegendes	357
I.	Wiedergabe des Werks	358
II.	Öffentlichkeit	359
III.	Auswirkung auf den Status quo?	359

C. Verhältnis zur EuGH-Rechtsprechung – insbesondere	
»neues Publikum«	360
I. »Handlung der Wiedergabe« als grundsätzlich funktionales Merkmal	360
II. Dysfunktionalität des durch den EuGH ausgeweiteten Wiedergabebegriffs	361
III. Kein »neues Publikum« unter anderem Namen	363
1. Konzeptionelle Differenz	363
2. Grundlegende inhaltliche Unterschiede	364
a) Kommunikationsquelle als Bezugspunkt	364
b) Unterschiedliche Ergebnisse beim Linking	366
aa) Linking auf eine rechtswidrige Quelle	366
bb) Framing unter Umgehung von Schutzmaßnahmen gegen Framing	367
3. Zwischenfazit	368
IV. Qualitatives und quantitatives Kriterium	368
V. Trennung zwischen öffentlicher Wiedergabe und Verantwortlichkeit	369
VI. Zwischenfazit	373
D. Linking und Framing als neuralgische Fälle	373
I. Linking und Framing gleichermaßen nicht-kommunikativ	373
II. Links auf rechtswidrige Inhalte	375
III. Linking unter Umgehung von Schutzmaßnahmen	377
1. Umgehung einer Paywall	377
2. Linking/Framing verhindernde Schutzmaßnahmen	378
3. Zwischenfazit	378
IV. Zwischenergebnis	379
E. Ein de-lege-lata-Ansatz	379
I. Eine Auslegung des geltenden Rechts	379
II. Art. 17 DSM-RL	380
F. Fazit	383
 9. Kapitel: Auswirkung auf das Verbreitungsrecht	 384
A. Verbreitung als nicht-kommunikative Handlung	384
B. Verbreitungsrecht grundsätzlich dysfunktional	385
I. Widerspruch zur Soll-Funktion der Verwertungsrechte	385
II. Das Werkstück als Bezugspunkt des Verbreitungsrechts	386
III. Erschöpfungsgrundsatz als selbstbeschränkende Maßnahme	387
IV. Geringe Auswirkung auf die Rechtsposition der Urheberin	388
V. Verbleibende genuine Anwendungsfälle	390
1. Beweisschwierigkeiten	390
2. Vervielfältigung im Ausland	391

3. Kohlers Begründung der Notwendigkeit eines Verbreitungsrechts.....	392
4. Zwischenfazit	393
C. Vermieten und Verleihen.....	393
D. Folge für das Verbreitungsrecht	395
<i>10. Kapitel: Innominatfälle – zugleich Zusammenfassung des dritten Teils ...</i>	<i>399</i>
A. Innominatfälle.....	399
B. Fazit.....	400
<i>Schlussbetrachtung</i>	<i>403</i>
Literaturverzeichnis.....	413
Sachverzeichnis.....	439

Abkürzungsverzeichnis

Aufgeführt sind nur ungebräuchliche Abkürzungen. Verwiesen wird im Übrigen auf *Duden*, Die deutsche Rechtschreibung, 28. Auflage, und auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage.

1st Cir.	United States Court of Appeals for the First Circuit
2nd Cir.	United States Court of Appeals for the Second Circuit
4th Cir.	United States Court of Appeals for the Fourth Circuit
9th Cir.	United States Court of Appeals for the Ninth Circuit
Baylor L. Rev.	Baylor Law Review
Can. J.L. & Juris.	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Cardozo Arts & Ent. L.J.	Cardozo Arts & Entertainment Law Journal
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
E.L. Rev.	European Law Review
Ent. L. Rev.	Entertainment Law Review
GGV	Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster
Harv. J.L. & Tech.	Harvard Journal of Law & Technology
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J. Copyright Soc'y	Journal of the Copyright Society of the U.S.A.
J. of Internet L.	Journal of Internet Law
Marq. Intell. Prop. L. Rev.	Marquette Intellectual Property Law Review
Mich. St. L. Rev.	Michigan State Law Review
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
Pace L. Rev.	Pace Law Review
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rutgers L.J.	Rutgers Law Journal
Tenn. L. Rev.	Tennessee Law Review
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
UMV	Unionsmarkenverordnung
Vand. J. Ent. & Tech. L.	Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law
VVRL	Vermiet- und Verleihrechts-Richtlinie (2006/115/EG)
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
Yale L.J.	Yale Law Journal

Einleitung

»Aber vielleicht ist es ja im Endeffekt nicht das Urheberrecht, das geändert werden muss, sondern nur die Art und Weise, wie wir es bislang betrachtet haben?«

Geiger, GRUR Int 2004, 815 (821).

Eines der grundlegenden Konfliktpotenziale des gegenwärtigen Urheberrechts ist das konzeptionelle Ungleichgewicht zwischen generalklauselartigen Verwertungsrechten und starrem Schranken katalog.¹ Während man grundsätzlich in der Lage ist, auch neue Nutzungsformen unter die umfassenden Verwertungsrechte zu subsumieren, kann auf Schrankenebene aufgrund des unflexiblen Tatbestands auf derartige Entwicklungen nicht reagiert werden.² Diese strukturelle Benachteiligung der Nutzerseite wird sich insbesondere durch den rasanten technologischen Fortschritt mehr und mehr verstärken, was angesichts des ohnehin am Rande der gesellschaftlichen Akzeptanz stehenden Urheberrechts problematisch ist.³

A. Ziel der Untersuchung

Die vorliegende Schrift adressiert dieses Problem aber nicht unmittelbar und maßt sich vor allem nicht an, es umfassend zu bearbeiten und zu lösen. Diesbezüglich existieren in der jüngeren Literatur Ansätze, die legislative Eingriffe

¹ *Ohly* in: Derclaye, Research Handbook on the Future of EU Copyright, S. 212 (240 f.): »[T]he asymmetry between open-textured definitions of rights and narrowly defined exceptions [...] tilt the balance in favour of right holder's interests.« Vgl. auch *ders.* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 83 (85); *ders.*, Gutachten, S. 22 f., 47.

² *Rognstad*, 62 J. Copyright Soc'y 503, 516 (2015): »[A] ›closed list‹ is likely to reflect yesterday's copyright problems as soon as it is adopted, the exhaustive enumeration of acceptable exceptions and limitations in the European Copyright Directive being a good example.« Vgl. auch die Kritik bei *Hugenholtz*, 22 EIPR 499, 501 (2000): »Of course, the whole idea of drawing up a finite set of limitations was ill-conceived in the first place.«

³ Siehe hierzu bereits im Jahr 2004 *Geiger* in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, S. 143 (156): »Denn die soziale Akzeptanz des Urheberrechts muss wieder steigen. Wenn das Gesetz nicht akzeptiert wird, gibt es wenig Chancen, dass es auch beachtet wird.« Vgl. auch *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 1 f.

voraussetzend das Urheberrecht in diese Richtung novellieren wollen.⁴ Insbesondere geht es in der vorliegenden Arbeit nicht darum, *tabula rasa* zu machen⁵ und ein »neues Urheberrecht« zu entwerfen.⁶ Auch werden Vorschläge zur Modernisierung und Umstrukturierung des Urheberrechts nicht vollumfänglich reflektiert, sondern nur punktuell herangezogen, um das vorgeschlagene Konzept zu untermauern und abzugrenzen.

Diese Arbeit ist stattdessen ein Plädoyer für die Rückbesinnung des urheberrechtlichen Nutzungsbegriffs auf seinen Schutzgegenstand, das Werk, und insofern in erster Linie ein auf das Kernurheberrecht beschränktes dogmatisches Konzept. Das skizzierte Ungleichgewicht zwischen Verwertungsrechten und Schranken wird nicht ganzheitlich angegangen, sondern de lege lata ein Vorschlag zur soll-funktionalen⁷ Auslegung der Verwertungsrechte unterbreitet, durch die der Nutzungsbegriff proportional zum Werkbegriff begrenzt wird. Die angesprochene Problematik ist folglich in erster Linie Anreiz für den in dieser Arbeit vorgetragenen konkreten Vorschlag, im Rahmen dessen hinsichtlich einer erwünschten begrenzenden Wirkung an den Nutzungsbegriff bzw. an die Verwertungsrechte angeknüpft wird.

Das Urheberrecht schützt den Urheber in der Nutzung des Werks. Ausgehend von dieser in § 11 S. 1 UrhG kodifizierten Zielvorgabe ist Kernfrage dieser Arbeit, unter welcher Voraussetzung eine *Nutzung des Werks* vorliegt. Seine konkrete Ausgestaltung erfährt der Nutzungsbegriff durch die Verwertungsrechte der §§ 15 ff. UrhG. Da die Verwertungsrechte in ihrer Gesamtheit damit die Werknutzung definieren, ist eine Voraussetzung für die Annahme einer *Nutzung des Werks* zugleich ein allen Verwertungsrechten innewohnendes Mindestkriterium.

Um dieses Kriterium zu identifizieren, wählt die vorliegende Arbeit in methodischer Hinsicht den Weg der soll-funktionalen Auslegung.⁸ Dabei findet allerdings keine umfassende Diskussion über die Makrofunktionen⁹ des Urheber-

⁴ Siehe z. B. *Rognstad*, 62 J. Copyright Soc’y 503, 512 (2015); *Rognstad/Poort* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 121 (123 ff.); *Ohly* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 83 (112 ff.); siehe auch *Gervais*, (Re)structuring copyright (2017); *Geller*, 55 J. Copyright Soc’y 165 (2008); *Netanel*, 17 Harv. J.L. & Tech. 1, 35 (2003).

⁵ Vgl. *Dusollier* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 163 (164).

⁶ Siehe diesbezüglich Giblin/Weatherall (Hrsg.), *What If We Could Reimagine Copyright?* (2017).

⁷ Der Begriff der Soll-Funktion stammt von *Stierle*, *Das nicht-praktizierte Patent*, S. 171, und soll in Abgrenzung zur Ist-Funktion deutlich machen, wenn der Begriff der Funktion im Sinne von Zweck gebraucht wird. Ausführlich dazu unten, S. 191 f.

⁸ Vgl. schon hier *Stierle*, *Das nicht-praktizierte Patent*, S. 167 ff., der ein »soll-funktional determiniertes de lege lata-Konzept« für die patentrechtlichen Rechtsdurchsetzungsrechte vorschlägt.

⁹ Siehe zu diesem Begriff unten, S. 195, und zum Funktionenbegriff allgemein unten, S. 187 ff.

berrechts statt. Die funktionale Betrachtung erfolgt vielmehr »systemintern«. Aus dem normativen Werkbegriff wird eine Soll-Funktion des Nutzungsbegriffs hergeleitet und die einzelnen Verwertungsrechte anhand dieser Soll-Funktion ausgelegt. Die sich daraus ergebende Mindestvoraussetzung des Nutzungsbegriffs ist das Erfordernis einer *kommunikativen Handlung*. Nur eine kommunikative Handlung ist als Nutzung des Werks zu qualifizieren und kann daher Gegenstand der Verwertungsrechte sein. Jede nicht-kommunikative Handlung ist demgegenüber von vornherein aus dem Nutzungsbegriff auszunehmen.

Die kommunikative Handlung als Voraussetzung des Nutzungsbegriffs soll sich nicht auf bestimmte Rechtfertigungsmodelle stützen, sondern auf der Analyse des geltenden Rechts (konkret: des geltenden Werkbegriffs) beruhen. Die kommunikative Handlung als Mindestvoraussetzung wird insofern in der Begründung unabhängig von Rechtfertigungsmodellen und darüber hinaus im Wege eines *de-lege-lata*-Ansatzes begründet. Die herzuleitende Grundvoraussetzung einer kommunikativen Handlung legt den Verwertungsrechten ein tatbestandsimmanentes Korsett an und sorgt damit trotz des generalklauselartigen Charakters der Verwertungsrechte für Konstanz in der Auslegung.

Die vorliegende Arbeit greift den in anderen Literaturbeiträgen geäußerten Grundgedanken eines kommunikativen Konzepts¹⁰ auf und versucht, einen derartigen kommunikativen Ansatz systemimmanent mit dem Fokus auf den Werkbegriff zu begründen und auszugestalten. Sie möchte dazu sowohl den kommunikativen Charakter des Werks als auch dessen Auswirkungen auf die Nutzungsebene funktional beschreiben. Insofern kann diese Arbeit auch als Versuch einer systemimmanent-funktionalen Begründung eines kommunikativen Nutzungsbegriffs verstanden werden. Dabei erhebt sie aber explizit nicht den Anspruch, dass das zu entwickelnde Kriterium die im Zusammenhang mit den Verwertungsrechten auftretenden Probleme alternativlos und umfassend löst. Ziel der Arbeit ist vielmehr, die soll-funktionale Auslegung des Nutzungsbegriffs zu begründen, die wesentlichen Auswirkungen derselben auf die Verwertungsrechte aufzuzeigen und anschließend darzulegen, inwieweit diese Vorgehensweise momentane Ungereimtheiten der Verwertungsrechte beseitigen kann. Die Konsequenzen der vorgeschlagenen Auslegung der Verwertungsrechte sind dabei insbesondere hinsichtlich des Vervielfältigungsrechts weitreichend.

Das kommunikative Verständnis der *Nutzung des Werks* ist schon aus dogmatischer Sicht zwingend und hat gleichzeitig die Vorzüge, der eingangs genannten problematischen Entwicklung entgegenzuwirken, indem die Verwertungsrechte eine Mindestvoraussetzung erhalten. Diese Mindestvoraussetzung dient gleichzeitig als Konstante des urheberrechtlichen Nutzungsbegriffs und gestaltet diesen dadurch resistenter gegen technologische Entwicklungen aus.

¹⁰ Näheres sogleich unten, S. 5 f. (Fn. 21–26).

Indem das Defizit einer verwertungsrechtsübergreifenden Eingrenzung des Nutzungsbegriffs beseitigt wird,¹¹ trägt die Arbeit zur Ausbalancierung des Urheberrechts und damit zur Verringerung des angeprangerten strukturellen Ungleichgewichts bei.

Die vorliegende Arbeit fährt in ihrem Forschungsansatz daher zweigleisig. Sie verfolgt einerseits – quasi abstrakt – die proportionale Ausgestaltung der Verwertungsrechte und will diesbezüglich ein dogmatisches Konzept begründen. Andererseits erweist sich dieses Konzept als möglicher Vorschlag zu einem ausgeglicheneren Urheberrecht. Gezeigt werden soll, dass eine angemessene Begrenzung der Verwertungsrechte im Rahmen des geltenden Rechts möglich – dogmatisch sogar geboten – ist und diese Betrachtungsweise ohne grundlegenden legislativen Eingriff einen Beitrag zur Ausbalancierung des urheberrechtlichen Schutzbereichs leisten kann. Mittelbar wird damit dem Urheberrecht wieder zu mehr Akzeptanz verholfen.

B. Forschungsstand

Das Bedürfnis nach einer Eingrenzung des Urheberrechts¹² bzw. einer Anpassung desselben an die sich ändernde Realität¹³ äußert sich in unterschiedlichen Bestrebungen der jüngeren Vergangenheit. So wird beispielsweise das Fehlen einer flexiblen Öffnungsklausel auf Schrankenebene bemängelt,¹⁴ eine Umgestaltung der Verwertungsrechte vorgeschlagen¹⁵ oder auch eine Begrenzung auf der Rechtsdurchsetzungsebene diskutiert.¹⁶ Aufgrund verschiedenster Anknüpfungspunkte ist insofern nicht »der Forschungsstand« darstellbar.

Zur Eingrenzung des Urheberrechts auf der im Rahmen dieser Arbeit relevanten *Ebene der Verwertungsrechte* existieren bereits einige Versuche,¹⁷ die

¹¹ Vgl. *Ohly* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 83 (98): »There is no independent definition of infringement. Rather, any act which falls within the broadly defined economic rights constitutes a prima facie infringement.«

¹² Vgl. *Schack* in: FS Wandtke, S. 9: »Weniger Urheberrecht ist mehr«.

¹³ Vgl. *Metzger*, ZUM 2018, 233 (241 f.); *Ohly* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 83 (85).

¹⁴ *Förster*, Fair Use, S. 211 ff.; *Kleinemenke*, Fair Use, S. 519 ff.; *ders.*, CR 2009, 55 (56); *Leistner*, IIC 2011, 417 (438 f.), der ein »open-ended system of exceptions« als geeignet ansieht; *Ott*, ZUM 2009, 345 (352 ff.); *Spindler*, GRUR 2010, 785 (792); siehe auch *Hugenholtz/Senftleben*, Fair Use in Europe (2011), verfügbar bei SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1959554>; für eine »Unfair-use-Klausel« auf Verwertungsrechtsebene im Rahmen eines »fairness-based approach« *Ohly* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 83 (112 ff.).

¹⁵ Siehe z. B. die Beiträge in Hugenholtz (Hrsg.), Copyright Reconstructed; auch *Pihlajarinne*, IIC 2017, 953; Näheres dazu sogleich.

¹⁶ *Hofmann*, GRUR 2020, 915 (916 ff.); *ders.*, ZUM 2018, 641 (647 f.).

¹⁷ Siehe auch schon oben, S. 2 f.

an spezifischen Verwertungsrechten wie dem Vervielfältigungsrecht ansetzen¹⁸ oder eine allgemeine Umstrukturierung fordern.¹⁹ Den dahinterstehenden Grundgedanken, eine Ausbalancierung des Urheberrechts nicht (nur) durch die Schaffung neuer Schranken zu erreichen, sondern durch eine (wie auch immer ausgestaltete) Konturierung der Verwertungsrechte,²⁰ greift die vorliegende Arbeit auf. Sie entwickelt aber – wie bereits anklang – einen eigenständigen Ansatz, der die Verwertungsrechte einer soll-funktionalen Auslegung unterzieht und durch das Kriterium der kommunikativen Handlung zu einer Eingrenzung beiträgt. Hinsichtlich der durch das Konzept hervorgerufenen Effekte ordnet sich die Arbeit daher in die Reihe der genannten Vorschläge ein. Der hier verfolgte Ansatz hängt in seiner Begründung aber nicht von der eingrenzenden Wirkung ab; vielmehr lässt sich das Konzept der soll-funktionalen Auslegung auch losgelöst betrachten.

Darüber hinaus existieren in verschiedenen Nuancierungen Ansätze, die das Werk in einem kommunikativen Kontext begreifen²¹ und bestimmte Verwertungsrechte an diesem Umstand ausrichten.²² In jenem kommunikativen Verständnis beschränken sich die Ansätze allerdings auf das Vervielfältigungsrecht und beleuchten den Nutzungsbegriff vor diesem Hintergrund nicht umfassend. Vorschläge, die das System der Verwertungsrechte im Ganzen reformieren und dabei im weitesten Sinne ein kommunikatives Konzept vorlegen,²³ setzen weitreichende und grundlegende Gesetzesänderungen voraus.²⁴ Im Übrigen stützen sich die Ansätze in der Begründung des kommunikativen Charakters des Werks auf urheberrechtliche Rechtfertigungskonzepte, indem sie das Werk meist in Kant'scher Tradition²⁵ als »Rede des Urhebers an ein Pub-

¹⁸ *Drassinower*, What's Wrong with Copying?, passim; *ders.*, 125 Harv. L. Rev. 108 (2012); *Strowel* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 203 (206 ff.); *Pihlajarinne*, IIC 2017, 953; vgl. auch *Hecheltjen*, Vorübergehende Reproduktionen, S. 178 ff.

¹⁹ *Ohly* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 83 (112 ff.); *Rognstad*, 62 J. Copyright Soc'y 503, 512 (2015); *Rognstad/Poort* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 121 (123 ff.); *Dusollier* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 163 (172 ff.).

²⁰ Dieser Gedanke wird insbesondere deutlich gemacht von *Pihlajarinne*, IIC 2017, 953 (965 ff.); siehe auch *Strowel* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 203 (206); *Ohly* in: Derclaye, Research Handbook on the Future of EU Copyright, S. 212 (239); *ders.* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 83 (85); vgl. auch *Hofmann*, ZUM 2018, 641 (646 f.).

²¹ Zu nennen ist an dieser Stelle insbesondere *Stallberg*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 300 ff.

²² *Strowel* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 203 (206 ff.); *Dusollier* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 163 (172 ff.); *Drassinower*, What's Wrong with Copying?, S. 111 ff.; *ders.*, 125 Harv. L. Rev. 108 (2012).

²³ *Pihlajarinne*, IIC 2017, 953.

²⁴ Siehe *Pihlajarinne*, IIC 2017, 953 (957).

²⁵ *Kant*, Berl. Monatsschrift 1785, 403 = UFITA 106 (1987), 137 (138).

likum« begreifen.²⁶ Mit den genannten Modellen eines kommunikativen Verständnisses wird sich im Laufe der Arbeit intensiv auseinandergesetzt, auch um durch spezifische Abgrenzungen dem hiesigen Vorschlag klare Konturen zu verleihen.

C. Gang der Darstellung

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist das Bedürfnis nach einem proportional zum Werkbegriff ausgestalteten Nutzungsbegriff (erster Teil). Im ersten Kapitel wird das Bedürfnis abstrakt im immaterialgüterrechtlichen Kontext beleuchtet und anschließend konkret auf das Urheberrecht bezogen formuliert. Die Wertungen des Werkbegriffs determinieren die darauffolgende Nutzungsebene. Sie sind im Rahmen des Nutzungsbegriffs maßgeblich, sodass sich die Verwertungsrechte stets auf die spezifischen, als schützenswert eingestuften Elemente beziehen müssen. Das zweite Kapitel untersucht die gegenwärtige Rechtsprechung auf die Berücksichtigung des Proportionalitätsprinzips und trägt dadurch zur Untermauerung des Bedürfnisses bei.

Wenn die Wertungen des Werkbegriffs auf der Ebene der Verwertungsrechte eine Rolle spielen sollen bzw. nur der spezifische Schutzgegenstand, das Werk, auch Nutzungsgegenstand sein kann, dann ist im zweiten Teil der Arbeit ein tiefergehender Blick auf eben diesen Schutzgegenstand notwendig. Im Speziellen ist zu untersuchen, was genau als Werk geschützt ist, um diese Wertungen auf die Nutzungsebene übertragen und dort fruchtbar machen zu können. In den Fokus wird diesbezüglich das vernachlässigte urheberrechtliche Formkriterium gerückt. Im dritten Kapitel wird in diesem Sinne der urheberrechtliche Formbegriff einer Bestandsaufnahme unterzogen und davon ausgehend die werkbegriffsimmanente Voraussetzung der *wahrnehmbaren Form* identifiziert und konkretisiert – ein wesentlicher Nebenertrag dieser Arbeit. Das vierte Kapitel begründet unter Abgrenzung (terminologisch) ähnlicher Auffassungen den *kommunikativen Charakter des Werks*, wobei sich dieser ausschließlich auf die vorangegangene Analyse des Werkbegriffs stützt. Das fünfte Kapitel leitet aus dem kommunikativen Charakter die *Kommunikationsfunktion des Werks* (im Sinne einer Ist-Funktion auf normativer Ebene) her.

Der dritte Teil der Arbeit kombiniert die Erkenntnisse der ersten beiden Teile. Das Bedürfnis nach Proportionalität verlangt nach der Berücksichtigung der Kommunikationsfunktion des Werks auf der Nutzungsebene, sodass zu untersuchen ist, wie sich dies auf den Nutzungsbegriff und die Verwertungsrechte auswirkt. Im sechsten Kapitel geht es diesbezüglich um den Nutzungsbegriff

²⁶ *Drassinower*, What's Wrong with Copying?, passim; *ders.*, 125 Harv. L. Rev. 108 (2012); *Strowel* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 203 (206 ff.); *Dusollier* in: Hugenholtz, Copyright Reconstructed, S. 163 (177 ff.).

im Allgemeinen. Dabei wird dargelegt, dass sich die Kommunikationsfunktion des Werks über das Bedürfnis nach Proportionalität als systeminterne Soll-Funktion der Verwertungsrechte auswirkt. In entsprechend soll-funktionaler Auslegung des Nutzungsbegriffs kann als *Nutzung des Werks* nur eine kommunikative Handlung qualifiziert werden. Daran anschließend wird die Wirkung dieses Mindestkriteriums auf die jeweiligen Verwertungsrechte untersucht. Das siebte Kapitel beleuchtet das Vervielfältigungsrecht und macht deutlich, dass gegenwärtige Probleme des Vervielfältigungsrechts Symptome der Nicht-Beachtung der abgeleiteten Soll-Funktion der Verwertungsrechte sind. Ähnliches gilt für das Recht der öffentlichen Wiedergabe, was im achten Kapitel dargelegt wird. Gegenstand des neunten Kapitels ist ein eher cursorischer Blick auf das Verbreitungsrecht, das sich vor dem Hintergrund der Soll-Funktion der Verwertungsrechte als Fremdkörper herausstellt. Das zehnte Kapitel widmet sich möglichen zukünftigen Nutzungsformen und fasst zugleich den dritten Teil der Arbeit zusammen.

Erster Teil

Bedürfnis nach proportional zum Werkbegriff
ausgestalteten Verwertungsrechten

Sachverzeichnis

- abstractions test 88 f.
- Abstraktheit 106 f., 180
- abwägungsresistent 226
- ACI Adam* 285 f.
- Afghanistan Papiere* 20, 91 ff., 216 f.
- AIDA Kussmund* 51 f.
- Angewandte Kunst 29, 40, 59, 393
- Anreiz 211, 231
- Äquivalenzlehre 25
- Aufnahmebereitschaft 184 f., 352
- Ausbalancierung des Urheberrechts 4 f., 215, 242 f.
- Ausdruck
 - Ausdruck durch Formgebung 108
 - Ausdrucksform 80, 85 f., 95 ff., 108, 117, 139 f., 152 f.
- Auslegungsmethoden 232
- Auslegungsziel 233 f., 306
 - Abgrenzung zu Auslegungsmittel 233 f.
- Auslegung
 - funktionale 228 ff.
 - richtlinienkonforme 237 ff., 248 f., 338
 - soll-funktionale, siehe soll-funktionale Auslegung
 - systematische 325
 - technologieneutrale 303
 - teleologische 232 ff., 312, 325, 358
 - unionsrechtsautonome 254, 333
- Baker v. Selden* 87
- Bearbeitungsrecht 61 ff., 156 ff.
- Begleitkopie 246, 253, 308 ff., 323
- Benutzeroberfläche 49, 55 ff.
- Beweislast 18 f., 213 f., 303, 324
- Bewertungslücken 18, 214
- Bewertungsstufen 14 ff., 18 ff.
- beziehungstypologische Einordnung 178
- Bezugspunkt der Individualität 144, 147
- Bildschirmwiedergabe 255 ff., 276, 309
- Brompton/Chedech* 96, 120 f., 143, 147
- Brüsseler Revisionskonferenz 245
- BSA/Kulturministerium* 55 ff.
- burden of proof gap 18 f., 325 f.
- Cache-Speicher 261, 265, 290 f., 298 f.
- Client-Puffer 260, 298 f., 310 f.
- Cofemel* 39 f., 121 f.
- communicative act 181 f., 219 f.
- »compelled speech« 182, 220 f.
- Copeland vs. Bieber* 21 f., 26 ff.
- de-lege-lata-Konzept
 - bzgl. Recht der öffentlichen Wiedergabe 379 ff.
 - bzgl. Vervielfältigungsrecht 326 ff.
- Determinierung
 - der Nutzungsebene 12, 35, 206, 219
 - der Verwertungsrechte 209, 212, 219, 231
- Digitale Kopie 246, 386
- Digitaler Werkgenuss, siehe Werkgenuss
- Disproportionalität 325 ff., 363, 398
 - des Schutzbereichs 21 ff.
 - disproportionale Schutzgewährung 18 ff.
- Doppelschöpfung 181
- Download, herkömmlicher 314
- droit d'auteur 210
- Dysfunktionalität
 - des Verbreitungsrechts 385 ff.
 - des Vervielfältigungsrechts 318 ff.
 - des Wiedergabebegriffs 361 ff.

- Symptome der Dysfunktionalität 319 ff., 400 f.
- E-Book 252, 264, 291, 308 f.
- Eigenart 26, 141, 170 f.
- Eigenpersönliche Züge 62 ff., 152 f.
- Einzelne Vervielfältigungen (§ 53 UrhG) 280 ff.
- Entwurf 77
- Ephemere Kopien 246 f., 323
- Erscheinungsform 141, 170 f.
- Erschöpfungsgrundsatz 387 f.
- Erwerbszweck 185, 279 f., 352
- Europäischer Werkbegriff 37 ff.
- extrinsic test 21 f.

- Fabel 116, 155
- fair use 4, 241
- FAPL u. Murphy* 47 ff., 58
- Figurenschutz 111 ff., 117
- Filmspeler*, siehe *Stichting Brein/Wullems*
- Fixierung 77, 107, 248 ff., 305 ff., 315 ff., 322
- Flüchtige Kopie 253
- Form, äußere und innere 80 ff.
- Formstein-Einwand 25
- Framing 337, 344 ff., 36 f. 373 ff. 399
- Freihalteinteresse 104, 128, 136, 143 f., 154
- Freiheit der Idee 127, 131
- Freiheit des Inhalts 81, 116
- Funktion
 - Bezugspunkt 194 ff., 212
 - makrofunktionale Betrachtung 195, 197 f., 208, 216, 230
 - mikrofunktionale Betrachtung 195 ff., 208, 222, 230
- Funktionenlehre 24, 191 f., 199, 226, 236

- Gaunerroman* 107, 113, 128
- Geburtstagszug* 26 ff., 59 ff., 207
- Gedanklicher Inhalt 127 ff., 151 ff.
 - Abgrenzung zu Inhalt des Werks 131 f.
- Geistigkeit 123 ff., 140, 168, 179, 195
- Gemeinfreiheit 12, 100, 135, 137 ff.
- Generalklausel 18, 32 ff., 226 f., 399 ff.

- Gestaltungshöhe 27, 59, 166
- Gestaltungsspielraum 26 f., 45, 59, 166
- Grafische Darstellbarkeit 169
- GS Media* 341 f., 347 ff., 366

- Harmonisierungstiefe 278
- Herkunftsfunktion 23 f., 236 f.
- Horizontale Harmonisierung 38, 108, 237

- idea/expression dichotomy 86 ff., 100 ff.
- Idee 78, 85 ff., 131, 155
 - Ideenfreiheit 101, 129, 132
- Idee/Ausdruck-Dichotomie 85 ff., 103, 109, 131, 140
- Identifizierbarkeit 120
- independent creation 181, 221
- Individualität 137 ff.
- Infopaq/DDF* 37 ff.
- Information
 - semantische 130, 143, 146, 160
 - syntaktische 143, 160
- infringement test 21, 90
- Inhalt 78 ff.
 - Inhalt des Werks 131 f.
- Inkassoprogramm* 77, 105
- Innominatfälle 332, 399 f.
- Institutionelle Lücke 20
- Intermediär 293, 353
- Internet Protocol (IP) 296
- Internum des Werkbegriffs, 119, 126, siehe auch werkbegriffsinterne Voraussetzung
- intrinsic test 21 f.
- Ist-Funktion 191 ff.
 - Abgrenzung zur Soll-Funktion 191 f.
 - des Werks 192 ff., 208

- Kommunikationsfunktion 73, 192 ff., 206 ff.
 - als Ist-Funktion 192 ff.
 - der Marke 199 f.
 - des Urheberrechts 195, 197 ff.
 - des Werks 195 f.
 - werkspezifische 196
- Kommunikationspotenzial 166 f.
 - Realisierung 308 ff., 384 f.
 - Vergrößerung 218 ff.

- Kommunikationsquelle 218, 305 ff., 358, 364 ff., 384 f., 394
 »Kommunikationsrecht« 184
 Kommunikationstheoretisches Argument 177 f.
 kommunikative Dimension des Urheberrechts 222 f.
 Kommunikative Handlung 209 f., 218 ff., 220
 Kommunikativer Akt 174, 181 f.
 Kommunikativer Charakter 168, 175, 180, 183
 Kommunizierbarkeit 162 ff., 170 ff., 195 f., 200
 Korrektiv 245, 316, 318
- Laras Tochter* 81 f., 112 f., 117 f., 138 f., 148, 158
Lernspiele 59
Levola/Smilde 95, 109 f., 120 ff., 146, 163
 Linking 336 f., 341 ff., 361, 364, 373 ff.
 – auf rechtswidrige Quelle 366 f., 375 ff.
 Literarische Figur 65, 82, 111 f., 115, 118 f., 132, 138, 148, 152, 163
- Makrofunktion, siehe Funktion
 Markenfunktionen 24, 199, 227
 markenmäßige Benutzung 24, 226, 241 f.
 Markteffektklausel 226
Mazer v. Stein 88
 merger doctrine 89 f., 94, 96, 100, 110, 147
 Mikrofunktion, siehe Funktion
 Multifunktionalität 211, 230
- Nachdruckverbot 80
 »Neues Publikum« 339 ff., 360 ff.
 – Entwicklung 340 ff.
 – Kritik 346 f., 354 ff.
 – Versubjektivierung 343 ff.
 Neuheit 141, 181
 – objektiv 181
 – subjektiv 221
 nicht-kommunikative Handlung 226 f., 232, 240, 318, 362 f., 373, 385, 394
 non-liquet-Situation 18 f.
 non-use 224
 »nose of wax« 18, 21 ff.
 Nutzung des Werks 33, 205 f., 209, 218, 220, 240 ff., 305, 359, 386
 – als rechtlicher Begriff 240 ff.
 Nutzungsebene 12, 32, 73, 205 f., 242
- Objektivierung des Schutzgegenstands 119 ff.
 Offensichtliche Rechtswidrigkeit (§ 53 UrhG) 282 ff.
 Öffentlichkeit 156, 164, 182 f., 222 ff., 333 ff., 337 f., 347 f., 359, 368 f.
 – qualitative/quantitative 347, 368
 ökonomische Relevanz 219
 Originalität 44 ff., 54, 90, 93, 96, 109, 130, 139, 166
- Painer/Standard* 68
 Pauschalisierende Anwendung des Formkriteriums 106, 111, 132
 Paywall, siehe technische Schutzmaßnahmen
Pelham 13, 69 f., 215
Perlemtaucher 82 f., 129, 138, 140, 197
Pippi-Langstrumpf-Kostüm 64 ff., 81, 111, 117, 148
- Privater Gebrauch (§ 53 UrhG) 279 f.
 Proportionalität 12 ff., 30 ff., 206 ff.
 RBÜ 38, 245 f., 339 f.
 Recht der Öffentlichen Wiedergabe 331 ff.
 – soll-funktionale Auslegung 357 ff.
 – Status quo 331 ff.
 – Zweiteilung des Tatbestands 334
 Recht der öffentlichen Zugänglichmachung 332
 Rechtfertigungsmodelle 3, 173 f., 199
 Rechtmäßige Nutzung (§ 44a UrhG) 266 ff.
 Rechtsdurchsetzungsebene 216, 230, 396
 Rechtsfolgenrecht, siehe Stammrecht
 Rechtsverständnis, objektiv/subjektiv 187 f.
 »regelmäßiger Regelbruch« 179
NRW/Renckhoff 343 ff. 355, 361, 364
 Reproduktion, sukzessive 258 ff.

- Rezeptiver Werkgenuss, siehe Werkgenuss
- SAS Institute* 49 f., 96 f.
- SCF/Del Corso* 184, 349, 352
- Schöpfungshöhe 56, 60, 107, 140 f., 297 f.
- SchrankenAuslegung 213 f., 272, 285, 289
- enge Auslegung 213, 272, 285, 289
 - offene Auslegung 214
- SchrankenKatalog 1, 215, 289, 302, 401
- Schutzbereich 12 ff., 59 f.
- Schutzbereichsverzerrung 23, 25, 32, 49 f., 193, 205, 213
- Schutzgegenstandsbestimmung 12, 17, 23, 27, 68, 172, 193, 208
- semantische Information, siehe Information
- Sendeformat* 114, 145
- SGAE/Rafael* 339, 342, 349 ff.
- Software-Schutz 49, 55, 96 f.
- Soll-funktionale Auslegung
- der Verwertungsrechte 234 ff.
 - des Nutzungsbegriffs 215, 227, 236, 240
 - des Rechts der öffentlichen Wiedergabe 357 ff.
 - des Verbreitungsrechts 396 ff.
 - des Vervielfältigungsrechts 305 ff.
- Soll-Funktion 191 f.
- kommunikative Soll-Funktion 216 ff., 218
 - Abgrenzung zur Ist-Funktion 191
 - der Verwertungsrechte 208 ff., 212 ff.
 - systemimmanente Soll-Funktion 210 ff.
- Spezifisch-differenzierende Bewertung 110 ff., 154
- Sprechakt 178 ff.
- Stammrecht 214, 216, 396
- Abgrenzung zu Rechtsfolgenrecht 396
- Starkes Recht/schwaches Recht 31, 59 f.
- Stichting Brein/Wullems* 272, 336, 351
- Stichting Brein/Ziggo* 32 f., 337, 349, 351, 354, 369, 376
- Stockholmer Revisionskonferenz 245
- Streaming 258 ff.
- lineares/ nicht-lineares 259 f.
 - »Pseudo-Streaming« 260, 295, 312 f.
 - »true streaming« 260, 275, 295, 313
- Sukzessive Teilvervielfältigung 48
- Svensson* 341 ff., 361 ff.
- Symptome der Dysfunktionalität, siehe Dysfunktionalität
- Syntaktische Information, siehe Information
- Systeminterner Normzweck 231 f.
- Szenerieschutz 81, 113, 116, 123, 138, 148, 158
- Tannöd* 98 f.
- TCP-Puffer 260
- Technische Schutzmaßnahmen
- Linking/Framing verhindernde 367, 378
 - Paywall 345, 367, 377
- Technologieneutralität, fehlende 287 ff.
- rechtliche Diskriminierung gleicher Handlungen 294 ff.
 - technologiespezifische Ausgestaltung der Schranken 288 ff.
- Technologiesensitivität 287 ff., 319
- Teileschutz, siehe auch Werkteil
- qualitativ 54 ff.
 - quantitativ 36 ff., 54
- Teilvervielfältigung 48, 50, 69, 71, 257
- Teleologische Reduktion 253
- The Pirate Bay*, siehe *Stichting Brein/Ziggo*
- three-layer model 226
- Übermonopolisierung 141 f., 161
- Übersetzung 160
- Umweltsensibilität 230
- Ungeäußerter Gedanke 100 ff.
- Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks 78, 174
- Upload 360, 364, 368, 374 f.
- Urheberpersönlichkeitsrecht 12, 34, 156, 221, 392
- Urheberrechtsgesetz des Norddeutschen Bundes 80
- use of a work as a work 223, 241
- Verblässensformel 62 ff., 157

- Verbreitung
- als nicht-kommunikative Handlung 384 f.
- Verbreitungsrecht
- als Fremdkörper 385 f., 398
 - Werkstück als Bezugspunkt 386
- Vergrößerung des Kommunikationspotenzials, siehe Kommunikationspotenzial
- Vermiet- und Verleihrecht 393 ff.
- Veröffentlichungsrecht 155, 388 f. 392
- Vervielfältigung
- als Rechtsbegriff 250
 - analoge 242, 251, 306 f.
 - digitale 307 ff.
 - technisch bedingte 250, 264, 269, 292
 - vorübergehende 265 ff.
- Vervielfältigungsrecht
- diskutierte Probleme 245 ff.
 - passive Expansion 290 ff.
 - Status quo 245 ff.
- Verwertungsrechtsebene 4, 63, 215, 218, 383
- VG Bild-Kunst/SPK* 345 f., 367
- volle Kenntnis 353, 350
- Wahrnehmbare Form 75 f., 104 ff., 206, 208 f.
- von Elementen eines Gesamtwerks 111 ff.
- »Werk« als Rechtsbegriff 167 f.
- Werkbegriff 166
- werkbegriffsimmanent 6, 75, 142, 154, 172, 209
- werkbegriffsinterne Voraussetzung 119, siehe auch Internum des Werkbegriffs
- Werkfragment 47, 262, 298, 312
- Werkgenuss
- digitaler 251 ff.
 - rezeptiver 251, 268, 286, 293, 317
- »werklose« Welt 141 f., 148
- Werkteil
- qualitativ 54 ff.
 - quantitativ 36 ff., 54, 154, 297
- Wertungsübertragung 43, 45, 47
- Wesentliches Element 55, 57 f.
- Wesentlichkeitskriterium 49
- Wiedergabebegriff, weiter 356, 360
- Wiedergabe des Werks
- als Rechtsbegriff 359
 - teleologische Auslegung 358 f.
- Wiedergabehandlung
- Handlung der Wiedergabe 334 ff., 360 f.
 - mittelbare 337, 341, 356, 361, 366
 - unmittelbare 344, 346, 351, 355, 361 f., 366
- WIPO Basic Proposal 246, 294, 316
- Wirkung 187 f., siehe auch Zweck
- Wirkungsauftrag 232
- Wissenschaftliche Werke 148 ff.
- zentrale Rolle 348 ff.
- zugeschriebener Akt 179
- Zuschreibungsakt 178 f.
- Zweck 187 ff.
- Abgrenzung zu Wirkung 187 f.
 - systeminterner 231