

Die offensichtliche Rechtswidrigkeit als Schnittstelle zwischen gesetztem Recht und vernetzter Individualmoral*

Aufgeklärtes Normverhalten bei der Privatkopie

Thomas Fuchs**

3. Dezember 2011

Inhaltsangabe

Die urheberrechtliche Schranke der Privatkopie wurde mit den Gesetzen zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft durch den Begriff der offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlage ergänzt. Der Verfasser erörtert die damit aufgrund bestehender rechtsdogmatischer Konzepte zum Ausdruck gekommenen Vorstellungen. Er zeigt auf, dass der Anwendungsbereich der Schranke dadurch nicht eingeengt, sondern im Wege eines neuen normativen Ansatzes erweitert wurde.

Inhalt

1 Einleitung	2
2 Auslegungsgrundsätze	2
3 Froschperspektive	4
4 Dogmatische Begriffsausfüllung	7
5 Normalität der Privatkopie	11
6 Zusammenfassung	16

*[URL: http://delegibus.com/2011,4.pdf](http://delegibus.com/2011,4.pdf).

**Rechtsanwalt Dr. iur., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Heidelberg; Impressum: [URL: http://lexetius.com/impressum](http://lexetius.com/impressum).

”Das Recht nämlich hat kein
Daseyn für sich, sein Wesen
vielmehr ist das Leben der
Menschen selbst, von einer
besondern Seite angesehen.“

Friedrich Carl von Savigny

1 Einleitung

Zulässig sind nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. Diese Privilegierung der Privatkopie existiert seit dem 1. Januar 1966 und wurde mit dem 13. September 2003 beziehungsweise dem 1. Januar 2008 in die gegenwärtige Formulierung gebracht. Zahlreiche weitere Regelungen knüpfen daran an. Es sind dies insbesondere die Ansprüche auf Schadensersatz nach den §§ 97, 16, 53 Abs. 1 S. 1 UrhG und auf Beseitigung, Unterlassung, Vernichtung, Rückruf und Überlassung nach den §§ 97 Abs. 1, 98, 16, 53 Abs. 1 S. 1 UrhG. Mit den §§ 106 Abs. 1, 53 Abs. 1 S. 1 UrhG steht sogar ein Straftatbestand¹ in Rede. Umso drängender stellt sich deshalb die Frage, welche Vorstellungen eigentlich mit dem in der Vorschrift gebrauchten Begriff der *offensichtlichen Rechtswidrigkeit* verbunden sind oder sein sollen. Ist das Vervielfältigen zum privaten Gebrauch nicht nur im analogen, sondern auch im digitalen Bereich, insbesondere über Tauschbörsen, nun grundsätzlich erlaubt oder grundsätzlich verboten? Mit dem vorliegenden Aufsatz wird der Versuch unternommen, einer Antwort anders als bislang dadurch näher zu kommen, dass die dem Begriff der offensichtlichen Rechtswidrigkeit zugrunde liegenden dogmatischen Konzepte herausgearbeitet werden und dieser darin eingeordnet wird.

2 Auslegungsgrundsätze

Bei § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG handelt es sich um eine Schranke des Urheberrechts, also eine Ausnahme vom Grundsatz. Einen allgemeinen methodischen Grundsatz, dass Ausnahmegesetze eng auszulegen sind, gibt es nicht.² Die Schranken des Urheberrechts, auch § 53 UrhG³, sollen als Ausnahmen von den Verwertungsrechten des Urhebers gleichwohl grundsätzlich eng auszulegen sein.⁴ Dies habe seinen Grund aber weniger darin, dass Ausnahmegesetze

¹Siehe dazu aber *Thomas Fuchs*, Raubkopieren ist doch gar nicht strafbar. (URL: <http://blog.delegibus.com/182>).

²*OLG Hamburg*, Urteil vom 25. September 1997 – 3 U 167/95, Rdnr. 28; *Kröger*, MMR 2002, S. 20; *von Becker*, GRUR 2004, S. 108; *Rigamonti*, GRURInt 2004, S. 284.

³*OLG Hamburg*, Urteil vom 14. Juli 1976 – 3 U 6/76 (c), Rdnr. 55; *OLG München*, Urteil vom 23. Mai 1996 – 6 U 4192/95, Rdnr. 140, 169; *BGH*, Urteil vom 16. Januar 1997 – I ZR 9/95 – CB-infobank I, Rdnr. 48, 50; *BGH*, Urteil vom 10. Dezember 1998 – I ZR 100/96 – Elektronische Pressearchive, Rdnr. 37; *OLG Hamburg*, Urteil vom 12. Oktober 2000 – 3 U 119/00, Rdnr. 36; *OLG Köln*, Urteil vom 9. September 2005 – 6 U 90/05, Rdnr. 14; *OLG Dresden*, Urteil vom 28. November 2006 – 14 U 1070/06, Rdnr. 17; *LG Köln*, Urteil vom 28. Februar 2007 – 28 O 16/07, Rdnr. 27.

⁴*OLG Hamburg*, Urteil vom 14. Juli 1976 – 3 U 6/76 (c), Rdnr. 55; *BGH*, Urteil vom 6. Juni 1991 – I ZR 26/90 – Liedersammlung, Rdnr. 58; *BGH*, Urteil vom 12. Dezember 1991 – I ZR 210/89

ten generell eng auszulegen wären, sondern beruhe darauf, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen sei und daher die ihm hinsichtlich der Werkverwertung zustehenden Ausschließlichkeitsrechte nicht übermäßig beschränkt werden dürften (vergleiche auch Art. 5 Abs. 2 Buchst. b, Abs. 5 Richtlinie 2001/29/EG⁵).⁶ Eine weitergehende Auslegung dieser Schranken könne, so die ältere Auffassung, nur in den seltenen Fällen gerechtfertigt werden, dass hierfür eindeutige Anhaltspunkte vorliegen.⁷ Das sei etwa bei Schrankenbestimmungen der Fall, die ebenfalls besonderen verfassungsrechtlich geschützten Positionen Rechnung tragen.⁸ § 53 UrhG berücksichtige insoweit, dass der Urheber mit seinem immateriellen geistigen Eigentum in die Sozialpflichtigkeit der Eigentumsordnung gemäß Art. 14 Abs. 1, Abs. 2 GG eingebunden sei.⁹ Das Interesse der Allgemeinheit, im Rahmen der Entwicklung der modernen Industriegesellschaft zu vorhandenen Informationen und Dokumentationen einen unkomplizierten Zugang haben zu müssen, spiele dabei eine gewichtige Rolle.¹⁰ Inzwischen wird an dieser Stelle jedoch betont, dass die Auslegung das vom Gesetz mit der Schrankenbestimmung verfolgte Ziel beachten müsse.¹¹ Neben den Interessen des Urhebers seien daher auch die durch die Schrankenbestimmungen geschützten Interessen der Nutzer zu berücksichtigen und ihrem Gewicht entsprechend für die Auslegung der gesetzlichen Regelung heranzuziehen.¹² Dabei spiele es für die Auslegung der

– Altenwohnheim II, Rdnr. 16; *BGH*, Urteil vom 12. November 1992 – I ZR 194/90 – Katalogbild, Rdnr. 23; *BGH*, Urteil vom 8. Juli 1993 – I ZR 124/91 – Verteileranlagen, Rdnr. 21; *BGH*, Urteil vom 16. Januar 1997 – I ZR 9/95 – CB-infobank I, Rdnr. 48, 50; *BGH*, Urteil vom 10. Dezember 1998 – I ZR 100/96 – Elektronische Pressearchive, Rdnr. 37; *BGH*, Urteil vom 4. Mai 2000 – I ZR 256/97 – Parfümflakon, Rdnr. 15; *OLG Hamburg*, Urteil vom 12. Oktober 2000 – 3 U 119/00, Rdnr. 36; *BGH*, Urteil vom 24. Januar 2002 – I ZR 102/99 – Verhüllter Reichstag, Rdnr. 14; *BGH*, Urteil vom 11. Juli 2002 – I ZR 255/00 – Elektronischer Pressespiegel, Rdnr. 29; *BGH*, Urteil vom 5. Juni 2003 – I ZR 192/00 – Hundertwasser-Haus, Rdnr. 25; *BGH*, Urteil vom 27. Januar 2005 – I ZR 119/02 – WirtschaftsWoche, Rdnr. 18; *OLG Dresden*, Urteil vom 28. November 2006 – 14 U 1070/06, Rdnr. 17; *OLG Frankfurt a. M.*, Urteil vom 24. November 2009 – 11 U 40/09, Rdnr. 71.

⁵Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 167 vom 22. Juni 2001 S. 10–19.

⁶*BGH*, Urteil vom 4. Mai 2000 – I ZR 256/97 – Parfümflakon, Rdnr. 15; *BGH*, Urteil vom 24. Januar 2002 – I ZR 102/99 – Verhüllter Reichstag, Rdnr. 14; *BGH*, Urteil vom 11. Juli 2002 – I ZR 255/00 – Elektronischer Pressespiegel, Rdnr. 29; *BGH*, Urteil vom 5. Juni 2003 – I ZR 192/00 – Hundertwasser-Haus, Rdnr. 25; *BGH*, Urteil vom 27. Januar 2005 – I ZR 119/02 – WirtschaftsWoche, Rdnr. 18.

⁷*BGH*, Urteil vom 12. Dezember 1991 – I ZR 210/89 – Altenwohnheim II, Rdnr. 16; *BGH*, Urteil vom 8. Juli 1993 – I ZR 124/91 – Verteileranlagen, Rdnr. 21; *BGH*, Urteil vom 4. Mai 2000 – I ZR 256/97 – Parfümflakon, Rdnr. 15; *BGH*, Urteil vom 24. Januar 2002 – I ZR 102/99 – Verhüllter Reichstag, Rdnr. 14; *BGH*, Urteil vom 11. Juli 2002 – I ZR 255/00 – Elektronischer Pressespiegel, Rdnr. 30.

⁸*BVerfG*, Beschluss vom 29. Juni 2000 – 1 BvR 825/98, Rdnr. 23; *BGH*, Urteil vom 24. Januar 2002 – I ZR 102/99 – Verhüllter Reichstag, Rdnr. 14; *BGH*, Urteil vom 11. Juli 2002 – I ZR 255/00 – Elektronischer Pressespiegel, Rdnr. 29.

⁹*BVerfG*, Beschluss vom 7. Juli 1971 – 1 BvR 765/66, Rdnr. 32; *BVerfG*, Beschluss vom 11. Oktober 1988 – 1 BvR 777/85, Rdnr. 73; *BGH*, Urteil vom 16. Januar 1997 – I ZR 9/95 – CB-infobank I, Rdnr. 48.

¹⁰*BGH*, Urteil vom 16. Januar 1997 – I ZR 9/95 – CB-infobank I, Rdnr. 48.

¹¹*Kröger*, MMR 2002, S. 20; *BGH*, Urteil vom 5. Juni 2003 – I ZR 192/00 – Hundertwasser-Haus, Rdnr. 25; *BGH*, Urteil vom 27. Januar 2005 – I ZR 119/02 – WirtschaftsWoche, Rdnr. 18.

¹²*BGH*, Urteil vom 24. Januar 2002 – I ZR 102/99 – Verhüllter Reichstag, Rdnr. 14; *BGH*, Urteil vom 11. Juli 2002 – I ZR 255/00 – Elektronischer Pressespiegel, Rdnr. 29; *Kröger*, MMR 2002, S. 20; *BGH*, Urteil vom 5. Juni 2003 – I ZR 192/00 – Hundertwasser-Haus, Rdnr. 25; *von Becker*, GRUR 2004, S. 108; *BGH*, Urteil vom 27. Januar 2005 – I ZR 119/02 – WirtschaftsWoche, Rdnr. 18.

Schrankenregelung auch eine Rolle, ob die Anwendung der Schranke den Urheber günstiger stelle als die Geltung des Ausschließlichkeitsrechts. Dies gelte etwa im Fall einer gesetzlichen Lizenz, bei dem das Ausschließlichkeitsrecht lediglich zu einem Vergütungsanspruch herabgestuft werde.¹³ Bei der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch nach § 53 UrhG sei deshalb im Hinblick auf den gesetzlichen Anspruch der Urheber auf angemessene Vergütung für diese Werknutzung keine einschränkende Auslegung geboten.¹⁴ Richtigerweise sind Schrankenbestimmungen nicht anders auszulegen als andere Normen auch.¹⁵ Durch derartige Faustregeln¹⁶ müssen wir uns also nicht behindert fühlen.

3 Froschperspektive

Die weiland als Bundesjustizministerin amtierende *Brigitte Zypries* äußerte sich anlässlich eines Symposions am 16. September 2003 wie folgt zu § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG:¹⁷

”Der [Gesetzgeber] hat die Zulässigkeit der Privatkopie verboten, wenn die Vorlage offensichtlich rechtswidrig hergestellt wurde. Ich glaube, damit wird die Praxis zurecht kommen. Für die Wissenschaft ist das schon schwieriger. Sie wird darüber viel nachdenken und schreiben können. Vielleicht wird dann klar, was der Gesetzgeber sich dabei gedacht hat – oder sich dabei hätte denken müssen.“

Bislang wurde nur eine einzige Entscheidung¹⁸ bekannt, in der § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG zur Begründung herangezogen wird. Das Gericht unternimmt darin aber weder den Versuch einer Definition des Begriffs der offensichtlichen Rechtswidrigkeit noch scheint der gegebene Fall des Hinaufladens überhaupt den Anwendungsbereich der Vorschrift zu eröffnen. Das spricht nicht gerade dafür, dass die Praxis mit der Regelung zurecht käme. In der Literatur ist man etwas weiter. Hier wird die Vorschrift vor allem unter den beiden Gesichtspunkten des an sie zu legenden persönlichen und sachlichen Maßstabs diskutiert.

Einige vertreten unter Verweis auf Gesetzesmaterialien¹⁹ die Ansicht, es sei auf die Perspektive des jeweiligen Nutzers abzustellen.²⁰ Dagegen wird eingewandt, das sei nicht praktikabel und führe zu Rechtsunsicherheit, weil die persönlichen Hintergründe des Nutzers schwer zu ermitteln seien.²¹ Für einen subjektiven Maßstab habe es bessere Beschreibungsmöglichkeiten gegeben, etwa den Begriff der Kenntnis oder Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit wie in

¹³BGH, Urteil vom 11. Juli 2002 – I ZR 255/00 – Elektronischer Pressespiegel, Rdnr. 31.

¹⁴BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 – I ZR 118/96 – Kopienversanddienst, Rdnr. 46, 77, 78, 79; von Becker, GRUR 2004, S. 108.

¹⁵von Becker, GRUR 2004, S. 108; Rigamonti, GRURInt 2004, S. 284.

¹⁶Das gilt auch für den von einigen Autoren bemühten Dreistufentest. Dieser ist in erster Linie eine Gestaltungsanordnung gegenüber dem nationalen Gesetzgeber in Bezug auf die im Einzelnen zu konkretisierenden Schranken des Urheberrechts (*Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 21).

¹⁷Zypries, ZUM 2003, S. 981.

¹⁸LG Hamburg, Urteil vom 8. Oktober 2010 – 308 O 710/09, Rdnr. 3, 22.

¹⁹Deutscher Bundestag, Drucksache 16/1828, S. 26.

²⁰Gutmann, MMR 2003, S. 707; DPMA München, Vorschlag vom 25. März 2004 – Sch-Urh 14/02, Rdnr. 81; Rigamonti, GRURInt 2004, S. 287; Fangerow/Schulz, GRUR 2010, S. 680; Busch, GRUR 2011, S. 502.

²¹Lauber/Schwipps, GRUR 2004, S. 298–299; Lang, Filesharing und Strafrecht, S. 82–83.

§ 10 Abs. 1 PatG und § 10 Nr. 1 TMG.²² Andere wollen den durchschnittlich verständigen und informierten Nutzer zum Maßstab machen.²³ Dagegen wird vorgebracht, der Inhalt eines absoluten Rechts könne nicht vom Kenntnisstand des maßgeblichen Verkehrskreises abhängen.²⁴ Dieses Argument ist allerdings nicht nachvollziehbar. Der Inhalt des Urheberrechts wird in Teil 1 Abschnitt 4 des Urheberrechtsgesetzes absolut bestimmt. Insoweit wirkt das Urheberrecht gegenüber jedermann. Rechtssystematisch ist es geradezu widersinnig, den in Teil 1 Abschnitt 6 des Urheberrechtsgesetzes vorgesehenen Schranken ebenfalls absoluten Charakter beizumessen. Diese wirken nämlich nicht gegenüber jedermann, sondern nur gegenüber dem Urheber. Gegen den genannten Maßstab wird weiter argumentiert, dass der Nutzer an dieser Stelle nicht geschützt werden müsse. Es drohe keine „zu weit gehende Kriminalisierung“, weil der Schadensersatzanspruch nach den §§ 97 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 16, 53 Abs. 1 S. 1 UrhG und der Straftatbestand nach den §§ 106 Abs. 1, 53 Abs. 1 S. 1 UrhG ein subjektives Element aufwies.²⁵ Hiergegen spricht wiederum, dass auch die Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung, Vernichtung, Rückruf und Überlassung nach den §§ 97 Abs. 1, 98, 16, 53 Abs. 1 S. 1 UrhG einer Klärung bedürfen. Wieder andere meinen, es sei gänzlich objektiv die Perspektive der Allgemeinheit anzulegen.²⁶ Falls der einzelne Nutzer trotz allgemein fehlender Offensichtlichkeit Kenntnis der Rechtswidrigkeit habe, genieße er das Privileg des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG aus Billigkeitsgründen allerdings nicht.²⁷ Das muss freilich als inkonsequent abgetan werden.

In sachlicher Hinsicht sei davon auszugehen, dass der Begriff der Offensichtlichkeit hier wie in anderen gesetzlichen Fällen nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zu verstehen sei.²⁸ Umgangssprachlich sei ein Umstand offensichtlich, der klar und deutlich erkennbar sei.²⁹ Die Rechtswidrigkeit der Vorlage müsse aufgrund dieser Umstände außer Zweifel stehen.³⁰ Einige sind dabei dafür³¹ und andere dagegen³², dass den Nutzern Prüf- und Nachforschungs-

²²Hoffmann, WRP 2006, S. 57; Staudacher, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 155–156.

²³Jani, ZUM 2003, S. 850–851; Lauber/Schwipps, GRUR 2004, S. 299; wohl auch Berger, ZUM 2004, S. 260 (unter Hinweis auf den vergleichbaren Rechtsgedanken des § 990 Abs. 1 S. 1 BGB, weshalb die Kriterien der Fahrlässigkeit nach § 276 Abs. 2 BGB heranzuziehen seien); vergleiche BGH, NJW 1995, S. 1288.

²⁴Lauber/Schwipps, GRUR 2004, S. 298–299; Staudacher, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 155–156; Lang, Filesharing und Strafrecht, S. 82–83.

²⁵Lauber/Schwipps, GRUR 2004, S. 298–299; Stichelbrock, GRUR 2004, S. 738; Reinbacher, GRUR 2008, S. 395, 398.

²⁶Czychowski, NJW 2003, S. 2411; Freiwald, Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, S. 150; Stichelbrock, GRUR 2004, S. 738; Hoffmann, WRP 2006, S. 57; Diesbach, ZUM 2006, S. 695; Staudacher, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 155–156; Reinbacher, GRUR 2008, S. 395, 398; Lang, Filesharing und Strafrecht, S. 82–83.

²⁷Jani, ZUM 2003, S. 851; Hoffmann, WRP 2006, S. 57; Reinbacher, GRUR 2008, S. 398.

²⁸Jani, ZUM 2003, S. 850; Lauber/Schwipps, GRUR 2004, S. 299; Hoffmann, WRP 2006, S. 57.

²⁹Jani, ZUM 2003, S. 850; Lauber/Schwipps, GRUR 2004, S. 299; Hoffmann, WRP 2006, S. 57; Diesbach, ZUM 2006, S. 695; Röhl/Bosch, NJW 2008, S. 1416; Staudacher, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 152; Lang, Filesharing und Strafrecht, S. 83.

³⁰Pichlmaier, CR 2003, S. 912; Freiwald, Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, S. 150; Lauber/Schwipps, GRUR 2004, S. 299; Hoffmann, WRP 2006, S. 57, 60; Gercke, ZUM 2007, S. 798; Fangerow/Schulz, GRUR 2010, S. 680.

³¹Stichelbrock, GRUR 2004, S. 738; Brinkel, Filesharing, S. 145–146.

³²Jani, ZUM 2003, S. 850–851; Freiwald, Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, S. 150; Rigamonti, GRURInt 2004, S. 288; Hoffmann, WRP 2006, S. 57; Lang, Filesharing und Strafrecht, S. 83.

pflichten oblägen. Für den letzteren Standpunkt spricht, dass den Nutzern nach den Gesetzesmaterialien³³ solche Pflichten mit dem Merkmal der Offensichtlichkeit gerade erspart werden sollten.³⁴ Derartige Pflichten sprechen bereits gegen eine Offensichtlichkeit.³⁵ Das auf diese Weise in sachlicher Hinsicht umrissene Verständnis des Begriffs der offensichtlichen Rechtswidrigkeit lasse sich auch durch einen spezifischen Sprachgebrauch in anderen Normen belegen.³⁶ Zu denken sei etwa an die offensichtliche Rechtsverletzung nach § 101 Abs. 2, Abs. 7 UrhG.³⁷ Der dort geregelte Anspruch bestehe nur in den Fällen, in denen die Rechtsverletzung so eindeutig sei, dass eine ungerechtfertigte Belastung des Antragsgegners kaum als möglich erscheine.³⁸ Gegen diesen Vergleich wird vorgebracht, die dortigen Grundsätze könnten hier nicht fruchtbar gemacht werden, weil § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG materiellrechtlich und § 101 Abs. 2, Abs. 7 UrhG verfahrensrechtlich sei.³⁹ Der Kern dieses zutreffenden Arguments besteht darin, dass sich § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG an den Laien und § 101 Abs. 2, Abs. 7 UrhG an den Rechtsstab richtet. Ein etwas besseres Vergleichsbeispiel ist das offensichtliche Unrecht im Sinn des § 1 Abs. 2 Buchst. d BVG. Ein solches liegt vor, wenn eine Strafe unter den gegebenen Umständen heutigen rechtsstaatlichen Anschauungen unzweifelhaft und ohne Weiteres erkennbar widerspricht.⁴⁰ Die im Zweiten Weltkrieg von Militärgerichten massenhaft erlassenen Todesurteile sind dabei kraft einer durch die Erfahrung gestützten Vermutung als offensichtliches Unrecht zu behandeln, wenn keine gegen diesen Eindruck sprechenden Umstände im Einzelfall mehr bekannt sind.⁴¹ Für tragfähig wird auch eine Parallele zu dem Begriff der offensichtlichen schweren Jugendgefährdung nach § 6 Nr. 3 GjSM 1994 (jetzt § 15 Abs. 2 Nr. 5 JuSchG) gehalten.⁴² Ausgehend vom Wortsinn sei das offensichtliche, was klar zu Tage liege.⁴³ Grenzfälle würden nicht erfasst. Detaillierte Kontrollpflichten bestünden nicht.⁴⁴ Bei § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG wird sodann noch diskutiert, dass sich die Offensichtlichkeit nur auf den Zeitpunkt der Vornahme der Vervielfältigung beziehe.⁴⁵ § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG lasse nämlich auch rechtswidrige Vorlagen zu. Ausgenommen seien nur offensichtlich rechtswidrige Vorlagen.

³³ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 26.

³⁴ *Rigamonti*, GRURInt 2004, S. 288.

³⁵ *Freiwald*, Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, S. 150; *Lang*, Filesharing und Strafrecht, S. 83.

³⁶ *Staudacher*, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 152—153; *Jani*, ZUM 2003, S. 850.

³⁷ *Staudacher*, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 152—153.

³⁸ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 11/4792, S. 32; *Staudacher*, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 153; *OLG Frankfurt a. M.*, Beschluss vom 25. August 2011 – 11 W 29/11, Rdnr. 17.

³⁹ *Jani*, ZUM 2003, S. 850; *Staudacher*, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 153.

⁴⁰ *BSG*, Urteil vom 19. Dezember 1957 – 8 RV 317/55, Rdnr. 15; *BSG*, Urteil 25. Mai 1960 – 11 RV 812/58, Rdnr. 10; *BSG*, Urteil vom 28. April 1969 – 8 RV 809/58, Rdnr. 15; *BSG*, Urteil vom 6. Dezember 1966 – 9 RV 726/63, Rdnr. 15; *BSG*, Urteil vom 16. März 1972 – 10 RV 162/70, Rdnr. 30.

⁴¹ *BSG*, Urteil vom 11. September 1991 – 9a RV 11/90, Rdnr. 9, 24, 27; *BSG*, Urteil vom 16. Mai 1995 – 9 RV 16/94, Rdnr. 16.

⁴² *Jani*, ZUM 2003, S. 850—851.

⁴³ *BGH*, NJW 1995, S. 1288.

⁴⁴ *BVerfG*, Beschluss vom 22. Juni 1960 – 2 BvR 125/60, Rdnr. 12; *BVerfG*, Beschluss vom 13. Januar 1988 – 1 BvR 1548/82, Rdnr. 34.

⁴⁵ *Rigamonti*, GRURInt 2004, S. 287—288; *Hoffmann*, WRP 2006, S. 57—58; *Staudacher*, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 151; anderer Ansicht *Gutmann*, MMR 2003, S. 708.

Sei eine rechtswidrige Vorlage erst einmal vervielfältigt, könne dies rechtlich nicht mehr ungeschehen gemacht werden.⁴⁶ Die Beweislast für die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit trage schließlich der Urheber, denn es könne dem Nutzer nicht zugemutet werden, eine negative Tatsache zu beweisen.⁴⁷

Offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen lägen, so ein älterer Standpunkt, beispielsweise bei professionellen Musik- und Filmwerken jüngerer Datums vor, weil diese nur auf durch wirksame technische Maßnahmen im Sinn des § 95a UrhG geschützten Trägermedien vertrieben würden. Diese Maßnahmen seien bei in Tauschbörsen angebotenen Vorlagen solcher Werke regelmäßig umgangen worden und diese damit rechtswidrig hergestellt. Das sei beim Herunterladen offensichtlich.⁴⁸ Diese Annahme trifft jedoch jedenfalls angesichts neuerer Werbepraktiken, Werke kostenlos auch in Tauschbörsen zur Verfügung zu stellen, sachlich nicht zu.⁴⁹ Bei digitalen Vorlagen ist deshalb regelmäßig nicht erkennbar, ob sie rechtswidrig hergestellt wurden.⁵⁰ Diese Tatbestandsalternative kann nur dann eingreifen, wenn die Möglichkeit einer Erlaubnis durch den Rechtsinhaber sowie einer irgend gearteten Privilegierung aller Wahrscheinlichkeit nach ausgeschlossen werden kann.⁵¹ Das wird kaum jemals der Fall sein. Um offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Vorlagen handele es sich dagegen bereits bei kostenlos in Tauschbörsen angebotenen Werken namhafter Urheber, die sonst nur entgeltlich erhältlich seien.⁵² Zu denken sei auch an im Handel nicht erhältliche Werke, beispielsweise Konzertmitschnitte⁵³ oder unveröffentlichtes Material⁵⁴. Dagegen spricht jedoch, dass Indizien wie Bekanntheitsgrad, Erhältlichkeit und Unentgeltlichkeit untauglich sind, weil all dies nicht für jedermann offensichtlich ist. Die vorausgesetzten Kenntnisse sind keineswegs selbstverständlich.⁵⁵

4 Dogmatische Begriffsausfüllung

Wir wollen an dieser Stelle einen Schritt zurücktreten und uns dem Problem der offensichtlichen Rechtswidrigkeit mit der Frage nach dem zugrunde liegenden Normtyp nähern. Ist er, wie der Begriff der Rechtswidrigkeit impliziert, wirklich rechtlicher oder nicht vielmehr moralischer Art, worauf der Begriff der Of-

⁴⁶ *Rigamonti*, GRURInt 2004, S. 287–288; *Hoffmann*, WRP 2006, S. 57–58; *Staudacher*, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 151.

⁴⁷ *Rigamonti*, GRURInt 2004, S. 287; wohl auch *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, S. 298; *Stickelbrock*, GRUR 2004, S. 738.

⁴⁸ *Pleister/Ruttig*, MMR 2003, S. 765.

⁴⁹ *Rigamonti*, GRURInt 2004, S. 288; *Hoffmann*, WRP 2006, S. 58; *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 19.

⁵⁰ *DPMA München*, Vorschlag vom 20. Dezember 2002 – Sch-Urh 3/00, Rdnr. 63; *DPMA München*, Vorschlag vom 25. März 2004 – Sch-Urh 14/02, Rdnr. 80; *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 150; *Rigamonti*, GRURInt 2004, S. 287; *Heinrich*, HFR 2006, Rdnr. 22; *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 19.

⁵¹ *DPMA München*, Vorschlag vom 25. März 2004 – Sch-Urh 14/02, Rdnr. 81; *Meschede*, K & R 2008, S. 585.

⁵² *Gutmann*, MMR 2003, S. 707; *Czychowski*, NJW 2003, S. 2411; *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, S. 299; *Heinrich*, HFR 2006, Rdnr. 21; *Meschede*, K & R 2008, S. 585.

⁵³ *Czychowski*, NJW 2003, S. 2411; *Heghmanns*, MMR 2004, S. 16.

⁵⁴ *Pleister/Ruttig*, MMR 2003, S. 765; *Pichlmaier*, CR 2003, S. 911; *Freiwald*, Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, S. 153; *Stickelbrock*, GRUR 2004, S. 738; *Brinkel*, Filesharing, S. 150; *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 19.

⁵⁵ *Rigamonti*, GRURInt 2004, S. 288; *Hoffmann*, WRP 2006, S. 57, 58; *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 19; *Staudacher*, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 196.

fensichtlichkeit mit dem darin liegenden intersubjektiven Element hindeuten könnte?

Legalität (Gesetzmäßigkeit) ist die bloße Übereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben. Moralität (Sittlichkeit)⁵⁶ verlangt dagegen auch eine Übereinstimmung der Handlung mit den Bestimmungsgründen des Gesetzes, der Idee der Pflicht.⁵⁷ Das Recht erfasst also das äußere Verhalten, die Moral zusätzlich die innere Einstellung. Konzeptuell wird die Legalität von der parallel liegenden Moralität lediglich überboten. Der Normadressat befolgt die Norm, weil er sie als eigene ansieht.⁵⁸ Sittlich handelt dabei nur, wer wollen kann, dass die Maxime für sein Handeln auch als allgemeines Gesetz gelte (kategorischer Imperativ).⁵⁹ Tendenziell verschmelzen Gesetzmäßigkeit und Sittlichkeit in jüngerer Zeit immer stärker miteinander, indem die Moral veräußerlicht und vergesetzlicht wird (Stichwort "Sittengesetz", Art. 2 Abs. 1 GG).⁶⁰ Das zeigt sich zum Beispiel an dem Rechtsbegriff der guten Sitten, wie er etwa in den §§ 138 Abs. 1, 826 BGB, § 228 StGB oder § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG verwendet wird. Hier lässt sich das aufgestellte Konzept von Recht und Moral nur aufrecht erhalten, wenn zusätzlich zwischen autonomer und heteronomer Moral unterschieden wird.⁶¹ Eine moralische Norm ist autonomer Natur, wenn sie dem Gewissen und der Gesinnung des Normadressaten entspringt (Individualmoral). Heteronome Moral tritt dagegen an den Einzelnen als Glied einer durch gleichgerichtete Sittlichkeitsüberzeugungen getragenen Gemeinschaft von außen heran (Sozialmoral).⁶² Das Gesetz kann begrifflich auf beide Kategorien Bezug nehmen und daran Rechtsfolgen knüpfen. Während die Sozialmoral dabei zum Recht wird,⁶³ gewinnt die Individualmoral dadurch lediglich rechtliche Bedeutung.⁶⁴

Absolute Moralwerte gibt es nicht, weil solche nur aufgrund des Glaubens an eine transzendente Autorität angenommen werden können.⁶⁵ Vielmehr gelten zu verschiedenen Zeiten, an verschiedenen Orten, bei verschiedenen Gruppierungen und unter verschiedenen Umständen sehr verschiedene und einander widersprechende Moralsysteme.⁶⁶ Das Anwenden gesetzlicher Normen der Sozialmoral wie der guten Sitten verlangt dementsprechend weniger eine normativ-wertende Gesetzesauslegung als vielmehr eine empirische Feststellung bestehender Moralüberzeugungen.⁶⁷ Dies bereitet jedoch durchaus Schwierigkeiten.⁶⁸ Die Rechtspraxis behilft sich damit, nach moralischen Maßstäben zu fragen, die vernünftigerweise nicht in Zweifel gestellt werden kön-

⁵⁶ *Wesel*, JA 1992, S. 289.

⁵⁷ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, S. 214, 219; *Jellinek*, Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, S. 28—29.

⁵⁸ *Braun*, JuS 1994, S. 727—728; *Schwab*, Festschrift für Kleinheyer, S. 501; *Engi*, SJZ 101 [2005], S. 567, 568; *Kühl*, JA 2009, Absch. A.I.

⁵⁹ *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, S. 403, 421.

⁶⁰ *Engi*, SJZ 101 [2005], S. 570—571.

⁶¹ *Sack*, NJW 1985, S. 767.

⁶² *Sack*, GRUR 1970, S. 495—496; *Sack*, NJW 1985, S. 767; *Württemberg*, NJW 1986, S. 2282; *Braun*, JuS 1994, S. 728; *Hilgendorf*, JuS 2008, S. 766.

⁶³ *Braun*, JuS 1994, S. 728.

⁶⁴ *BGH*, Beschluss vom 17. Februar 1954 – GStt 3/53, Rdnr. 6, 11.

⁶⁵ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 65—66; *Hilgendorf*, JuS 2008, S. 766; anders noch *BVerfG*, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52, Rdnr. 167.

⁶⁶ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 65—66, 70—71, 123; *BGH*, Beschluss vom 3. Oktober 1984 – VIII ARZ 2/84, Rdnr. 15; *Württemberg*, NJW 1986, S. 2283; anders noch *BGH*, Beschluss vom 17. Februar 1954 – GStt 3/53, Rdnr. 10, 11.

⁶⁷ *BGH*, Urteil vom 11. Dezember 2003 – 3 StR 120/03, Rdnr. 16.

⁶⁸ *BVerfG*, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52, Rdnr. 167.

nen. Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung soll deshalb das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entscheiden. Auf die Wertvorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder gar Individuen wie dem Rechtsanwender kommt es dagegen nicht an.⁶⁹ Das Verletzen einer gesetzlichen Norm der Sozialmoral setzt daher keineswegs immer und notwendig das Verwirklichen eines subjektiven Tatbestands voraus.⁷⁰

Nach der Individualmoral fragt das Gesetz demgegenüber mit normativen Merkmalen des Tatbestands oder dem Rechtsbewusstsein im Rahmen der Schuld. *Normative Tatbestandsmerkmale* sind nicht tatsächlicher, beschreibender, sondern rechtlicher, wertender Art. Der Vorsatz erfordert allgemein, dass sich das äußere Bild der Handlung vollständig im Inneren des Handelnden widerspiegelt. Bei dem Handelnden bedeutet das Kennen tatsächlicher Verhältnisse, die der Richter rechtlich in bestimmter Weise wertet, noch nicht das Kennen des Tatumstands. Zum Vorsatz gehört hier vielmehr auch die dem Gesetz entsprechende Wertung nach dem persönlichen Wertungshorizont, das heißt eine "Parallelwertung in der Laiensphäre". Fehlt sie, so kann ein Täter nach § 16 Abs. 1 S. 1 StGB aufgrund Irrtums über Tatumstände nicht wegen vorsätzlicher Tat bestraft werden.⁷¹ Beispiele für normative Tatbestandsmerkmale sind die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils bei der Erpressung nach § 253 Abs. 1 StGB⁷² sowie die Pflichtverletzung und die Nachteilszufügung bei der Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB⁷³. Mit der *Schuld* wird dem auf freie sittliche Selbstbestimmung angelegten verantwortlichen Menschen vorgeworfen, sich unrechtmäßig verhalten zu haben, obwohl er sich rechtmäßig hätte verhalten können. Dies setzt nach § 19 StGB sittliche Reife, nach den §§ 20, 21 StGB die nicht durch krankhafte Störungen getrübe Einsichtsfähigkeit sowie die Kenntnis von Recht und Unrecht voraus. Das Rechtsbewusstsein verlangt allerdings nicht die Kenntnis der rechtlichen Norm.⁷⁴ Auch hier muss der Handelnde vielmehr zwar nicht in rechtstechnischer Beurteilung, aber doch in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung⁷⁵ das Unrechtmäßige erkennen oder bei gehöriger Gewissensanspannung erkennen können. Ist ein dabei auftretender Verbotsirrtum unvermeidbar, so handelt der Täter nach § 17 S. 1 StGB ohne Schuld.⁷⁶ Gesetzliche Vorschriften, die nicht auf allgemeinen

⁶⁹BGH, NJW 1953, S. 475; *BVerfG*, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52, Rdnr. 167; *Sack*, GRUR 1970, S. 496, 501; *Sack*, NJW 1985, S. 768; *BGH*, Urteil vom 11. Dezember 2003 – 3 StR 120/03, Rdnr. 16. Dabei handelt es sich natürlich um eine Fiktion, denn ein Richter wird bestehende Moralüberzeugungen nicht durch Beweisaufnahme feststellen, sondern sich selbst als billig und gerecht denkend begreifen. Die moralischen Anschauungen einer herrschenden Gruppe werden so innerhalb der ihr unterworfenen Bevölkerung zur positiven Rechtsordnung (*Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 70–71; *Würtenberger*, NJW 1986, S. 2282).

⁷⁰BGH, Urteil vom 27. August 1974 – 1 StR 110/74, Rdnr. 12; *Sack*, NJW 1985, S. 768.

⁷¹BGH, NJW 1953, S. 113; *BGH*, Urteil vom 29. August 2007 – 5 StR 103/07, Rdnr. 42; *BGH*, Urteil vom 3. April 2008 – 3 StR 394/07, Rdnr. 34; siehe aber auch *Feiler*, *Subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht*, S. 167, 169–172.

⁷²BGH, Beschluss vom 25. Mai 1983 – 2 StR 29/83, Rdnr. 4; *BGH*, Beschluss vom 26. September 1990 – 2 StR 377/90, Rdnr. 3; *BGH*, Urteil vom 16. Dezember 1997 – 1 StR 456/97, Rdnr. 8; *BGH*, Beschluss vom 26. Februar 1998 – 4 StR 54/98, Rdnr. 9; *BGH*, Beschluss vom 17. Juni 1999 – 4 StR 12/99, Rdnr. 4; *BGH*, Beschluss vom 21. Februar 2002 – 4 StR 578/01, Rdnr. 5; *BGH*, Urteil vom 7. August 2003 – 3 StR 137/03, Rdnr. 16.

⁷³BGH, Urteil vom 29. August 2007 – 5 StR 103/07, Rdnr. 42.

⁷⁴BGH, Beschluss vom 18. März 1952 – GSSt 2/51, Rdnr. 15–16; *Pichler*, *Rechtsakzeptanz und Handlungsorientierung*, S. 36; *Raiser*, *Rechtsgefühl, Rechtsbewußtsein, Rechtskenntnis, Rechtsakzeptanz*, S. 117.

⁷⁵BGH, Beschluss vom 18. März 1952 – GSSt 2/51, Rdnr. 15–16; *Würtenberger*, NJW 1986, S. 2282; *BGH*, Urteil vom 3. April 2008 – 3 StR 394/07, Rdnr. 34.

⁷⁶BGH, Beschluss vom 18. März 1952 – GSSt 2/51, Rdnr. 15–16.

sittlichen Anschauungen, sondern auf Erwägungen rein sozialer oder staatlicher Zweckmäßigkeit beruhen, bieten der Möglichkeit des Verbotsirrtums ein weites Feld.⁷⁷ Ein für unsere Zwecke besonders interessanter derartiger Entschuldigungsgrund⁷⁸ ist das Handeln auf Befehl oder Anordnung nach § 5 Abs. 1 WStG, § 7 Abs. 2 S. 2 UZwG und § 3 VStGB mit dem darin verwendeten Begriff der *offensichtlichen Rechtswidrigkeit*. § 5 Abs. 1 WStG lautet wie folgt:

”Begeht ein Untergebener eine rechtswidrige Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, auf Befehl, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt, dass es sich um eine rechtswidrige Tat handelt oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist.“

Offensichtlichkeit liegt danach nur dann vor, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat jenseits aller Zweifel derart auf der Hand liegt, dass sie für einen durchschnittlichen Untergebenen mit dem Informationsstand des jeweils Handelnden ohne weiteres Nachdenken und ohne weitere Erkundigungen einsichtig ist.⁷⁹ Das Töten eines unbewaffneten Grenzverletzers durch Dauerfeuer sei beispielsweise ein derart schreckliches und jeder vernünftigen Rechtfertigung entzogenes Tun, dass der Verstoß gegen das elementare Tötungsverbot auch für einen indoktrinierten Menschen ohne Weiteres einsichtig, also offensichtlich sei.⁸⁰ Dem entspreche es, dass die große Mehrheit der Bevölkerung in der Deutschen Demokratischen Republik die Anwendung von Schusswaffen an der Grenze missbilligt habe.⁸¹ Der Bundesgerichtshof schloss damit unter Berücksichtigung sittlicher Anschauungen vom extremen Charakter des Unrechts auf seine Evidenz für jedermann.⁸² Das Bundesverfassungsgericht hält es demgegenüber unter dem Schuldgrundsatz für unhaltbar, die Offensichtlichkeit des Strafrechtsverstoßes allein mit dem *objektiven Vorliegen* eines schweren Menschenrechtsverstoßes zu begründen. Vielmehr müsse näher dargelegt werden, warum der *einzelne Untergebene* angesichts seiner Erziehung, der Indoktrination und der sonstigen Umstände in der Lage gewesen sei, den Strafrechtsverstoß zweifelsfrei zu erkennen.⁸³ Der – bereits in dem Abstellen auf den durchschnittlichen Untergebenen mit dem Informationsstand des jeweils Handelnden angelegten – Vermischung von objektiver und subjektiver Ebene ist damit ein Riegel vorgeschoben.⁸⁴

Ausgehend davon lässt sich Folgendes feststellen: Der Begriff der offensichtlichen Rechtswidrigkeit nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG beschreibt nichts empi-

⁷⁷BGH, Beschluss vom 18. März 1952 – GSSSt 2/51, Rdnr. 19, 20; *Württemberg*, NJW 1986, S. 2284.

⁷⁸*Amelung*, NStZ 1995, S. 30; *BVerfG*, Beschluss vom 24. Oktober 1996 – 2 BvR 1851/94, Rdnr. 160; *Ambos*, NStZ 1997, S. 492.

⁷⁹BGH, Urteil vom 3. Januar 1964 – 4 StR 514/63, Rdnr. 22, 25; *BGH*, Urteil vom 3. November 1992 – 5 StR 370/92, Rdnr. 79; *BGH*, Urteil vom 25. März 1993 – 5 StR 418/92, Rdnr. 53; *BGH*, Urteil vom 8. Juni 1993 – 5 StR 88/93, Rdnr. 14; *BGH*, Urteil vom 15. Februar 1995 – 2 StR 513/94, Rdnr. 10; *BGH*, Urteil vom 24. April 1996 – 5 StR 322/95, Rdnr. 29; *BGH*, Urteil vom 1. Dezember 2000 – 2 StR 329/00, Rdnr. 20, 21; *BGH*, Urteil vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08, Rdnr. 47; vergleiche *Amelung*, NStZ 1995, S. 30; *BVerfG*, Beschluss vom 24. Oktober 1996 – 2 BvR 1851/94, Rdnr. 160; *Ambos*, NStZ 1997, S. 492.

⁸⁰BGH, Urteil vom 3. November 1992 – 5 StR 370/92, Rdnr. 81; *BGH*, Urteil vom 26. Juli 1994 – 5 StR 167/94, Rdnr. 30; *BGH*, Urteil vom 1. Dezember 2000 – 2 StR 337/00, Rdnr. 10.

⁸¹BGH, Urteil vom 3. November 1992 – 5 StR 370/92, Rdnr. 81.

⁸²*Bartmann*, NZWehrR 2000, S. 247.

⁸³*BVerfG*, Beschluss vom 24. Oktober 1996 – 2 BvR 1851/94, Rdnr. 161.

⁸⁴*Ambos*, NStZ 1997, S. 492.

risch Feststellbares⁸⁵, also weder einen tatsächlichen Umstand noch eine Norm der Sozialmoral. Er ist nicht beschreibender, sondern wertender Art. Während der Begriff in § 5 Abs. 1 WStG ausdrücklich die Schuldebene anspricht, gehört er in § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG zum Tatbestand. Es handelt sich also um ein normatives Tatbestandsmerkmal, das beim Normadressaten eine dem Gesetz entsprechende Wertung nach dem persönlichen Wertungshorizont voraussetzt.⁸⁶ Maßstab der Norm ist mithin tatsächlich die Individualmoral, womit aber noch nicht gesagt ist, jeder könne tun und lassen, was er will. Versagt diese Individualmoral, ist also bereits der Tatbestand nicht verwirklicht, so scheiden nicht nur Ansprüche auf Schadensersatz nach den §§ 97, 16, 53 Abs. 1 S. 1 UrhG, sondern auch Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung, Vernichtung, Rückruf und Überlassung nach den §§ 97 Abs. 1, 98, 16, 53 Abs. 1 S. 1 UrhG aus. All diese Ansprüche erhalten nämlich bereits durch § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG – und nicht wie beim Schadensersatz erst durch § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG – ein subjektives Tatbestandselement. Das dem Zivilrecht mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch seit seinem Inkrafttreten am 1. Januar 1900 aufgrund damals herrschender Ansichten bis heute zugrunde gelegte Dogma, dass der Vorsatz eine Schuldform sei, wird an dieser Stelle also durchbrochen. Die durchzuführende Wertung wird wie bei § 5 Abs. 1 WStG durch den Bildungs- und Kenntnisstand des jeweiligen Nutzers geleitet. Prüfpflichten treffen ihn nicht.⁸⁷ Es muss für diesen jenseits aller Zweifel ohne weiteres Nachdenken und ohne weitere Erkundigungen auf der Hand liegen, dass die Vorlage rechtswidrig hergestellt oder öffentlich zugänglich gemacht ist.

5 Normalität der Privatkopie

In digitaler Form vorliegende Werke werden nach statistischen Erhebungen⁸⁸ täglich von Millionen von Menschen über Tauschbörsen vervielfältigt.⁸⁹ Die in der Tabelle (siehe Abbildung 1 auf der nächsten Seite) gebrauchte Kennzahl der Reichweite (R) bezeichnet die Anzahl der Internetnutzer der deutschen Wohnbevölkerung ab 14 Jahren. Die Kennzahl der Personen (P) benennt die Anzahl derjenigen, die Musik oder Filme über das Internet herunterladen (ohne die undurchführbare Unterscheidung zwischen "rechtmäßig" und "rechtswidrig"). Die Kennzahl der Dateien stellt die Anzahl der Vervielfältigungen dar.⁹⁰ Alle sind jeweils absolut und relativ zur Wohnbevölkerung (B) beziehungsweise als

⁸⁵Zu diesem Abgrenzungskriterium *Riehm*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, S. 14.

⁸⁶So mit geringerem Anlauf auch *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, S. 298; *Brinkel*, Filesharing, S. 145–146; *Hoffmann*, WRP 2006, S. 57; *Reinbacher*, GRUR 2008, S. 400; *Staudacher*, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, S. 151.

⁸⁷*Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 26.

⁸⁸Die Angaben zu den Internetnutzern stammen von der Statista GmbH ([URL: http://de.statista.com/statistik/daten/studie/13070/](http://de.statista.com/statistik/daten/studie/13070/)); [URL: http://de.statista.com/statistik/daten/studie/160669/](http://de.statista.com/statistik/daten/studie/160669/)), die zu den Vervielfältigungen von der GfK SE ([URL: http://www.musikindustrie.de/studien/](http://www.musikindustrie.de/studien/)).

⁸⁹*Peukert*, Why do "good people" disregard copyright on the internet?, S. 14.

⁹⁰Die letzten beiden Kennzahlen wurden für Musik im ganzen Jahr und für Filme für einige Monate ermittelt. Die Anzahl der Personen, die Filme heruntergeladen haben, und der Filme habe ich auf das ganze Jahr ohne Dynamik hochgerechnet, um die Vergleichbarkeit zu gewährleisten. Dabei habe ich auch die Personen einbezogen, weil sich sonst das unerklärliche Ergebnis ergeben hätte, dass plötzlich nur noch die Hälfte der Personen die doppelte Anzahl der Filme heruntergeladen hätte. Die prozentualen und durchschnittlichen Angaben habe ich jeweils anhand der absoluten Zahlen korrigiert. Insoweit wurden anscheinend teilweise Zahlen mit Rundungsfehlern und sonstigen Verfälschungen mitgeteilt.

		Reichw. (Mio.)	% _B	Personen (Mio.)	% _B	% _R	Dateien (Mio.)	Ø _P
Musik	2000	14,4	22,6	4,1	6,5	28,5	316,0	77,1
	2001	23,5	37,0	4,9	7,7	20,9	492,0	100,4
	2002	26,5	41,7	6,4	10,1	24,2	622,0	97,2
	2003	31,9	50,1	7,3	11,5	22,9	602,0	82,5
	2004	33,6	52,7	7,3	11,4	21,7	475,0	65,0
	2005	35,3	55,1	8,2	12,8	23,2	512,0	62,4
	2006	37,3	58,2	9,4	14,7	25,2	465,0	49,5
	2007	38,5	60,2	9,3	14,5	24,2	407,0	43,7
	2008	41,7	65,1	10,4	16,3	24,9	414,0	39,8
	2009	44,1	69,1	12,0	18,8	27,2	369,0	30,8
2010	45,9	72,0	10,7	16,8	23,3	414,0	38,7	
Filme	2002	30,2	47,5	2,4	3,8	8,0	15,5	6,5
	2003	31,9	50,1	3,0	4,7	9,4	20,0	6,7
	2004	33,6	52,7	2,6	4,1	7,7	20,6	7,9
	2005	35,3	55,1	3,4	5,3	9,6	23,8	7,0
	2010	45,9	72,0	3,2	5,0	7,0	65,0	20,3

Abbildung 1: Digitale Vervielfältigungen von Musik und Filmen in Deutschland

Durchschnitt pro Person angegeben. In dem von uns untersuchten Zusammenhang ist nun das Verhältnis der Personen zur Reichweite (siehe [Abbildung 2 auf der nächsten Seite](#)) entscheidend. Danach schwankt der Anteil bei Musik lediglich zwischen 20,9 und 28,5 % und liegt durchschnittlich bei 24,2 %. Bei Filmen ergibt sich eine noch geringere Bandbreite zwischen 7,0 und 9,6 %, durchschnittlich 8,3 %. Beide Anteile blieben damit über Jahre relativ konstant! Es scheint also normal zu sein, dass von den Internetnutzern ein Viertel Musik und ein Zwölftel Filme heruntergeladen. Der Rechtsstab⁹¹ geht dabei ohne Weiteres davon aus, praktisch alle relevanten Nutzerkreise schätzten das Herunterladen urheberrechtlich geschützter Werke gleichwohl als rechtlich und moralisch verboten ein.⁹² Die Wirklichkeit scheint von differenzierteren Vorstellungen und Erklärungen geprägt zu sein. Empirische Studien hätten gezeigt, die Nutzer deuteten ihr Verhalten mit Hilfe von Neutralisationstechniken als moralisch, um es sozial akzeptabel zu machen.⁹³ Zwischen dem Rechtsbewusstsein der Nutzer und dem Schutz der kleinen Münze bestehe ein Zusammenhang. Je häufiger das Urheberrecht für nicht mehr erkennbar eigenschöpferisch geprägte Leistungen missbraucht werde, desto weniger Anerkennung finde es.⁹⁴ Die Nutzer akzeptierten die Verwerter und deren Gewinnansprüche angesichts sinkender Kosten für Herstellung und Verteilung nicht als Rechtsgenossen.⁹⁵ Logisch begründbare⁹⁶ oder statistisch messbare⁹⁷ Schäden würden durch ihr Vorgehen ohnehin nicht verursacht. Immaterielles Eigentum sei kognitiv nicht auf

⁹¹ Beispielsweise *OLG Hamburg*, Beschluss vom 13. September 2006 – 5 U 161/05, Rdnr. 6.

⁹² *Kuhlen*, Wem gehört das Wissen?, S. 9; *Kuhlen*, Digitales Urheberrecht, S. 11.

⁹³ *Rau*, Phänomenologie und Bekämpfung von "Cyberpiraterie", S. 83–85, 235; *Peukert*, Why do "good people" disregard copyright on the internet?, S. 16–17.

⁹⁴ *Schweikart*, Die Interessenlage im Urheberrecht, S. 131, 135.

⁹⁵ Vergleiche *Braun*, JuS 1994, S. 730; *Kuhlen*, Digitales Urheberrecht, S. 11.

⁹⁶ *AG Offenburg*, Beschluss vom 20. Juli 2007 – 4 Gs 442/07, Rdnr. 41.

⁹⁷ *Oberholzer-Gee/Strumpf*, The Effect of File Sharing on Record Sales, S. 38–39.

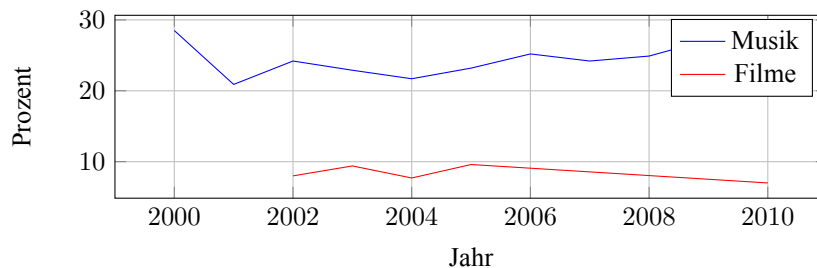


Abbildung 2: Verhältnis der Personen zur Reichweite

dieselbe Weise wie materielles Eigentum präsent. Geistige Werke seien mental eher mit Ansehen und Anerkennung als mit Eigentumseigenschaften verbunden. Urheberrecht erführe deshalb durch unsere Begriffe von Richtig und Falsch wenig Unterstützung.⁹⁸ Normalität und Normativität liegen jedenfalls eng beieinander.⁹⁹ Die soziale Wirkung des Rechts lässt sich auf Dauer durch Sanktionen und Zwang allein nicht erreichen. Erforderlich ist vielmehr, dass eine Rechtsnorm überwiegend freiwillig befolgt wird. Hierzu muss sie von den Moralüberzeugungen der ganz überwiegenden Mehrheit der Normadressaten getragen werden.¹⁰⁰ Welche Erwartungen stellt nun eigentlich der Gesetzgeber des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG an die als maßgeblich erkannte Individualmoral der Normadressaten?

Das Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965¹⁰¹ brachte mit § 53 Abs. 1 UrhG eine Vorschrift, wonach es "[z]ulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werks zum persönlichen Gebrauch herzustellen". Sie blieb vom 1. Januar 1966, seit dem 1. Juli 1985 als § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG,¹⁰² bis zum 12. September 2003 unverändert in Kraft. Ausweislich der Gesetzesbegründung wurde dieser Vorschrift der auch im Bewusstsein der Allgemeinheit stark verwurzelte Gedanke zugrunde gelegt, dass der private Bereich von Ansprüchen des Urhebers freibleiben müsse.¹⁰³ Ein Verbot der privaten Vervielfältigung könne in der Praxis nicht durchgesetzt werden. Wirksame Kontrollen seien nur bei Durchsuchung der Wohnung eines jeden einzelnen Bürgers möglich, womit jedoch unverhältnismäßig in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG eingegriffen werde. Übertretungen würden daher nur durch Zufall oder durch Denunziation bekannt. Daher sei ein Verbot unter diesen Umständen rechtspolitisch bedenklich.¹⁰⁴

Am 16. August 2002 legte die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vor, den sie am 6. November 2002 in den Deutschen Bundestag einbrachte. Für § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG war danach folgende Fassung vorgesehen:¹⁰⁵

⁹⁸ Goodenough/Decker, Why do good people steal intellectual property?, S. 9–10, 11–15, 18; Peukert, Why do "good people" disregard copyright on the internet?, S. 19–20.

⁹⁹ Peukert, Why do "good people" disregard copyright on the internet?, S. 14.

¹⁰⁰ Kuhlen, Digitales Urheberrecht, S. 11; de Maizièrè, NJ 2003, S. 281.

¹⁰¹ Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 9. September 1965, Bundesgesetzblatt 1965 Teil I Nr. 51 vom 16. September 1965 S. 1273–1293.

¹⁰² Gesetz zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des Urheberrechts vom 24. Juni 1985, Bundesgesetzblatt 1985 Teil I Nr. 33 vom 27. Juni 1985 S. 1137–1143.

¹⁰³ Deutscher Bundestag, Drucksache 4/270, Abschnitt A II 5 e.

¹⁰⁴ Deutscher Bundestag, Drucksache 4/270, Abschnitt B I 6, zu § 54.

¹⁰⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 15/38, S. 7.

”Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen.“

Damit sollte, angelehnt an die Formulierung des Art. 5 Abs. 2 Buchst. b Richtlinie 2001/29/EG, vor allem klargestellt werden, dass auch digitale Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch zulässig sind.¹⁰⁶ Der Bundesrat verlangte dazu in seiner Stellungnahme vom 27. September 2002, darüber hinaus klarzustellen, dass Vervielfältigungen nur zulässig sind, wenn sie von Originalen oder zulässigen Kopien erfolgen.¹⁰⁷ Die Bundesregierung lehnte dies in ihrer Gegenäußerung vom 6. November 2002 mit der Begründung ab, beim Erlass von Rechtsnormen sei auf deren Befolgung durch den Normadressaten zu achten. Dies sei bei einer derartigen Einschränkung zweifelhaft. Die Rechtmäßigkeit von digitalen Vorlagen könne nicht beurteilt werden, weil bei im Internet angebotenen Dateien und häufig auch bei Datenträgern Anhaltspunkte für ihre Herkunft fehlten. Die geforderte Einschränkung laufe *de facto* auf ein Verbot von Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch hinaus. Der Gesetzgeber habe die Durchsetzung eines solchen Verbots bereits 1965 im analogen Bereich für unmöglich gehalten. Dies gelte auch im digitalen Bereich. Ein solches Verbot ignoriere die soziale Realität und untergrabe die Autorität und Glaubwürdigkeit der Rechtsordnung.¹⁰⁸ Die Fraktionen CDU/CSU und FDP hielten im Rechtsausschuss mit entsprechenden Änderungsanträgen¹⁰⁹ an der bereits vom Bundesrat geforderten Einschränkung fest. Die Bundesregierung kapitulierte mit ihrer Position vor dem massenhaften geistigen Diebstahl.¹¹⁰ Die digitale Technologie ermögliche es, den Rechteinhabern die Herrschaft über ihre Werke zurückzugeben.¹¹¹ Die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Fassung des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG wurde indessen unverändert in den Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestags vom 11. April 2003 übernommen, weil die Änderungsanträge nicht mehrheitsfähig waren.¹¹² Der Bundesrat beschloss daraufhin am 23. Mai 2003, den Vermittlungsausschuss mit dem Ziel einzuberufen, in die vom Deutschen Bundestag beschlossene Fassung des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG nach den Wörtern “Erwerbszwecken dienen” die Wörter “und zur Vervielfältigung eine rechtmäßig hergestellte Vorlage verwendet wird” einzufügen.¹¹³ Zur Begründung wurde angeführt, die rechtmäßig hergestellte Vorlage sei nach überwiegender Auffassung¹¹⁴ schon im geltenden Recht ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal für die Zulässigkeit der Privatkopie. Die Rechtmäßigkeit der Vorlage erschließe sich regelmäßig aus ihrer Beschaffenheit beziehungsweise aus den Umständen ihrer Zuverfügungstellung, etwa im Internet.¹¹⁵ Der Vermittlungsausschuss¹¹⁶ beschloss sodann am 2. Juli 2003 kommentarlos nur noch die Empfehlung, an die vom Deutschen Bundestag beschlossene Fassung des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG

¹⁰⁶ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/38, S. 20.

¹⁰⁷ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/38, S. 35, 37.

¹⁰⁸ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/38, S. 39, 41.

¹⁰⁹ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/837, S. 27, 30.

¹¹⁰ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/837, S. 27.

¹¹¹ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/837, S. 30.

¹¹² *Bundesrat*, Drucksache 271/03, S. 6.

¹¹³ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/1066, S. 1.

¹¹⁴ Siehe nur *KG Berlin*, GRUR 1992, S. 169.

¹¹⁵ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/1066, S. 2.

¹¹⁶ Einer der Berichterstatter war der oben (siehe Fußnote 100 auf der vorherigen Seite) zitierte *Thomas de Maizière*.

die Wörter "soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage verwendet wird" anzufügen.¹¹⁷ Diese Empfehlung nahm der Deutsche Bundestag am 3. Juli 2003 an.¹¹⁸ Nachdem der Bundesrat dagegen am 11. Juli 2003 keinen Einspruch einlegte,¹¹⁹ wurde diese Fassung am 12. September 2003 im Bundesgesetzblatt verkündet und trat am Tag danach in Kraft.¹²⁰

Nach dem von der Bundesregierung am 15. Juni 2006 in den Deutschen Bundestag eingebrachten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft war vorgesehen, in § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG nach dem Wort "hergestellte" die Wörter "oder öffentlich zugänglich gemachte" einzufügen.¹²¹ Damit sollte lediglich eine bereits bestehende gesetzgeberische Absicht klargestellt werden.¹²² Weitere Einschränkungen seien nicht angezeigt.¹²³ Auch in diesem Zusammenhang wurde betont, dass eine Regelung, welche nur die analoge Privatkopie zuließe, praktisch kaum durchsetzbar und den Nutzern nicht zu vermitteln sei.¹²⁴ Es dürfe allerdings nicht sein, dass ein kostenloser Genuss von geistigem Eigentum für den Nutzer zur Regel werde. Es gelte vielmehr, auch durch die Regelung der Privatkopie zu verdeutlichen, dass geistiges Eigentum – wie Sacheigentum – seinen Preis habe. Auf einen entsprechenden gesellschaftlichen Konsens sei gerade Deutschland als rohstoffarmes Land angewiesen.¹²⁵ Diese Änderung wurde am 31. Oktober 2007 im Bundesgesetzblatt verkündet und trat am 1. Januar 2008 in Kraft.¹²⁶

§ 53 Abs. 1 S. 1 UrhG trägt damit seit jeher der Tatsache Rechnung, dass ein Verbot von Vervielfältigungen im privaten Bereich praktisch kaum durchsetzbar ist.¹²⁷ Das vom Bundesgerichtshof behauptete Naturrecht eines geistigen Eigentums, das durch die positive Gesetzgebung nur seine Anerkennung und Ausgestaltung finde,¹²⁸ wird an dieser Stelle vom Gesetzgeber im Rechtsbewusstsein der Nutzer also nicht vorausgesetzt. Indem der Gesetzgeber gleichwohl die Individualmoral zum Maßstab macht, damit also keine bestimmten Werte verlangt¹²⁹ und nur deren allmähliche Entwicklung erwartet¹³⁰, scheint er auf ein autonomes und aufgeklärtes Normverhalten der Netzbürger zu setzen.¹³¹ Das mangels allgemeinverbindlichen Entscheidungsmaßstabs erfolgende Verzicht auf Normierung und das Überlassen an die freie Gewissensentscheidung des Einzelnen wird auch *rechtsfreier Raum* genannt.¹³² Nichts anderes etabliert der Begriff der offensichtlichen Rechtswidrigkeit nach § 53 Abs. 1

¹¹⁷ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 15/1353, S. 1.

¹¹⁸ *Bundesrat*, Drucksache 445/03, S. 1.

¹¹⁹ *Bundesrat*, Drucksache 445/03 (Beschluss), S. 1.

¹²⁰ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10. September 2003, Bundesgesetzblatt Teil I 2003 Nr. 46 vom 12. September 2003 S. 1774–1788.

¹²¹ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 6.

¹²² *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 18, 26.

¹²³ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 26.

¹²⁴ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 19, 20.

¹²⁵ *Deutscher Bundestag*, Drucksache 16/1828, S. 20.

¹²⁶ Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26. Oktober 2007, Bundesgesetzblatt Teil I 2007 Nr. 54 vom 31. Oktober 2007 S. 2513–2522.

¹²⁷ *BGH*, Urteil vom 16. Januar 1997 – I ZR 9/95 – CB-infobank I, Rdnr. 48.

¹²⁸ *BGH*, NJW 1955, S. 1278; *BGH*, Urteil vom 12. Dezember 1991 – I ZR 210/89 – Altenwohnheim II, Rdnr. 16.

¹²⁹ *BGH*, Beschluss vom 17. Februar 1954 – GSSt 3/53, Rdnr. 8–9; *Sack*, GRUR 1970, S. 496; *Sack*, NJW 1985, S. 767.

¹³⁰ Vergleiche *BVerfG*, Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07, Rdnr. 100 (*Hassemer*, abweichend).

¹³¹ Anknüpfend an eine gegenteilige Feststellung bei *Kuhlen*, Digitales Urheberrecht, S. 11.

¹³² *Kaufmann*, Festschrift für Schneider, S. 173.

S. 1 UrhG. Derzeit wird dieser rechtsfreie Raum durch die autonome Moral von Millionen miteinander vernetzter Nutzer eingenommen. Durch das von ihnen artikulierte Bedürfnis wird das Recht in ihrem Sinn fortentwickelt. Wer tauscht, setzt und hat somit Recht.

6 Zusammenfassung

Besondere Auslegungsgrundsätze sind bei § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG nicht zu berücksichtigen. Die Vorschrift ist entgegen herkömmlicher Auffassung nicht eng, sondern wie jede andere auch auszulegen. Die an den Begriff der offensichtlichen Rechtswidrigkeit gestellte Erwartung, die Praxis werde damit zu recht kommen, hat sich nicht erfüllt. Eine Rechtsprechung hat sich dazu bislang nicht entwickelt. In der Literatur hat sich dagegen wie erwartet eine Diskussion entsponnen, die jedoch angesichts der nahezu rechtsphilosophischen Tiefe des Begriffs erstaunlich seicht blieb. Ich habe mir deshalb gestattet, auf einige rechtsdogmatische Konzepte hinzuweisen, die sich für eine Einordnung des Begriffs eignen. Übereinstimmend mit anderen Autoren konnte so gezeigt werden, dass es sich bei der offensichtlichen Rechtswidrigkeit um ein normatives Tatbestandsmerkmal handelt. Die daraus zu ziehenden Folgerungen liegen aufgrund der erst hier geleisteten Vorarbeit auf der Hand. Der mit dem Begriff vorgegebene Maßstab enthält starke subjektive Elemente. Angesprochen ist die Individualmoral des jeweiligen Nutzers. Dabei war sich der Gesetzgeber aber bewusst, die nicht nur in Subkulturen, sondern in breiten Teilen der Bevölkerung als normal empfundenen Verhaltensweisen nicht erfolgreich verbieten zu können. Er setzte deshalb auf eine offene, von den Nutzern selbst auszufüllende Norm. Das dürfte ein in der deutschen Rechtsordnung beispielloses Experiment sein. Derzeit kann das Vervielfältigen eines Werks zum privaten Gebrauch über Tauschbörsen, verstanden als Herunterladen, nicht als rechtswidrig bezeichnet werden. Irgendwer muss das betreffende Werk dabei aber als Kehrseite der Medaille auch nach den §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1, 53 Abs. 6 S. 1 UrhG im Sinn eines Hinaufladens verbotenerweise verbreiten und öffentlich wiedergeben. Der Gesetzgeber verhält sich widersprüchlich, wenn er das Tauschen auf der einen Seite erlaubt und auf der anderen verbietet. Die Nutzer ignorieren dieses widersprüchliche Verhalten vermutlich mit einer gewissen Berechtigung.

Literatur

- Ambos, Kai:** Zur Strafbarkeit von Todesschüssen an der innerdeutschen Grenze. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17. Dezember 1996 – 5 StR 137/96. *NStZ*, 1997, S. 492–493.
- Amelung, Knut:** Todessschüsse an der Mauer im Februar 1972. Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26. Juli 1994 – 5 StR 167/94. *NStZ*, 1995, S. 29–30.
- Bartmann, Martin:** Strafbar trotz verbindlicher Weisung – benachteiligt die Rechtsprechung des BGH den gehorsamen Soldaten? *NZWehrR*, 2000, S. 244–250.
- Becker, Bernhard von:** Parodiefreiheit und Güterabwägung. Das “Gies-Adler”-Urteil des BGH. *GRUR*, 2004, S. 104–109.
- Berger, Christian:** Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit. *ZUM*, 2004, S. 257–266.
- Braun, Johann:** Recht und Moral im pluralistischen Staat. *JuS*, 1994, S. 727–732.

- Brinkel, Guido:** Filesharing. Verantwortlichkeit in Peer-to-Peer-Tauschplattformen. Tübingen, 2006.
- Busch, Thomas:** Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten. GRUR, 2011, S. 496—503.
- Czychowski, Christian:** Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – Ein Über- und ein Ausblick. NJW, 2003, S. 2409—2412.
- Diesbach, Martin:** Rechtliche Möglichkeiten eines Piraterieschutzes für Filme. ZUM, 2006, S. 690—696.
- Engi, Lorenz:** Recht und Moral. Herkunft und Aktualität einer Unterscheidung. SJZ, 101 [2005], S. 565—572.
- Fangerow, Kathleen/Schulz, Daniela:** Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to. Eine urheberrechtliche Analyse des Film-Streamings im Internet. GRUR, 2010, S. 677—682.
- Feiler, Harald:** Subjektive Zurechnung im Markenstrafrecht. Göttingen, 2011 (URL: http://goedoc.uni-goettingen.de/goesolar/bitstream/handle/1/6980/GSK19_Feiler.pdf).
- Freiwald, Sven:** Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing. Baden-Baden, 2004.
- Fuchs, Thomas:** Raubkopieren ist doch gar nicht strafbar. (URL: <http://blog.delegibus.com/182>).
- Gercke, Marco:** Tauschbörsen und das Urheberstrafrecht. Ein Überblick über die strafrechtliche Bewertung der Tauschbörsennutzung unter Berücksichtigung der Änderungen durch den "Zweiten Korb" der Urheberrechtsreform. ZUM, 2007, S. 791—800.
- Goodenough, Oliver/Decker, Gregory:** Why do good people steal intellectual property? The Berkeley Electronic Press (URL: <http://www.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=giwp>).
- Gutmann, Daniel:** Abruf von unbekanntem und offensichtlich urheberrechtlich unrechtmäßigen Werken im Internet. MMR, 2003, S. 706—709.
- Hegmanns, Michael:** Musiktauschbörsen im Internet aus strafrechtlicher Sicht. MMR, 2004, S. 14—18.
- Heinrich, Bernd:** Aktuelle Probleme des Internetstrafrechts. HFR, 2006, S. 125—137 (URL: <http://www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/11-2006/index.html>).
- Hilgendorf, Eric:** Recht durch Unrecht? Interkulturelle Perspektiven. JuS, 2008, S. 761—767.
- Hoffmann, Jochen:** Die Auslegung des Begriffs der "offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage" in § 53 Abs. 1 UrhG. WRP, 2006, S. 55—61.
- Jani, Ole:** Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG. ZUM, 2003, S. 842—855.
- Jellinek, Georg:** Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe. 2. Auflage. Berlin, 1908 (URL: <http://www.archive.org/stream/diesozaethisc00jellgoog>).
- Kant, Immanuel:** Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. 1785 (URL: <http://www.korpora.org/Kant/aa04/>).
- Kant, Immanuel:** Die Metaphysik der Sitten. 1797 (URL: <http://www.korpora.org/Kant/aa06/>).
- Kaufmann, Arthur:** Zum Problem von Wertungswidersprüchen zwischen Recht und Moral. In: Kritik und Vertrauen. Festschrift für Peter Schneider zum 70. Geburtstag. Frankfurt am Main, 1990, S. 158—178.
- Kelsen, Hans:** Reine Rechtslehre. 2. Auflage. Wien, 1960.
- Kröger, Detlef:** Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen – wie lange noch? – Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken. MMR, 2002, S. 18—21.

- Kuhlen, Rainer:** Wissen als Eigentum? Wie kann der freie Zugang zu den Ressourcen des Wissens in globalen Informationsräumen gesichert werden? In: Wem gehört das Wissen? Geistiges Eigentum in Zeiten des Internet. Berlin, 2000, S. 7—19.
- Kuhlen, Rainer:** Über die Möglichkeit eines informationsethischen Diskurses. In: Digitales Urheberrecht. Zwischen "Information Sharing" und "Information Control" – Spielräume für das öffentliche Interesse an Wissen? Berlin, 2002, S. 8—12.
- Kühl, Kristian:** Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten. JA, 2009, S. 833—839 (URL: http://www.ja-aktuell.de/cms/website.php?id=/de/studium_referendariat/aufs/moral_und_sitten.htm).
- Lang, Alexander:** Filesharing und Strafrecht. Berlin, 2009.
- Lauber, Anne/Schwipps, Karsten:** Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft. GRUR, 2004, S. 293—300.
- Maizière, Thomas de:** Grenzen des Rechts. NJ, 2003, S. 281—286 (URL: http://www.neue-justiz.nomos.de/fileadmin/neue-justiz/doc/NJ_03_06_ganzes_Heft.pdf).
- Meschede, Thomas:** Verbliebener Anwendungsbereich der Privatkopierschranke auf Urheberrechtswerke als Grundlage für pauschale Urheberabgaben. K & R, 2008, S. 585—589.
- Oberholzer-Gee, Felix/Strumpf, Kolemman:** The Effect of File Sharing on Record Sales. An Empirical Analysis. (URL: http://digital.music.cornell.edu/files/political_economy_filesharing.pdf).
- Peukert, Alexander:** Why do "good people" disregard copyright on the internet? Social Science Research Network (URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1660319).
- Pichler, Johannes:** Rechtsakzeptanz und Handlungsorientierung. In: Rechtsakzeptanz und Handlungsorientierung. Wien, 1998, S. 23—44.
- Pichlmaier, Tobias:** Abschied von der Privatkopie? Von der Zukunft einer Institution. CR, 2003, S. 910—914.
- Pleister, Christian/Ruttig, Markus:** Neues Urheberrecht – neuer Kopierschutz – Anwendungsbereich und Durchsetzbarkeit des § 95a UrhG. MMR, 2003, S. 763—767.
- Raiser, Thomas:** Rechtsgefühl, Rechtsbewußtsein, Rechtskenntnis, Rechtsakzeptanz. Einige begriffliche und methodische Bemerkungen zu den Grundlagen der Akzeptanzforschung. In: Rechtsakzeptanz und Handlungsorientierung. Wien, 1998, S. 109—123.
- Rau, Lars:** Phänomenologie und Bekämpfung von "Cyberpiraterie". Eine kriminologische und kriminalpolitische Analyse. Göttingen, 2004 (URL: <http://geb.uni-giessen.de/geb/volltexte/2004/1819/pdf/RauLars-2004-07-13.pdf>).
- Reinbacher, Tobias:** Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen. GRUR, 2008, S. 394—401.
- Riehm, Thomas:** Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung. Argumentation – Beweis – Wertung. Dissertation, München, 2006, (URL: <http://www.triehm.de/Abwaegungsentscheidungen.pdf>).
- Rigamonti, Cyrill:** Eigengebrauch oder Hehlerei? – Zum Herunterladen von Musik- und Filmdateien aus dem Internet. GRURInt, 2004, S. 278—289.
- Röhl, Christoph/Bosch, Andreas:** Musiktaschbörsen im Internet. Eine rechtliche Bewertung aus aktuellem Anlass. NJW, 2008, S. 1415—1420.
- Sack, Rolf:** Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung. GRUR, 1970, S. 493—503.
- Sack, Rolf:** Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten. NJW, 1985, S. 761—769.
- Schwab, Dieter:** Sittlichkeit. Zum Aufstieg und Niedergang einer rechtlichen Kategorie. In: Festschrift für Gerd Kleinheyer zum 70. Geburtstag. Heidelberg, 2001, S. 493—522.

- Schweikart, Philipp:** Die Interessenlage im Urheberrecht. Dissertation, Zürich, 2004.
- Staudacher, Stefan-Frederick:** Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche. Norderstedt, 2008.
- Stickelbrock, Barbara:** Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter. GRUR, 2004, S. 736—743.
- Wesel, Uwe:** Recht und Gerechtigkeit. JA, 1992, S. 289—298.
- Würtenberger, Thomas:** Schwankungen und Wandlungen im Rechtsbewußtsein der Bevölkerung. NJW, 1986, S. 2281—2287.
- Zypries, Brigitte:** Das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft. Bestandsaufnahme und Überlegungen zum weiteren Regelungsbedarf. ZUM, 2003, S. 981—983.

Rechtsprechung

- BGH:** Beschluss vom 18. März 1952 – GSSSt 2/51. juris.
- BGH:** Urteil vom 28. Oktober 1952 – 1 StR 450/52. NJW, 1953, S. 113—114.
- BGH:** Urteil vom 29. Januar 1953 – 5 StR 408/52. NJW, 1953, S. 473—475.
- BGH:** Beschluss vom 17. Februar 1954 – GSSSt 3/53. juris.
- BGH:** Urteil vom 18. Mai 1955 – I ZR 8/54 – Grundig-Reporter. NJW, 1955, S. 1276—1280.
- BGH:** Urteil vom 14. Juli 1955 – 1 StR 172/55. NJW, 1955, S. 1287—1289.
- BVerfG:** Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550/52. juris.
- BSG:** Urteil vom 19. Dezember 1957 – 8 RV 317/55. juris.
- BSG:** Urteil 25. Mai 1960 – 11 RV 812/58. juris.
- BVerfG:** Beschluss vom 22. Juni 1960 – 2 BvR 125/60. juris.
- BGH:** Urteil vom 3. Januar 1964 – 4 StR 514/63. juris.
- BSG:** Urteil vom 6. Dezember 1966 – 9 RV 726/63. juris.
- BSG:** Urteil vom 28. April 1969 – 8 RV 809/58. juris.
- BVerfG:** Beschluss vom 7. Juli 1971 – 1 BvR 765/66. juris.
- BSG:** Urteil vom 16. März 1972 – 10 RV 162/70. juris.
- BGH:** Urteil vom 27. August 1974 – 1 StR 110/74. juris.
- OLG Hamburg:** Urteil vom 14. Juli 1976 – 3 U 6/76 (c). juris.
- BGH:** Beschluss vom 25. Mai 1983 – 2 StR 29/83. juris.
- BGH:** Beschluss vom 3. Oktober 1984 – VIII ARZ 2/84. juris.
- BVerfG:** Beschluss vom 13. Januar 1988 – 1 BvR 1548/82. juris.
- BVerfG:** Beschluss vom 11. Oktober 1988 – 1 BvR 777/85. juris.
- BGH:** Beschluss vom 26. September 1990 – 2 StR 377/90. juris.
- KG Berlin:** Urteil vom 5. März 1991 – 5 U 4433/91. GRUR, 1992, S. 168—169.
- BGH:** Urteil vom 6. Juni 1991 – I ZR 26/90 – Liedersammlung. juris.
- BSG:** Urteil vom 11. September 1991 – 9a RV 11/90. juris.
- BGH:** Urteil vom 12. Dezember 1991 – I ZR 210/89 – Altenwohnheim II. juris.
- BGH:** Urteil vom 3. November 1992 – 5 StR 370/92. juris.
- BGH:** Urteil vom 12. November 1992 – I ZR 194/90 – Katalogbild. juris.
- BGH:** Urteil vom 25. März 1993 – 5 StR 418/92. juris.
- BGH:** Urteil vom 8. Juni 1993 – 5 StR 88/93. juris.
- BGH:** Urteil vom 8. Juli 1993 – I ZR 124/91 – Verteileranlagen. juris.
- BGH:** Urteil vom 26. Juli 1994 – 5 StR 167/94. juris.
- BGH:** Urteil vom 15. Februar 1995 – 2 StR 513/94. juris.
- BSG:** Urteil vom 16. Mai 1995 – 9 RV 16/94. juris.
- BGH:** Urteil vom 24. April 1996 – 5 StR 322/95. juris.
- OLG München:** Urteil vom 23. Mai 1996 – 6 U 4192/95. juris.

BVerfG: Beschluss vom 24. Oktober 1996 – 2 BvR 1851/94. juris.

BGH: Urteil vom 16. Januar 1997 – I ZR 9/95 – CB-infobank I. juris.

OLG Hamburg: Urteil vom 25. September 1997 – 3 U 167/95. juris.

BGH: Urteil vom 16. Dezember 1997 – 1 StR 456/97. juris.

BGH: Beschluss vom 26. Februar 1998 – 4 StR 54/98. juris.

BGH: Urteil vom 10. Dezember 1998 – I ZR 100/96 – Elektronische Pressearchive. juris.

BGH: Urteil vom 25. Februar 1999 – I ZR 118/96 – Kopienversanddienst. juris.

BGH: Beschluss vom 17. Juni 1999 – 4 StR 12/99. juris.

BGH: Urteil vom 4. Mai 2000 – I ZR 256/97 – Parfumflakon. juris.

BVerfG: Beschluss vom 29. Juni 2000 – 1 BvR 825/98. juris.

OLG Hamburg: Urteil vom 12. Oktober 2000 – 3 U 119/00. juris.

BGH: Urteil vom 1. Dezember 2000 – 2 StR 329/00. juris.

BGH: Urteil vom 1. Dezember 2000 – 2 StR 337/00. juris.

BGH: Urteil vom 24. Januar 2002 – I ZR 102/99 – Verhüllter Reichstag. juris.

BGH: Beschluss vom 21. Februar 2002 – 4 StR 578/01. juris.

BGH: Urteil vom 11. Juli 2002 – I ZR 255/00 – Elektronischer Pressespiegel. juris.

DPMA München: Vorschlag vom 20. Dezember 2002 – Sch-Urh 3/00. juris.

BGH: Urteil vom 5. Juni 2003 – I ZR 192/00 – Hundertwasser-Haus. juris.

BGH: Urteil vom 7. August 2003 – 3 StR 137/03. juris.

BGH: Urteil vom 11. Dezember 2003 – 3 StR 120/03. juris.

DPMA München: Vorschlag vom 25. März 2004 – Sch-Urh 14/02. juris.

BGH: Urteil vom 27. Januar 2005 – I ZR 119/02 – WirtschaftsWoche. juris.

OLG Köln: Urteil vom 9. September 2005 – 6 U 90/05. juris.

OLG Hamburg: Beschluss vom 13. September 2006 – 5 U 161/05. juris.

OLG Dresden: Urteil vom 28. November 2006 – 14 U 1070/06. juris.

LG Köln: Urteil vom 28. Februar 2007 – 28 O 16/07. juris.

AG Offenburg: Beschluss vom 20. Juli 2007 – 4 Gs 442/07. juris.

BGH: Urteil vom 29. August 2007 – 5 StR 103/07. juris.

BVerfG: Beschluss vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07. juris.

BGH: Urteil vom 3. April 2008 – 3 StR 394/07. juris.

BGH: Urteil vom 14. Januar 2009 – 1 StR 158/08. juris.

OLG Frankfurt a. M.: Urteil vom 24. November 2009 – 11 U 40/09. juris.

LG Hamburg: Urteil vom 8. Oktober 2010 – 308 O 710/09. juris.

OLG Frankfurt a. M.: Beschluss vom 25. August 2011 – 11 W 29/11. juris.

Dokumente

Deutscher Bundestag: Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) vom 23. März 1962. Drucksache 4/270 vom 23. März 1962.

Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 15. Juni 1989. Drucksache 11/4792 vom 15. Juni 1989.

Deutscher Bundestag: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 16. August 2002. Drucksache 15/38 vom 6. November 2002, S. 5—34.

Deutscher Bundestag: Stellungnahme des Bundesrates vom 27. September 2002. Drucksache 15/38 vom 6. November 2002, S. 35—38.

Deutscher Bundestag: Gegenäußerung der Bundesregierung vom 6. November 2002. Drucksache 15/38 vom 6. November 2002, S. 39—42.

- Deutscher Bundestag:** Bericht der Abgeordneten Dirk Manzewski, Dr. Günter Krings, Jerzy Montag und Rainer Funke vom 9. April 2003. Drucksache 15/837 vom 9. April 2003, S. 25—37.
- Bundesrat:** Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages. Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 11. April 2003. Drucksache 271/03 vom 2. Mai 2003.
- Deutscher Bundestag:** Unterrichtung durch den Bundesrat. Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – Drucksachen 15/38, 15/837 –. Anrufung des Vermittlungsausschusses vom 23. Mai 2003. Drucksache 15/1066 vom 27. Mai 2003.
- Deutscher Bundestag:** Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zu dem Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft – Drucksachen 15/38, 15/837, 15/1066 – vom 2. Juli 2003. Drucksache 15/1353 vom 2. Juli 2003.
- Bundesrat:** Beschluss des Deutschen Bundestages. Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 3. Juli 2003. Drucksache 445/03 vom 4. Juli 2003.
- Bundesrat:** Beschluss des Bundesrates. Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 11. Juli 2003. Drucksache 445/03 (Beschluss) vom 11. Juli 2003.
- Deutscher Bundestag:** Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 7. April 2006. Drucksache 16/1828 vom 15. Juni 2006, S. 5—36.