

# Der private Gebrauch im Urheberstrafrecht bezogen auf das Vervielfältigen von Audio-CDs

Von Rechtsreferendar Dipl.-Jur. **Niclas-Frederic Weisser**, LL.M., Berlin/Osnabrück\*

*Trotz des Verlustes ihrer ehemaligen Vormachtstellung darf die Bedeutung von Musik-CDs weiterhin nicht unterschätzt werden. Allerdings ist bis heute nicht vollumfänglich geklärt, was unter der Privilegierung des privaten Gebrauchs zu verstehen ist und ob dieser auch die Umgehung von Kopierschutzsystemen mit umfasst. Besonders bzgl. des Umfangs des privaten Gebrauchs muss, entgegen der allgemeinen Meinung, ein numerischer Ansatz verfolgt werden.*

## I. Einleitung

Während die analogen Vervielfältigungsmöglichkeiten in den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts noch keine wirkliche Bedrohung für die Musikindustrie darstellten, wurde durch die Entwicklung der digitalen Medien eine bis dahin ungekannte Kopierfähigkeit geistigen Eigentums kreiert. Erstmals konnten Plagiate verlustfrei und nahezu von jedermann hergestellt werden.<sup>1</sup> In Folge dessen gingen bereits in den 90er Jahren die Verkaufszahlen der Musik-CDs in dramatischem Umfang zurück.<sup>2</sup> Mit Beginn des 21. Jahrhunderts nahm die ehemalige Bedeutung von CDs zugunsten von digital gespeicherten Musikdateien zunehmend ab. Nichtsdestotrotz darf die Menge an illegal verkauften Musik-CDs in Europa keineswegs unterschätzt werden, zumal die CD immer noch die einzige massentaugliche Möglichkeit des Erwerbs außerhalb des Internets bietet.

Das deutsche Urheberrecht ist darauf bedacht, die divergierenden Interessen des Eigentümers und des Nutzers des geistigen Eigentums<sup>3</sup> gegeneinander abzuwägen. Grundsätzlich ist eine Vervielfältigung des Werkes nur mit Zustimmung des geistigen Eigentümers, meist unter Zahlung einer Lizenzgebühr, möglich. Der Gesetzgeber hat von diesem Grundsatz Ausnahmen kreiert. So ist eine Kopie zum reinen Privatgebrauch unter bestimmten Umständen möglich und lässt eine Strafbarkeit entfallen.

Allerdings erscheint es bereits auf den ersten Blick schwer, den Umfang des privaten Gebrauchs zu spezifizieren und festzuhalten, wann er auf seine strafrechtlichen Grenzen

trifft. Denn neben den speziellen wirtschaftlichen Ausgleichssystemen – wie z.B. Abgaben auf CD-Rohlinge<sup>4</sup> – und den zivilrechtlichen Klagemöglichkeiten bedarf es weiterhin immer eines wirksamen strafrechtlichen Schutzes des geistigen Eigentümers.

## II. Die grundsätzliche Strafbarkeit

Das unerlaubte Kopieren von Audio-CDs ist in Deutschland grundsätzlich strafbar. Allerdings ist die öffentliche Diskussion von unpräzisen und stellenweise sogar falschen Bezeichnungen des Phänomens des Kopierens von CDs gekennzeichnet. So scheidet bereits mangels einer Sacheigenschaft der Musik und mangels eines gewaltsam oder qualifiziert drohenden Vorgehens ein „Musikdiebstahl“ bzw. eine „Raubkopie“ aus.<sup>5</sup>

Durch das Anfertigen einer Privatkopie kommt grundsätzlich sowohl unter als auch ohne Umgehung eines Kopierschutzes eine Strafbarkeit gemäß § 106 UrhG in Betracht. Nach dieser Norm wird bestraft, wer unerlaubt urheberrechtlich geschützte Werke – gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 2 UrhG auch Musik – verwendet, mithin z.B. vervielfältigt. Unter einer Vervielfältigung wird jede körperliche, nicht notwendiger Weise auf Dauer angelegte Fixierung eines Werkes – wie z.B. durch einen „Brennvorgang“ – verstanden, welche geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen zugänglich zu machen.<sup>6</sup> Eine Strafbarkeit entfällt, sobald eine Nutzungsbeziehung wie die der §§ 31 ff. UrhG besteht. Zudem ergibt sich eine grundsätzliche Strafbarkeit aus § 108 UrhG. Dieser pönalisiert die unzulässige Verwertung verwandter Schutzrechte und schützt mit Ausnahme der § 108 Abs. 1 Nr. 7 UrhG ausschließlich verwertungsrechtliche Befugnisse,<sup>7</sup> wie z.B. das Vervielfältigungsrecht des darbietenden Künstlers (Nr. 4) oder die technischen, organisatorischen und wirtschaftlichen Leistungen des Herstellers eines Tonträgers (Nr. 5).<sup>8</sup>

Daneben ergeben sich weitere Strafbarkeiten, soweit im Rahmen des Kopiervorgangs ein sog. Kopierschutz umgangen wird. Obwohl eine Strafbarkeit gemäß § 202a StGB aufgrund der mangelnden Unbestimmtheit der auf der CD gespeicherten Informationen für den Nutzer ausscheidet, ist eine solche besonders gemäß § 108b UrhG anzunehmen. Dieser Straftatbestand stellt den unerlaubten Eingriff in technische Schutzmaßnahmen unter Strafe und flankiert somit den zivilrechtlichen Schutz der §§ 95a und 95c UrhG.<sup>9</sup> Prob-

\* Der Autor ist Rechtsreferendar in Berlin und Doktorand an der Universität Osnabrück.

<sup>1</sup> Wandtke, GRUR 2002, 1 (9); Reinbacher, Die Strafbarkeit der Vervielfältigung urheberrechtlich geschützter Werke zum privaten Gebrauch nach dem Urheberrechtsgesetz, 2007, S. 92; Nordemann, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Verlagsgesetz, 10. Aufl. 2008, Einleitung Rn. 4.

<sup>2</sup> Staudacher, Die digitale Privatkopie gem. § 53 UrhG in der Musikbranche, 2008, S. 82; Meschede, Der Schutz digitaler Musik- und Filmwerke vor privater Vervielfältigung nach den zwei Gesetzen zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, 2007, S. 27.

<sup>3</sup> Urheberrecht fällt unter das geistige Eigentum i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GG, vgl. BVerfGE 31, 229 (240).

<sup>4</sup> Nordemann (Fn. 1), Einleitung Rn. 4.

<sup>5</sup> Leipold, NJW-Spezial 2006, 327.

<sup>6</sup> RGZ 107, 277.

<sup>7</sup> Bender, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2011, § 45 Rn. 103.

<sup>8</sup> Nordemann, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, Kap. X. I. 1. Rn. 102.

<sup>9</sup> Hildebrandt, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 108b Rn. 4.

lematischerweise sind die digitalen Kopierschutzsysteme auf Audio-CDs nicht dazu geeignet, analoge Kopierversuche z.B. auf Musikkassette zu verhindern, da hierbei die Signale abgefangen werden, ohne den Kopierschutz zu „brechen“. Ausschließlich digitale Kopierversuche können so unterbunden werden und eine diesbezügliche Strafbarkeit begründen (sog. analoge Lücke).<sup>10</sup>

### III. Der private Gebrauch

Es kann somit festgehalten werden, dass die Vervielfältigung von Audio-CDs unter sowie ohne die Umgehung eines Kopierschutzes, neben zivilrechtlichen Ansprüchen auch grundsätzlich eine Strafbarkeit begründet. Der deutsche Gesetzgeber hat hiervon allerdings bewusst mehrere Ausnahmen zugelassen. So wird nur pönalisiert, wer in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen ein Werk oder eine Bearbeitung oder Umgestaltung eines Werkes vervielfältigt. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Normtext der Strafvorschriften. Eine Strafbarkeit scheidet folgerichtig aus, soweit ein gesetzlich zugelassener Fall besteht. Diese sind in den §§ 44a ff. UrhG normiert und werden als Schranken des Urheberrechts bezeichnet.<sup>11</sup> Neben der Erlaubnis gemäß § 44a Nr. 2 UrhG vorübergehende Vervielfältigungshandlungen zu erstellen, die flüchtig oder begleitend sind und einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen (z.B. beim Abspielen), ist der private Gebrauch im Urheberrecht die größte Ausnahme von der grundsätzlichen Strafbarkeit der Vervielfältigung von Musik-CDs, soweit sich diese in den engen Grenzen des § 53 UrhG bewegt.

#### 1. Kein Recht auf eine Privatkopie

Von elementarer Bedeutung für die strafrechtliche Beurteilung der Vervielfältigung von Musik-CDs ist die Frage, ob ein grundsätzliches Recht auf eine Privatkopie besteht, oder nicht. Ein solches ist aber schon aus verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen. So käme als schützende Normen zwar die Informationsfreiheit oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Nutzers in Betracht.<sup>12</sup> Allerdings sind Grundrechte Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat und entfalten grundsätzlich keine Drittwirkung.<sup>13</sup> Dies gilt mit Ausnahme der Einflüsse, der Informationsfreiheit in ihrem objektivrechtlichen Gehalt auf die Werteordnung.<sup>14</sup> In diesem Zusammenhang ist der Interessenkonflikt zwischen dem geschützten Urheber und dem Käufer zu beachten. Die Verwertungsrechte des Urhebers müssen gegenüber dem Interesse des Gemeinwohls abgewogen werden und ihm zu einem gewissen Grad weichen. Allerdings ist dem gerade durch die Schrankenregelung der §§ 44a ff. UrhG Rechnung getragen worden.<sup>15</sup> Ein generelles Recht auf eine Privatkopie würde

dieses wohl abgewogene Gleichgewicht stören. Es besteht gerade kein Anspruch auf einen uneingeschränkten und kostenlosen Informationszugang.<sup>16</sup> Mangels eines unentgeltlichen Anspruches auf Kulturgüter ist auch kein Verstoß gegen die Sozialpflichtigkeit des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG anzunehmen.

#### 2. Der Tatbestand des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG

Der § 53 UrhG gewährt die Vervielfältigung auf beliebigen Trägern<sup>17</sup> und bezieht sich sowohl auf analoge als auch auf digitale Reproduktionen. Diskussionswürdig erscheint, ob die Einbeziehung des § 53 UrhG als unechte Blankettnorm dem Bestimmtheitsgrundsatz gem. Art. 103 Abs. 2 GG genügt. Hierfür müsste nicht nur die verweisende Vorschrift, sondern auch die ausfüllende Vorschrift bestimmt genug sein.<sup>18</sup> Fraglich erscheint dies bei den Merkmalen des „privaten Gebrauchs“ und der „Öffentlichkeit“. Eine teilweise geforderte Verfassungswidrigkeit<sup>19</sup> ist allerdings nicht sachgerecht. So ist die Verwendung von Zweifel begründenden Begriffen nicht notwendigerweise mit der Unbestimmtheit der Norm gleichzusetzen.<sup>20</sup> Auch stehen die Schranken des § 106 UrhG nicht im Widerspruch zu der in Art. 14 Abs. 1 GG normierten Eigentumsgarantie. Wie bereits geschildert, wird durch die partielle Einschränkung des § 53 UrhG gerade eine hinreichende Abwägung der Einzelinteressen vorgenommen.<sup>21</sup>

Ferner verlangt der § 53 UrhG überzeugenderweise nicht, dass der Begünstigte zur Anfertigung einer Kopie ein eigenes Werkstück benutzt.<sup>22</sup> Möglich ist vielmehr auch die Vervielfältigung durch einen Dritten.<sup>23</sup> So soll eine Benachteiligung derer verhindert werden, die nicht im Besitz eines notwendigen Kopiergerätes sind.<sup>24</sup> Der herstellende Dritte kann sich auf die Privilegierung des Auftraggebers berufen.<sup>25</sup> Allerdings muss es sich um ein konkretes Auftragsverhältnis handeln<sup>26</sup> und die Handlungen des Dritten müssen rein auf den technischen maschinellen Vorgang der Vervielfältigung beschränkt sein.<sup>27</sup> Auch darf gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG grundsätzlich kein Entgelt für die Kopierhilfe bezahlt werden. Umstritten ist, ob ebenso eine Ausgleichszahlung für das verwendete Material mit umfasst wird.<sup>28</sup> Eine Lohnzahlung ist wohl allerdings nach h.M. mit dem § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG

<sup>16</sup> Arlt, CR 2005, 646 (650).

<sup>17</sup> Lüft, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 9), § 53 Rn. 11.

<sup>18</sup> Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 62. Lfg., Stand: September 2011, Art. 103 Rn. 201.

<sup>19</sup> Hohagen (Fn. 13), S. 368.

<sup>20</sup> BVerfGE, 92, 1 (12).

<sup>21</sup> Reinbacher (Fn. 1), S. 249.

<sup>22</sup> BGHZ 134, 250 (261).

<sup>23</sup> Schack, ZUM 2002, 497.

<sup>24</sup> Schwenger, ZUM 1997, 278 (280).

<sup>25</sup> Reinbacher (Fn. 1), S. 196.

<sup>26</sup> Schmid/Wirth, in: Schmid/Wirth/Seifert (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz mit Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Handkommentar, 2. Aufl. 2008, § 53 Rn. 9.

<sup>27</sup> BGHZ 134, 250 (261).

<sup>28</sup> Nordemann (Fn. 1), § 53 Rn. 2.

<sup>10</sup> LG Frankfurt a.M. MMR 2006, 766 (767).

<sup>11</sup> Nordemann (Fn. 1), Vor §§ 44a ff. Rn. 3.

<sup>12</sup> Hoeren, Softwareüberlassung als Sachkauf, 1989, S. 94.

<sup>13</sup> Hohagen, Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 286.

<sup>14</sup> Wandtke/Ohst, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 9), § 95b Rn. 4.

<sup>15</sup> Däubler-Gmelin, ZUM 1999, 265 (269).

unvereinbar.<sup>29</sup> Richtiger Weise muss angenommen werden, dass jegliche Gegenleistung ausgeschlossen ist.

### 3. Schranken-Schranken

Während der § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG Privatkopien grundsätzlich privilegiert, schränkt der zweite Halbsatz des Absatzes 1 diese Möglichkeit wiederum in drei Alternativen ein,<sup>30</sup> welche folgerichtig als Schranken-Schranken bezeichnet werden können<sup>31</sup> und eine strafrechtliche und zivilrechtliche Privilegierung ausschließen.<sup>32</sup> Namentlich handelt es sich bei den Schranken-Schranken des privaten Gebrauchs um den Erwerbsszweck, die Kopie von einer offensichtlich rechtswidrigen Vorlage und von einer rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachten Vorlage.

#### a) Erwerbsszweck

Die Schranken-Schranke gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 1 UrhG stellt klar, dass die Vervielfältigungen weder unmittelbar, noch mittelbar Erwerbsszwecken dienen dürfen. Zumindest eine Gewinnerzielungsabsicht wird hierdurch miterfasst.<sup>33</sup> Ein unmittelbarer Erwerbsszweck ist anzunehmen, wenn aus der Herstellung eines Vervielfältigungsstückes eine Einnahme erzielt werden soll. Allerdings muss nicht notwendigerweise die Kopie den Gewinn generieren. Es reicht vielmehr aus, dass die Kopie für berufliche Zwecke verwendet wird.<sup>34</sup>

#### b) Offensichtlich rechtswidrige Vorlage

Eine weitere Schranken-Schranke stellt die Kopie von einer offensichtlich rechtswidrigen Vorlage dar. Im Jahre 2003 wurde das Urheberrecht durch das „Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft“ (sog. „erster Korb“<sup>35</sup>) in großem Umfang reformiert. Der Gesetzestext des § 53 UrhG n.F. stellt fest, dass eine private Kopie erlaubt ist, soweit diese nicht zur Vervielfältigung einer offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage dient. Unter einer Vorlage ist die Verkörperung eines Werkes zu verstehen, wobei nach wohl h.M. auch unkörperliche Vorlagen verwendet werden können.<sup>36</sup> Eine Audio-CD erfüllt diese Charakteristika. Rechtswidrig hergestellt wird eine Vorlage, soweit ein Verstoß gegen die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers erfolgt.<sup>37</sup> Die Rechtswidrigkeit einer Kopie bedingt eine Kettenreaktion aller hiervon hergestellten weiteren Reproduktio-

nen. Ein Gedanke, der Parallelen zu der „fruit-of-the-poisonous-tree“-Doktrin aufweist. So scheidet eine Nutzung des Privatkopierrechts zur Perpetuierung des Rechtsbruchs aus.<sup>38</sup> Die Rechtswidrigkeit muss im Zeitpunkt der Handlung bestehen.<sup>39</sup>

Entgegen der früheren h.M. reicht es nicht aus, dass die Vorlage rechtswidrig erstellt wurde; vielmehr muss dies auch für den Herstellenden offensichtlich und damit erkennbar gewesen sein.<sup>40</sup> Dies ist der Fall, soweit eine rechtmäßige Herstellung für den entsprechenden Verkehrskreis vernünftigerweise ausgeschlossen werden muss.<sup>41</sup> Für die Abwägung sollen u.a. die Art und Weise des Angebotes, die Verpackung,<sup>42</sup> der Preis oder die Qualität der Musik-CD als Indizien ausreichen.<sup>43</sup> Allerdings ist die Einordnung des Tatbestandsmerkmals der Öffentlichkeit umstritten. Die objektive Betrachtung ist hierbei durch ein subjektives Element zu ergänzen. Danach ist die Offensichtlichkeit dann anzunehmen, soweit die Rechtswidrigkeit für einen objektiven Dritten erkennbar gewesen wäre oder der Täter Sonderwissen hatte.<sup>44</sup>

#### c) Öffentlich zugänglich gemachte Vorlage

Der sog. „zweite Korb“<sup>45</sup> etablierte als weitere Schranken-Schranke speziellere und klarstellende Regelungen, wann eine Quelle offensichtlich rechtswidriger Natur ist<sup>46</sup> und schloss die Regelungslücke der immer stärker aufkommenden Internettausbörsen.<sup>47</sup> Deshalb wurde der § 53 UrhG um die Schranke der „rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachten Vorlage“ erweitert. Diese Sonderproblematik spielt im Rahme der Vervielfältigung von Audio-CDs allerdings eher keine Rolle, so dass hierauf im Folgenden nicht näher eingegangen werden kann.

### 4. Dispositionsbefugnis

Diskussionswürdig hingegen ist, ob die Schranken des privaten Gebrauchs von dispositiver Natur sind, mithin beispielsweise durch Absprachen zwischen Urheber und Käufer aufgehoben werden können. Auf CDs finden sich häufig Warnhinweise zur Vervielfältigungsuntersagung.<sup>48</sup> Ob die gesetzlichen Regelungen durch einfache vertragliche Absprachen

<sup>29</sup> Bosak, CR 2001, 176 (179); a.A. Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2008, § 53 Rn. 16.

<sup>30</sup> Reinbacher, GRUR 2008, 394.

<sup>31</sup> Bzw. Regel-Ausnahme-Verhältnisse.

<sup>32</sup> Reinbacher, GRUR 2008, 394.

<sup>33</sup> Reinbacher (Fn. 1), S. 182.

<sup>34</sup> BGH GRUR 1993, 899 (900); BGHZ 18, 44 (55).

<sup>35</sup> Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (BGBl. I 2003, S. 1774)

<sup>36</sup> Jani, ZUM 2003, 842 (846); Czychowski, NJW 2003, 2409 (2411).

<sup>37</sup> Berger, ZUM 2004, 257 (259).

<sup>38</sup> Hoffmann, WRP 2006, 55.

<sup>39</sup> Staudacher (Fn. 2), S. 123.

<sup>40</sup> Reinbacher (Fn. 1), S. 219.

<sup>41</sup> Dreier (Fn. 29), § 53 Rn. 12.

<sup>42</sup> BT-Drs. 15/38, S. 39.

<sup>43</sup> Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, Kommentar, 4. Aufl. 2010, § 53 Rn. 14c.

<sup>44</sup> Reinbacher, GRUR 2008, 394 (398); a.A. Lauber/Schwipps, GRUR 2004, 293 (294); Gutmann, MMR 2003, 706 (707).

<sup>45</sup> Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft (BGBl. I 2007, S. 2513).

<sup>46</sup> Lüft (Fn. 17), § 53 Rn. 6.

<sup>47</sup> BT-Drs. 16/1828, S. 18.

<sup>48</sup> Z.B.: „Unauthorized copying is prohibited“.

abbedungen werden können, erscheint allerdings fraglich.<sup>49</sup> Da eine generelle und abschließende Untersagungsmöglichkeit explizit nicht besteht, widerspricht eine Nutzungsabsprache grundsätzlich der gesetzlichen Normierung des privaten Gebrauchs.<sup>50</sup>

Des Weiteren wird im Rahmen eines gängigen Ladenverkaufs kein direktes Vertragsverhältnis zwischen Käufer und Urheber begründet. Einzig besteht dies zwischen Käufer und Werkhändler, welcher dann die Verwertungsbeschränkungen an den Endnutzer weitergeben muss. Ein solcher Vertrag kann zwar keine dingliche, möglicherweise aber eine schuldrechtliche Wirkung entfalten.<sup>51</sup> Aufgrund der großen Mengen der verkauften CDs würde es sich bei den Verboten um allgemeine Geschäftsbedingungen handeln. Diese kann sich der Zwischenverkäufer grundsätzlich zu Eigen machen. Eine wirksame Einbeziehung seinerseits erscheint allerdings bereits deshalb fraglich, weil der Vertragspartner weder die erforderliche<sup>52</sup> Kenntnisnahmemöglichkeit nach § 305 Abs. 2 BGB hat und wohl von einer überraschenden Klausel gemäß § 305c Abs. 1 BGB ausgegangen werden muss.

Des Weiteren enthält der § 53 UrhG zumindest explizit keine Möglichkeit der Disponibilität. Die Norm bezweckt bereits eine Interessenabwägung. Diese würde durch eine vertragliche Abweichung unterlaufen. So ist anzunehmen, dass eine Abbedingungsmöglichkeit den vollständigen Abschluss des Privatkopierrechts bedeutet, da die Musikindustrie von dieser Möglichkeit regen Gebrauch machen würde. Dies hat der Gesetzgeber allerdings gerade nicht bezweckt. Selbst wenn eine Disponibilität zivilrechtlich möglich ist und die abweichenden Regelungen mit den §§ 305 ff. BGB oder §§ 138, 242 BGB vereinbar wären, könnte hierdurch allerdings keine Strafbarkeit begründet werden. Bereits aus Gründen der Bestimmtheit ist eine Disponibilität somit abzulehnen. Die „Verbotsaufschriften“ auf den CDs haben somit einzig abschreckenden, nicht aber einen strafrechtlich bedeutsamen Charakter.

### 5. Umfang des Privaten

Die Bestimmung des privaten Umfangs ist nicht nur für die Grenzen der Strafbarkeit sondern auch für diverse Beweisproblematiken von immenser Bedeutung. Problematisch ist somit die Bestimmung des vielleicht unbestimmten Rechtsbegriffes der „einzelnen“ Vervielfältigungen, welcher im Normtext des § 53 UrhG gefordert wird.<sup>53</sup> Auch über die Anzahl und den betroffenen Personenkreis besteht seit jeher Uneinigkeit.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Eine einheitliche Beantwortung für alle Schranken kann nicht erfolgen. Vgl. *Vinje*, EIPR 1999, 195 (207).

<sup>50</sup> *Reinbacher* (Fn. 1), S. 252.

<sup>51</sup> *Schack*, ZUM 2002, 497 (503).

<sup>52</sup> *Schack*, ZUM 2002, 497 (503).

<sup>53</sup> *Liepe*, Die Vervielfältigung zum privaten Gebrauch im deutschen und US-amerikanischen Urheberrecht unter besonderer Berücksichtigung der privaten Vervielfältigung kopiergeschützter Audio-CDs, 2006, S. 69.

<sup>54</sup> *Decker*, in: Möhring/Nicolini (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 53 Rn. 8.

### a) Der Personenkreis

Der private Personenkreis ist vom öffentlichen Gebrauch abzugrenzen und umfasst ausschließlich Vervielfältigungen durch natürliche Personen.<sup>55</sup> Der Gebrauch muss zumindest überwiegend persönlichen Bedürfnissen des Vervielfältigenden dienen, so dass eine Verwendung zu beruflichen Zwecken ausscheidet.<sup>56</sup> Zur notwendigen Eingrenzung könnte auf die Negativdefinition des § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG zurückgegriffen werden. Hiernach ist jeder als privat einzustufen, der mit demjenigen, der das Werk verwertet, in persönlicher Beziehung steht.

Umstritten ist allerdings, was unter diesem Terminus zu verstehen ist. Nach der restriktivsten Ansicht darf die Kopie ausschließlich mit dem Vervielfältigenden zusammen genutzt werden.<sup>57</sup> Die h.M. wiederum geht von einem weiten Begriff des „Privaten“ aus und sieht auch die Weitergabe an Familie und Freunde, sowie die Intention einer solchen Weitergabe beim Kopiervorgang als vom § 53 UrhG umfasst an.<sup>58</sup> Hierfür spräche bereits der Wortlaut der Norm.<sup>59</sup> So untersagt der § 53 Abs. 6 UrhG ausschließlich die Verbreitung an die Öffentlichkeit.<sup>60</sup> Allerdings spricht gegen eine Verschenkungsmöglichkeit, dass diese nicht den Vervielfältigenden privilegiert, sondern den Beschenkten. Auf der anderen Seite deutet die angestrebte Ermöglichung der kulturellen Teilhabe ärmerer Schichten darauf hin, dass nicht nur die kopierende Person privilegiert werden kann.<sup>61</sup> So ist der Tausch von Musik im Rahmen eines persönlichen Näheverhältnisses der heutigen Generation immanent geworden. Mithin sollte von einem zu restriktiven Ansatz Abstand genommen werden, um alltägliche familiäre und freundschaftliche Handlungen nicht zu kriminalisieren.

Allerdings stellt sich die Frage nach der Ausprägung der geforderten privaten Näheverhältnisse. Es wird sowohl eine Differenzierung zwischen privat und nicht privat,<sup>62</sup> als auch eine solche zwischen einem engen und einem weiteren Freundeskreis<sup>63</sup> vertreten. Gerade vor dem Hintergrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebotes erscheint es aber unmöglich eine klare Trennlinie zwischen engen und weiten Freundschaften zu ziehen. Ebenso scheint es schwierig, eine Freundschaft an sich zu spezifizieren. Um eine persönliche Beziehung festzustellen, bedarf es laut BGH in Zivilsachen

<sup>55</sup> Juristische Personen werden schon aus der Natur der Sache heraus nicht miterfasst (vgl. die amtliche Begründung BT-Drs. IV/270, S. 72).

<sup>56</sup> BGH NJW 1955, 1433 (1435); *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht*, 2. Aufl. 2008, § 53 Rn. 16.

<sup>57</sup> *Braun*, ZUM 2005, 100 (101).

<sup>58</sup> *Cichon*, K&R 1999, 547 (550); *Constantin*, Die Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch nach dem neuen deutschen Urheberrechtsgesetz, 1968, S. 20.

<sup>59</sup> *Goldmann/Liepe*, ZUM 2002, 362 (364).

<sup>60</sup> *Staats/Harke*, *Urheberrecht, Fragen und Antworten*, 3. Aufl. 2008, S. 121.

<sup>61</sup> *Reinbacher* (Fn. 1), S. 188.

<sup>62</sup> *Constantin* (Fn. 58), S. 20.

<sup>63</sup> *Flechsigs*, GRUR 1993, 532 (533).

einer Einzelfallabwägung,<sup>64</sup> wobei das persönliche Näheverhältnis nicht einmal nur freundschaftlicher oder familiärer Natur sein muss, sondern vielmehr auch durch ein reines Bewusstsein der persönlichen Verbundenheit begründet werden kann.<sup>65</sup> So scheiden ausschließlich Unbekannte, rein technische Verbindungen oder gleichgelagerte Interessen für ein persönliches Verhältnis kategorisch aus.<sup>66</sup> Das Urteil des BGH ist allerdings nicht für das Strafrecht heranzuziehen. Mangels einer hinreichenden Bestimmbarkeit und einer fast nicht bestehenden Beweisbarkeit des Begriffs „Freunde“ – auch in Bezug auf die Ausführungen des BGH – kann dieser keine Anwendung für die Eingrenzung des strafrechtlichen Personenkreises finden. Einzig das Merkmal „Familie“ ist bestimmt genug, soweit der Angehörigenbegriff gem. § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB herangezogen wird. Die strafrechtliche Begrenzung des privaten Personenkreises auf die Familie führt allerdings zu einer zu umfangreichen und nicht bezweckten Einschränkung. Somit kann eine Bestimmung des strafrechtlichen privaten Gebrauchs nicht durch den Personenkreis erfolgen.

#### b) Anzahl und rein numerischer Ansatz

Neben dem Personenkreis ist auch die erlaubte Anzahl der Vervielfältigungen von entscheidender Bedeutung. So wird der private Gebrauch nach h.M. durch eine Kombination aus limitiertem Personenkreis und Anzahlbegrenzung definiert. Der Sinngehalt des „Privaten“ lässt ausschließlich „einzelne“ Kopien unter den Begriff des privaten Gebrauchs fallen.<sup>67</sup> Im Jahre 1978 stellte der BGH hierzu fest, dass jedenfalls nicht mehr als sieben Kopien erlaubt seien,<sup>68</sup> wobei er seinerzeit nur durch die Fassung des Klägerantrages an einer engeren Ausgestaltung gehindert wurde. Auch eine Obergrenze von nur drei Exemplaren wird vertreten, um dem Wort „einzelne“ gerecht zu werden. Eine sehr weite Auffassung lässt alle zur Deckung des persönlichen Bedarfs erforderlichen Exemplare zu.<sup>69</sup> Letztere Ansicht ist wohl bereits aus Gründen der Bestimmtheit abzulehnen.

Bei der Festlegung einer Anzahlgrenze müssen der Sinn, der Wortlaut, die Bestimmbarkeit und die Rechtssicherheit des Privatkopierens berücksichtigt werden. Um eine sinnvolle Anzahl von Privatkopien zu gewähren, sind auch die heutigen allgemeinen Lebensumstände zu beachten. So werden von einer gekauften CD mehrere Kopien bereits zum ureigenen Gebrauch benötigt. Neben der Einstellung in ein persönliches, privates Musikarchiv – meist in komprimierter Form<sup>70</sup> – werden regelmäßig auch eine Kopie für portable MP3-Player, eine Sicherungskopie in Originalqualität sowie eine Kopie zur Zweitverwertung z.B. im Auto erstellt. So würde eine Vervielfältigungsmöglichkeit von fünf Kopien sowohl dem Schutzanspruch des geistigen Eigentümers als auch den Nut-

zungsinteressen des Käufers genügen. Im Anschluss blieben bei normaler Eigennutzung durchschnittlich immer noch ein bis zwei Kopien zur Weitergabe.

Wie festgestellt wurde, gewährt die bisher angenommene Kombination von Personenkreis und Anzahl keine nutzbare Einschränkungsmöglichkeit für die Bestimmung des privaten Gebrauchs im Urheberstrafrecht, da eine Einbeziehung des Personenkreises im Strafrecht besonders aus Gründen der Beweisbarkeit und Bestimmbarkeit abzulehnen ist. Vielmehr erscheint es sinnvoll, den strafrechtlichen privaten Gebrauch ausschließlich, im Rahmen eines rein numerischen Ansatzes, über die Anzahl der Kopien einzugrenzen. Soweit eine bestimmte Anzahl festgelegt worden ist, soll es dem Vervielfältigenden freistehen zu entscheiden, wie er diese verwenden möchte. Hierbei ist entweder eine Eigennutzung, oder auch eine Weitergabe denkbar. Gerade die umfassende Entscheidungsmöglichkeit stellt die höchste Form der privaten Freiheit dar. Im Wege des rein numerischen Ansatzes könnten sowohl die derzeit bestehenden Beweis-, als auch Bestimmtheitsproblematiken umgangen werden. Sollten bei einem Beschuldigten mehr als fünf Kopien, losgelöst von der Trägerart (analog oder digital), aufgefunden werden oder mehr als fünf Downloads von demselben Werk vom Computer des Beschuldigten über das Internet getätigt werden, kann eine Strafbarkeit gem. §§ 106 ff. UrhG angenommen werden. Es ist dem Gesetzgeber allerdings zudem anzuraten die legerenda für eine klare Definition des privaten Gebrauchs zu sorgen.

#### 6. Umgehung von Kopierschutzmechanismen

Wie besehen, entfällt im Rahmen des privaten Gebrauchs grundsätzlich eine Strafbarkeit. Allerdings ergeben sich erhebliche Probleme, soweit gleichzeitig Kopierschutzmechanismen umgangen werden.

Auffallend ist, dass der Normtext des § 108b UrhG nicht die Schranke des „in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen“ enthält, wie das z.B. der Fall bei § 106 UrhG ist. Vielmehr nimmt der § 108b UrhG ausschließlich auf den rein privaten eigenen Gebrauch Bezug.<sup>71</sup> Mithin sind die Schranken des § 108b UrhG gegenüber den §§ 106 und 108 UrhG eingeschränkt<sup>72</sup> und beziehen sich ausschließlich auf den eigenen Gebrauch. Eine Weitergabe an andere Personen kann hier nicht angenommen werden. Nichtsdestotrotz hat sich der Gesetzgeber im Rahmen des § 108b UrhG explizit gegen eine generelle Pönalisierung der Umgehung von Sicherungsmechanismen entschieden, um die Kriminalisierung im sog. „Wohn- und Kinderzimmer“ zu verhindern.<sup>73</sup>

Allerdings ergeben sich auch im Rahmen der Strafbarkeit nach § 106 UrhG Probleme in Bezug auf eine gleichzeitige Umgehung von Kopierschutzsystemen. So steht das Verbot der Überwindung eines Kopierschutzes gemäß § 95a UrhG neben der Privilegierung für Privatkopien gemäß § 53 UrhG

<sup>64</sup> BGH GRUR 1975, 33 (34).

<sup>65</sup> BGH GRUR 1996, 875 (876).

<sup>66</sup> BT-Drs. 15/38, S. 17.

<sup>67</sup> Nordemann (Fn. 1), § 53 Rn. 13.

<sup>68</sup> BGH GRUR 1978, 474 (476).

<sup>69</sup> Dreier (Fn. 29), § 53 Rn. 9.

<sup>70</sup> Zum Beispiel im MP3-Format.

<sup>71</sup> Reinbacher (Fn. 1), S. 299.

<sup>72</sup> Nordemann (Fn. 8), Kap. XI. 1. Rn. 6.

<sup>73</sup> Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 56), § 108b Rn. 7.

und könnte dieses sperren.<sup>74</sup> Der § 95b Abs. 1 Nr. 6 UrhG schränkt den § 95a UrhG ein, indem er einzelne Umgehungen des Kopierschutzes im Bereich des privaten Gebrauchs erlaubt. Die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen von Musik-CDs ist allerdings bewusst nicht durch den Gesetzgeber in § 95b Abs. 1 Nr. 6 UrhG privilegiert worden. Somit ist auch eine private Vervielfältigung unter Umgehung eines Kopierschutzsystems nach h.M. weiterhin strafbar.<sup>75</sup> Dies kann allerdings nicht überzeugen. So stellt ein genereller Ausschluss des privaten Gebrauchs im Rahmen des § 106 UrhG bei der Umgehung von Schutzmechanismen einen eklatanten Wertungswiderspruch zu § 108b UrhG dar, welcher explizit eine Schranke zum eigenen Gebrauch enthält. Der § 108b UrhG ist als „Minus“ zu § 106 UrhG zu verstehen, da der § 108b UrhG auf die Pönalisierung von Handlungen im Vorfeld abstellt und denjenigen privilegiert, der die Urheberrechtsverletzung nur leichtfertig ermöglicht, mithin also weniger kriminelle Energie benötigt.<sup>76</sup> Der § 108b UrhG wäre folglich überflüssig, soweit eine Strafbarkeit stetig aus § 106 UrhG konstruiert werden könnte. Somit sollte eine enge Auslegung<sup>77</sup> des § 53 UrhG zwar zivilrechtliche Ansprüche nicht aber eine Strafbarkeit begründen. Denn soweit eine Strafbarkeit von der Etablierung von Kopierschutzmechanismen abhängt, liegt die Gewährung eines privaten bzw. eigenen Gebrauchs einzig in den Händen der Musikindustrie. Hierdurch kommt es erneut zu einem Interessenkonflikt. Gerade dieser sollte allerdings durch die Ausbalancierung von § 53 UrhG zu den Strafvorschriften der §§ 106 ff. UrhG verhindert werden. Es erscheint fraglich, ob es sinnvoll ist, eine Strafbarkeit vom Willen der Musikindustrie abhängig zu machen, da diese im Rahmen ihrer Möglichkeiten versuchen wird, eine private Vervielfältigung einzuschränken. Die strafbefreiende Wirkung des § 53 UrhG würde quasi leer laufen. Hierdurch käme es zu der verhinderungswürdigen Strafbarkeit im „Wohn- und Kinderzimmer“.

#### IV. Fazit und Ausblick

Mithin ist das private Herstellen von Vervielfältigungen ohne das Umgehen technischer Schutzmaßnahmen nicht strafbar, solange es in den engen Grenzen des privaten Gebrauchs vorgenommen wird. Nach h.M. kann diese strafrechtliche Privilegierung durch die Einsetzung von Kopierschutzsystemen wiederum verhindert werden, was allerdings dem Sinn und Zweck des § 53 UrhG widerspricht. Vielmehr sollte auch in diesem Fall eine Strafbarkeit entfallen. Zivilrechtliche Ansprüche des geistigen Eigentümers bleiben hierdurch allerdings größtenteils unberührt. Denn der strafrechtliche Schutz muss nicht die gleiche Reichweite entfalten wie der zivilrechtliche. Weiterhin ist zu beachten, dass der § 53 UrhG nicht dispositiv ist und auch kein Recht auf eine Privatkopie besteht. Schwierigkeiten ergaben sich bei der Einordnung der „einzelnen Kopien“ innerhalb des privaten Gebrauchs. So

konnte die derzeitige – fast ausschließlich durch Zivilgerichte geprägte – Rechtsprechung nicht überzeugen. Eindeutig fand sie ihre Grenzen in Bezug auf die Bestimmtheit und Beweisbarkeit im Strafprozess bzgl. des umschriebenen Personenkreises. Vielmehr ist ein rein numerischer Ansatz heranzuziehen, bei dem jedem Käufer fünf Kopien des Originalwerks im Rahmen seiner Dispositionsfreiheit zur Verfügung stehen. Allerdings ist ein erheblicher Nachbesserungsbedarf seitens des Gesetzgebers – im Besonderen bzgl. der „analogen Lücke“, der Bestimmung des privaten Gebrauchs sowie einer Abzulehnenden Strafbarkeit bei der Umgehung eines Kopierschutzes – erkennbar.

<sup>74</sup> *Freiwald*, Die Private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, 2004, S. 154.

<sup>75</sup> *Lenz/Würtenberger*, NVwZ 2010, 168 (170).

<sup>76</sup> *Kotthoff* (Fn. 73), § 108b Rn. 15.

<sup>77</sup> *Götting*, in: *Schricker/Loewenheim* (Fn. 43), § 95a Rn. 40.