



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

**„Appropriation Art: Die Aneignungskunst im
US-amerikanischen und österreichischen Recht“**

Verfasser

Marco Genschorek

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, Juni 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

o. Univ.-Prof. DDr. Arthur Weilingner

Für Anne, in Liebe und Dankbarkeit.

„Kunst, die Kunst zitiert, handelt von Gesellschaft.“

Jeff Koons

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	11
EINLEITUNG, GANG DER UNTERSUCHUNG UND ABGRENZUNG DES THEMAS	15
KAPITEL 1 GRUNDLAGEN UND BEGRIFFE.....	20
A. Appropriation Art	20
I. Sprachwissenschaftlicher Hintergrund	20
II. Kunstwissenschaftlicher Hintergrund	21
III. Das künstlerische Konzept der Appropriation Art.....	23
1. Die Avantgarde als Ausgangspunkt	23
2. Auflösung der Originalität	24
3. Appropriation Art in der Postmoderne.....	25
a) Pluralismus und Eklektizismus.....	27
b) Kritik der Originalität	27
c) Die neue Rolle des Betrachters	29
B. Begriffliche Abgrenzungen und Begriffsbestimmungen	30
I. Kopie.....	30
II. Replik und Fassung	30
III. Reproduktion	31
IV. Imitation	31
V. Umbildung.....	32
VI. Zitat und Pasticcio	32
VII. Kunstfälschung und Plagiat	33
1. Die Kunstfälschung	33
a) Begriff	33
b) Strafrechtliche Sanktionen	34
2. Das Plagiat	35
3. Abgrenzung zur Appropriation Art.....	37
VIII. Parodie	38
IX. Doppelschöpfung.....	41
X. Unbewusste Entlehnung.....	43
C. Die rechtliche Thematik der Appropriation Art	45
I. Im Spannungsfeld zwischen Immaterialgüterrecht und künstlerischer Freiheit	45
II. Die Interessenslage zwischen Vorlagenschöpfer und Appropriationist	46
1. Theoretischer Überblick	46
2. Praktische Beispielfälle.....	47
a) Xenia Hauser.....	47
b) Peter Nagel	48
c) Florian Brauer, Michael Brauer und Edward Anders	49
d) George Pusenkoff	51
D. Aneignungskünstler.....	52
1. Jeff Koons.....	53
a) Biographischer und werklicher Überblick	53
b) Rechtliche Auseinandersetzungen zu Werken von Jeff Koons	54
aa) <i>Rogers v. Koons</i> (1992) aus der Serie <i>Banalilty</i>	54
bb) <i>Blanch v. Koons</i> (2006) aus der Serie <i>Easyfun-Ethereal</i>	56
2. Richard Prince	57
a) Biographischer und werklicher Überblick	57
b) Rechtliche Auseinandersetzungen zu Werken von Richard Prince.....	60
aa) <i>Gross v. Prince</i>	60
bb) <i>Cariou v. Prince</i>	61

KAPITEL 2 APPROPRIATION ART IM US-AMERIKANISCHEN COPYRIGHT-LAW 64

A. Grundlagen zur Untersuchung des amerikanischen Rechts.....	64
I. Die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers	64
II. Die einfachgesetzliche Beschränkung der Ausschließlichkeitsrechte.....	66
III. Schutzgut der urheberrechtlichen Bestimmungen.....	66
1. Grundsatz	66
2. Entstehung und Umfang.....	68
3. Schutzvoraussetzungen und Schutzdauer	69
4. Historie.....	71
a) Die Aufnahme des Naturrechts in den jeweiligen Rechtskreis	71
b) Die zeitliche Entwicklung der Urheberrechtssysteme	73
c) Pragmatische Orientierung oder philosophisch-juristische Lehre	73
d) Vertragsfreiheit	74
e) Ausmaß und Dichte rechtlicher Regelungen.....	75
IV. Urheberrechtsverletzungen	76
1. Direct Infringement	76
2. Contributory Infringement und Vicarious Liability	76
V. Der <i>fair use defense</i>	77
1. Einführung und Gesetzestext	77
2. Privilegierte Nutzungen in 17 USC § 107	78
3. Die vier Abwägungsfaktoren in 17 USC § 107	79
a) Faktor 1 - Zweck und Art der Werkvorlagenbenutzung.....	79
aa) Transformativität	79
bb) Kommerzialität	81
cc) Charakter der Benutzung.....	84
b) Faktor 2 - Art des benutzten Werkes.....	85
aa) Die Unterscheidung zwischen kreativen und faktischen Werkvorlagen	85
bb) Die Unterscheidung zwischen veröffentlichten und unveröffentlichten Werkvorlagen.....	86
cc) Vergriffene Werkvorlagen	86
c) Faktor 3 - Umfang und Gewichtigkeit der benutzten Vorlage	87
aa) Quantität der Benutzung	87
(1) Allgemeine Grundsätze.....	87
(2) Besonderheiten bei Parodien.....	88
bb) Qualität der Benutzung	89
d) Faktor 4 - Auswirkung der Benutzung auf das Marktpotential bzw den Wert der benutzten Vorlage	90
aa) Allgemeine Grundsätze	90
bb) Besonderheiten bei Kritiken und Parodien	92
B. Präzedenzurteile zur Appropriation Art	92
I. Kurzübersicht zu den zu besprechenden Gerichtsentscheidungen	92
II. Die Entscheidungen zu Jeff Koons.....	95
1. <i>Rogers v. Koons</i> (1992).....	95
a) Tatbestand und Sachlage	95
b) Die Entscheidung des Gerichts	96
2. <i>Blanch v. Koons</i> (2006)	97
a) Tatbestand und Sachlage	97
b) Die Entscheidung des Gerichts	98
3. Zusammenfassung und Stellungnahme	103
a) Wertende Interpretation der Zweitwerke der Appropriationisten.....	103
b) Die rechtliche Bindungskraft der Entscheidung <i>Rogers v. Koons</i> (1992)	103
aa) Die <i>Campbell</i> -Entscheidung (1994) und ihre Auswirkungen.....	104
bb) Die Bedeutung der Entscheidung <i>Blanch v. Koons</i> (2006)	104
III. Die Entscheidung zu Richard Prince - <i>Cariou v. Prince</i>	106
1. Die Entscheidung in der ersten Instanz.....	106
a) Der Sachverhalt.....	106
b) Die Entscheidung des Gerichts	108
c) Die Geltendmachung einer Urheberrechtsverletzung	109

d) Die Bewertung der Abwägungsfaktoren.....	110
aa) Faktor 1 - Zweck und Art der Werkvorlagenbenutzung.....	110
(1) Transformativität	110
(2) Kommerzialität	111
(3) Charakter der Benutzung.....	112
bb) Faktor 2 - Art des benutzten Werkes.....	113
cc) Faktor 3 - Umfang und Gewichtigkeit der benutzten Vorlage	114
dd) Faktor 4 - Auswirkung der Benutzung auf das Marktpotential bzw den Wert der benutzten Vorlage.....	114
2. Das Verfahren in der Berufungsinstanz	115
a) Einleitung und einführender Überblick	115
b) Die Verwendung bestehender Bilder als künstlerische Ausdrucksform	117
c) Die Bewertung der Abwägungsfaktoren.....	118
aa) Faktor 1 - Zweck und Art der Werkvorlagenbenutzung.....	118
(1) Transformativität	118
(2) Kommerzialität	122
(3) Charakter der Benutzung.....	123
bb) Faktor 2 - Art des benutzten Werkes.....	124
cc) Faktor 3 - Umfang und Gewichtigkeit der benutzten Vorlage	126
dd) Faktor 4 - A uswirkung der Benutzung auf das Marktpotential bzw den Wert der benutzten Vorlage.....	128
ee) Zusammenfassende Einschätzung	130
d) Die Entscheidung des Berufungsgerichts	132
C. Zusammenfassung zu Kapitel 2	136
 KAPITEL 3 APPROPRIATION ART IM ÖSTERREICHISCHEN URHEBERRECHT	139
A. Gesetzliche Grundlagen zur Untersuchung des österreichischen Rechts.....	139
I. Urheberrechtliche Grundlagen zur Einordnung der Appropriation Art	139
1. Urheberschutzrechte.....	139
2. Urheberpersönlichkeitsrechte.....	139
II. Verfassungsrechtliche Grundlagen zur Einordnung der Appropriation Art	140
B. Der urheberrechtliche Schutz des Ausgangswerkes	140
I. Der allgemeine Schutzgegenstand im Sinne von § 1 UrhG.....	140
1. Die Schöpfung	140
2. Die geistige Schöpfung	142
3. Die eigentümliche geistige Schöpfung	143
4. Die Werkhöhe.....	143
II. Die Werkkategorien	144
III. Ausgangswerke ohne Urheberrechtsschutz.....	145
1. Die fehlende urheberrechtliche Schutzfähigkeit.....	145
2. Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Readymades	145
a) Rechtsprechung und herrschende Lehre.....	145
b) Abweichende Definitionsansätze in der Literatur	146
aa) Max Kummer	146
bb) Thomy Kehrli.....	147
cc) Hans-Heinrich Schmieder.....	148
dd) Gernot Schulze	149
c) Konsequenzen für die Appropriation Art	149
3. Gemeinfreie Werke	150
C. Die Aneignung geschützter Werke und deren Rechtfertigung	154
I. Einführung und Überblick	154
II. Die selbständige Neuschöpfung.....	157
1. Die rechtlichen Rahmenbedingungen	157
a) Die gesetzliche Regelung	157
b) Zwischen abhängiger Bearbeitung und selbständiger Neuschöpfung.....	157
c) Die abhängige Bearbeitung nach § 5 Abs 1 UrhG.....	160

2. Die Abstandslehre	162
a) Die Übernahme eigenschöpferischer Elemente.....	162
b) Die grundlegenden Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung	163
c) Erste Konsequenzen für die Appropriation Art	165
3. Zusätzliche Abgrenzungskriterien	166
a) Die Zulässigkeit zusätzlicher Abgrenzungskriterien	166
b) Wettbewerb zwischen Werkvorlage und Nachschöpfung	167
c) Innerer Abstand	169
aa) Die Entwicklung des Kriteriums des „inneren Abstands“ für die Parodie	169
bb) Die Anwendung des „inneren Abstands“ auf die Appropriation Art	170
cc) Die Bestimmung des „inneren Abstands“	173
(1) Die Kriterien der Rechtsprechung	173
(2) Die Lösungsansätze im Schrifttum	173
(3) Werkbezogenheit und Appropriation Art	176
d) Die Erforderlichkeit der Entlehnung.....	177
e) Die Abgrenzungskriterien des OGH	178
aa) Die Entwicklung der Abgrenzungskriterien des OGH für die Parodie	178
bb) Die Abgrenzungskriterien des OGH im Einzelnen.....	180
(1) Überblick	180
(2) Die Schutzbereiche von Meinungs- und Kunstfreiheit	181
(3) Negative Kritik	182
(4) Wirtschaftliche Ausbeutung	182
(5) Nachhaltige Nachfragebeeinträchtigung.....	183
(6) Normale Auswertung des Werkes	184
(7) Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten	186
(8) Die Abgrenzungskriterien des OGH und das <i>fair use</i> - Konzept	187
cc) Die Anwendung der Abgrenzungskriterien des OGH auf die Appropriation Art.....	188
dd) Keine Werkbezogenheit.....	189
III. Das Zitatrecht.....	190
1. Die rechtlichen Rahmenbedingungen	190
2. Die Ausweitung des Zitatrechts im Kunstbereich durch Analogieschluss.....	191
a) Die Rechtsprechung des OGH.....	191
b) Die Ablehnung des Analogieschlusses im Schrifttum	192
c) Diskussion und Stellungnahme	193
D. Zusammenfassung zu Kapitel 3.....	197
KAPITEL 4 ZUSAMMENFASSUNG	200
ABBILDUNGSVERZEICHNIS	205
LITERATURVERZEICHNIS.....	219
ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS	239

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Auffassung
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
Anh	Anhang
Art	Artikel
ausf	ausführlich
BGH	Bundesgerichtshof der Bundesrepublik Deutschland
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs der Bundesrepublik Deutschland in Zivilsachen
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
dJ	der Jüngere
dStGB	Deutsches Strafgesetzbuch
dUrhG	Deutsches Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
etc	et cetera
EU	Europäische Union
f	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff	fortfolgende
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GG	Deutsches Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
hM	herrschende Meinung

Hrsg	Herausgeber
InfoRL	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft
Kap	Kapitel
MR	Medien und Recht - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
ÖBl	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	Oberster Gerichtshof der Republik Österreich
RBÜ	Revidierte Berner Übereinkunft
RfR	Rundfunkrecht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rz	Randziffer
StGB	Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch)
StGG	Österreichisches Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder (Staatsgrundgesetz)
TRIPS	Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (Agreement on trade-related aspects of intellectual property rights)
uA	und Andere
ua	unter anderem
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht
UrhG	Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz)
USC	United States Code
vgl	vergleiche
WTC	WIPO-Urheberrechtsvertrag (WIPO Copyright Treaty)
WTPP	WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger

Z	Ziffer
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
zit	zitiert

Einleitung, Gang der Untersuchung und Abgrenzung des Themas

„Appropriation is the idea that ate the art world. Go to any Chelsea gallery [...] and you'll find it. It's there in paintings of photographs, photographs of advertising, sculptures with ready-made objects, videos using already-existing film.“

Jerry Saltz¹

Im wissenschaftlichen Bereich werden derzeit mit dem Begriff „Plagiarismus“ durchweg negative Assoziationen verbunden. Die heutige Debatte dreht sich hauptsächlich darum, wie man Plagiate am effektivsten aufdecken und mit welchen Maßnahmen man sie vermeiden bzw ihnen und ihren Herstellern begegnen kann. Demgegenüber gehört Plagiarismus in der bildenden Kunst zu einer langen und vielfältigen Tradition von künstlerischen Aneignungspraktiken.² Seit dem 13. Jahrhundert beispielsweise war es üblich, Motive und / oder Motivgruppen, die bei Künstlern als vorbildlich angesehen wurden, einfach zu kopieren, mitunter auch mit Abweichungen und geringfügigen Änderungen.

Künstlerische Aneignungen von Bild- und Textmaterial ziehen sich auch durch die gesamte Moderne, ausgehend von der frühen Moderne mit der kubistischen Collage und den Dada-Gedichten, welche sich erstmals Zeitungsausschnitten bemächtigten, um diese in ihre Bild- oder Textarrangements einzufügen. Aneignungspraktiken der Moderne nehmen bestimmte Aspekte folgender postmoderner Infragestellungen und Dekonstruktionen von Originalität, Authentizität und Autorenschaft bereits vorweg. Die Aneignungen reichen vom Aufnehmen kleiner Ausschnitte in ein neues Gesamtkonzept bis hin zur gänzlichen Übernahme einer gesamten Arbeit ohne jegliche Umgestaltung.³

Um die vielfältigen künstlerischen Praktiken der Verwendung schon vorhandenen Materials zusammenzufassen, wird am häufigsten der Begriff „Aneignung“ verwendet, um die sehr unterschiedlichen künstlerischen Wege und deren teilweise auch

¹ Saltz, Great Artists Steal, New York Magazin, 10.05.2009, <http://nymag.com/arts/art/reviews/56585/> (07.03.2013).

² Sollfrank, Originale ... und andere unethische Autorenschaften in der Kunst, <http://www.kunstfreiheit.ch/serendipity/index.php?/archives/53-Cornelia-Sollfrank-Originale.html>, (07.03.2013).

³ Sollfrank, Originale ... und andere unethische Autorenschaften in der Kunst, <http://www.kunstfreiheit.ch/serendipity/index.php?/archives/53-Cornelia-Sollfrank-Originale.html>, (07.03.2013).

sehr verschiedenen Absichten zu erfassen.⁴

Zu den heute bedeutendsten Ausformungen der Aneignungskunst gehört die in den späten 1970er Jahren in den USA entstandene Kunstrichtung der „Appropriation Art“, deren Grundlage die Aneignung fremder Bildlichkeit und der damit verbundene Ansatz, das „Kopieren“ als autonome Kunstform zu etablieren, bildet. Das Ausnutzen bestehender bildnerischer Ideen wurde im Rahmen des Entstehens der Appropriation Art zur künstlerischen Strategie der Postmoderne erhoben. Die Künstler strebten die Befreiung vom Originalitätszwang an. Mit der Wiederholung sollte ein konzeptueller Unterschied entstehen, der den Transport eines außerbildlichen Inhalts zum Ziel hat.

Die unter dem Begriff „Appropriation Art“ immer mehr bekannt werdende Aneignung fremder Werke ist heute in nahezu allen Bereichen der künstlerischen Praxis vertreten. Die rechtliche Einordnung der Appropriation Art ist indes umstritten. Es herrscht Unsicherheit darüber, bis zu welchem Grad sie mit dem geltenden Recht vereinbar ist. Von vielen Vertretern der Kunstszene wird sie als essentiell für die Weiterentwicklung der Kunst eingeschätzt. Andere wiederum sehen in ihr lediglich einen Eingriff in das Urheberrecht des Schöpfers des Ursprungswerks und damit in bestehende Bestimmungen des Urheberrechts.

Auf den ersten Blick kann durch einen unvoreingenommenen Betrachter in der Aneignung fremder Kunstschöpfungen leicht ein geistiger Diebstahl gesehen werden. Um dieser Sichtweise zu begegnen, bemühen die Vertreter der Appropriation Art kunsttheoretische Erklärungen und führen an, dass sie das „Plagiat“ nur als Stilmittel einsetzen, um das Wesen der Originalität zu reflektieren. Hierdurch würde sich die Appropriation Art insbesondere von der Kunstfälschung unterscheiden. Der Blick des Publikums werde auf das Bild und nicht auf dessen Schöpfer gelenkt. Der zuerst nur als „Kopie“ erkennlichen Arbeit wird ein künstlerisches Konzept an die Seite gestellt, das der „Kopie“ den Charakter eines eigenständigen Kunstwerkes verleihen soll.

Es erscheint indes fraglich, ob allein der Hang zur Weiterentwicklung der Kunst die

⁴ Sollfrank, Originale ... und andere unethische Autorenschaften in der Kunst, <http://www.kunstfreiheit.ch/serendipity/index.php?/archives/53-Cornelia-Sollfrank-Originale.html>, (07.03.2013).

Verletzung bestehender Urheberrechte rechtfertigen kann. Der Rückgriff auf kunsttheoretische Verknüpfungen einzelner Künstlers lässt aus einem Gegenstand allein generell noch kein urheberrechtlich geschütztes Werk der bildenden Kunst entstehen. Die einfache Darbietung eines beliebigen Gegenstandes wird nicht allein dadurch zu einer geistigen Schöpfung, indem der Künstler sie mit einer Idee - seinem Konzept - versieht.⁵ Trotzdem wird vielerorts das Recht eingefordert, ein Künstler dürfe sich grundsätzlich fremde Werke aneignen, da anderenfalls tatsächlich eine Beschränkung der Kunst und ihrer Fortentwicklung bewirkt werden würde. Denn ursprüngliches Ziel des Urheberrechts ist es immer gewesen, Arbeitsergebnisse, wie die der bildenden Kunst, zu schützen und damit die Kreativität zu fördern.

Offensichtlich wird aus der Betrachtung dieser grundsätzlich bestehenden Gegenpositionen jedenfalls, dass die Aneignung fremder Werke an die Grenzen des Urheberrechts stößt und den jeweiligen Künstler fortwährend einem Haftungsrisiko aussetzt. Allein pauschale Absagen an die urheberrechtliche Zulässigkeit der Appropriation Art werden der vielfältigen und unterschiedlichen künstlerischen Absichten, die Künstler mit dieser Kunstform in Verbindung bringen, nicht gerecht. Gefordert ist eine differenzierte Betrachtung.⁶

Die urheberrechtliche Einordnung der heutigen zeitgenössischen Kunst wurde schon immer diskutiert. Insbesondere das Entstehen der Appropriation Art fachte die Diskussion darum immer weiter an. Die Sorge der Jurisprudenz besteht hauptsächlich darin, dass bei einer urheberrechtlichen Anerkennung der Nachbildung prominenter Originalwerke das Plagiat zur zulässigen Kunstform erklärt werden könnte.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, unter Berücksichtigung der bisher ergangenen Rechtsprechung und der bis heute vorliegenden juristischen Fachliteratur aufzuzeigen, wie die kunstwissenschaftlich bereits längst anerkannte Aneignungs-

⁵ Abstrakte Gedanken sowie bloße Ideen und Vorstellungen werden als urheberrechtlich nicht schutzfähig erachtet. Vgl OGH 4 Ob 2085/96p MR 1996, 241 (241); OGH 4 Ob 41/06t MR 2006, 204 (204).

⁶ Die unveränderte oder modifizierte Aneignung fremden künstlerischen Materials ist auch in der Musik bekannt und dort sehr verbreitet. Vor allem die Sampling-Techniken in der Pop-Musik, insbesondere im Hip Hop, und deren urheberrechtliche Einordnung werden diskutiert. Vgl hierzu ausführlich *Salagean*, Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht (2008); aus der gerichtlichen Praxis beispielsweise *Bridgeport Music v. Dimension Films*, 383 F.3d, 390 ff (6th Cir. 2004) und OLG Hamburg 5 U 48/05 ZUM 2006, 759 ff.

kunst nach österreichischem Urheberrecht gerechtfertigt werden kann. Die begleitende Betrachtung des US-amerikanischen Copyright-Laws soll einen tieferen Einblick in die Problematik ermöglichen und auch aufzeigen, wie andere Rechtskreise mit gänzlich anderen, vom kontinentaleuropäischen Urheberrecht völlig unterschiedlichen, urheberrechtlichen Denkansätzen das Phänomen der Aneignungskunst behandeln.

Nach einem ersten Blick auf das, was sich hinter der Kunstform der Appropriation Art verbirgt, wird sich hieran zunächst die Klärung der begrifflichen und rechtlichen Rahmenbedingungen anschließen. Vor der eigentlichen rechtlichen Auseinandersetzung mit dem Thema sollen exemplarisch noch zwei Künstler näher vorgestellt werden, deren Arbeiten Gegenstand US-amerikanischer Gerichtsverfahren geworden sind, die die Einordnung der Aneignungskunst in das Gefüge des Copyright-Laws bis heute wesentlich beeinflusst haben.

Grundlage für die hierauf folgende Betrachtung des US-amerikanischen Rechts bildet die Vorstellung der Generalklausel des *fair use defense*, auf deren Basis die rechtliche Anerkennung der Aneignungskunst erfolgen kann. Die jeweilige Untersuchung einzelner Gerichtsentscheidungen US-amerikanischer Gerichte zur Appropriation Art im Laufe der Bearbeitung dient dann dazu, die aktuelle Rechtslage praxisnah und einzelfallbezogen darzustellen. Denn auch die Abwägung zwischen den durch die Verfassung gewährleisteten Rechten des Appropriationisten einerseits und dem Schutz des betroffenen Rechtsgutes des Künstlers des Ursprungswerkes andererseits muss absolut einzelfallbezogen erfolgen.

In der sich anschließenden Erörterung der österreichischen Rechtslage werden die relevanten gesetzlichen Normen und die für die Einordnung und die rechtliche Akzeptanz der Appropriation Art einschlägigen Urheberrechtsschranken dargestellt. Dabei wird auf die freie Nachschöpfung und deren Abgrenzung zur abhängigen Bearbeitung, aber auch auf das Zitatrecht einzugehen sein. Spezielle Judikatur zur Appropriation Art - wie sie im Bereich des US-amerikanischen Copyright-Laws zu finden ist - gibt es in Österreich nicht.

Eine rechtsvergleichende Darstellung zwischen US-amerikanischem Copyright-Law und österreichischem Urheberrecht unterbleibt. Es wird lediglich eine Gegenüberstellung der beiden Rechtssysteme unternommen. Der Blick auf das US-ameri-

kanische Copyright-Law erfolgt hier insbesondere auch, weil die Appropriation Art ihren Entwicklungsursprung hauptsächlich in den USA hat und daher Fragen im Zusammenhang mit ihrer urheberrechtlichen Einordnung dort bereits früher als in Europa aufgetreten sind.

Kapitel 1

Grundlagen und Begriffe

„Es kommt mir so vor, dass die Signatur des Autors, sei er nun Künstler, Cineast oder Dichter, der Anfang des Systems von Lügen zu sein scheint, das [...] alle Künstler einzurichten versuchen, um sich zu verteidigen, ich weiß nicht genau gegen was.“

Michaelis Pichler⁷

A. Appropriation Art

I. Sprachwissenschaftlicher Hintergrund

Appropriation Art⁸ (englisch: „Appropriation“ = Aneignung, „Art“ = Kunst) kann allgemein der zeitgenössischen Kunst, im engeren Sinn wiederum der Konzeptkunst, zugeordnet werden. Ihr liegt grundsätzlich die Aneignung (Appropriation) fremden Gutes zugrunde.

Aus etymologischer Sicht indes wäre der Begriff der Appropriation Art zunächst weit zu fassen. Denn der Ausdruck „Appropriation“ lässt sich aus der lateinischen Sprache ableiten (appropriare - zu eigen machen, deutsch: Aneignung). Vor diesem Hintergrund könnte Appropriation Art als künstlerische Herangehensweise dahingehend verstanden werden, dass fremdes, ob sachliches oder immaterielles, Eigentum dem eigenen Schaffensprozess zugrunde gelegt und in diesen ganz oder teilweise, direkt oder indirekt, integriert wird. Alle bekannten Ausdrucksformen künstlerischen Schaffens, die das Kopieren, Zitieren oder Aneignen zum Gegenstand haben, würden damit begrifflich unter die Appropriation Art fallen.⁹

⁷ Pichler, Statements zur Appropriation, Statement 3, http://www.geisteswissenschaften.fu-berlin.de/we03/veranstaltungen/Workshop/Workshop_Literaturwerkstatt/Pichler_Statements_on_Appropriation.pdf, (07.03.2013).

⁸ Die Begriffe „Appropriation Art“ und „Aneignungskunst“ werden als Synonyme verwendet.

⁹ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 22.

II. Kunstwissenschaftlicher Hintergrund

Um die vielfältigen künstlerischen Praktiken der Verwendung bereits vorhandenen Materials zusammenzufassen, wird wohl am häufigsten der Begriff „Aneignung“ verwendet. Er ist offen genug, um die sehr unterschiedlichen Methoden und deren teilweise auch sehr verschiedenen Zielsetzungen zu umfassen.

Kunstwissenschaftlich ist Appropriation Art indes viel enger zu verstehen. Damit gemeint ist vielmehr die in den späten 1970er Jahren in den USA entstandene postmoderne Kunstrichtung gleichen Namens. Allen Ansätzen der Appropriation Art gemeinsam ist die Aneignung fremder Bildlichkeit und die Absicht, das Kopieren als eigenständige Kunst zu etablieren.¹⁰ Die Ausbeutung bestehender bildnerischer Ideen wurde durch die frühen Vertreter der Appropriation Art zur künstlerischen Strategie der Postmoderne erhoben. Die Künstler versprachen sich eine Befreiung vom Originalitätszwang. Die Bild-Verdopplung sollte eine konzeptuelle Differenz und eine ironische Brechung erzeugen.¹¹

Die Appropriation Art hebt sich von der bloßen Anleihe bei historischen Werken der Kunstgeschichte programmatisch ab, wo doch die kreative Praxis gerade hierdurch seit der römischen Antike geprägt ist. Das Handeln des Appropriationisten ist gerade kein parasitäres, sondern es ist geprägt durch eine bestimmte künstlerische Intention. Die Aneignung ist eine künstlerische Methode und verfolgt das Ziel, einen außerbildlichen Inhalt zu transportieren.

Die wohl erste mit Appropriation Art als postmoderne Kunstrichtung in ihrer Gesamtheit verbundene Ausstellung geht zurück auf das Jahr 1977. Im New Yorker Artists Space wurden in der Ausstellung „Pictures“ mit Sherrie Levine, Jack Goldstein, Phillip Smith, Troy Brauntuch und Robert Longo erstmals ausgewählte Künstler vorgestellt, die in der Folgezeit der Appropriation Art zugeordnet wurden.¹² Douglas Crimp, Kurator der Ausstellung, stellte als eines der auffälligsten Merkmale der

¹⁰ Sollfrank, Originale ... und andere unethische Autorenschaften in der Kunst, <http://www.kunstfreiheit.ch/serendipity/index.php?/archives/53-Cornelia-Sollfrank-Originale.html>, (07.03.2013).

¹¹ Beispiel in Abbildung 1: Sherrie Levine (*1947) eignete sich 1981 durch schlichtes Abfotografieren aus einem Ausstellungskatalog eine ganze Serie Schwarz-Weiß-Fotografien von Walker Evans (1903-1975) an.

¹² Crimp, Pictures, in Art After Modernism (1984) 175 (175).

Ausstellung die Wiedererkennbarkeit der ausgestellten Bilder hervor.¹³ Alle ausgestellten Künstler griffen in ihren gezeigten Werken auf bereits existierende Bildlichkeiten aus Fernsehen, Zeitung und Film zurück.¹⁴

Die daraufhin entstandene Kontroverse in der Kunstkritik legte den Begriff „Appropriation“ kunsthistorisch auf diese „erste“ Generation appropriationistisch arbeiten-der Künstler fest. Aneignungstechniken sind jedoch bis heute in allen Bereichen der künstlerischen Praxis allgegenwärtig. Inwieweit die streng kunstwissenschaftliche Bedeutung des Begriffs „Appropriation Art“ auf die Kunstpraxis der Gegenwart ausgedehnt werden kann, darf an dieser Stelle jedenfalls zugunsten einer juristischen Betrachtung der Appropriation Art dahinstehen. Vielmehr soll hierzu von einem erweiterten Begriffsverständnis bezüglich der Appropriation Art ausgegangen werden, der neben der frühen Generation der Appropriationisten auch gegenwärtige Aneignungstechniken der bildenden Kunst berücksichtigt, werden doch im Kern jedenfalls immer die gleichen rechtlichen Fragen aufgeworfen.¹⁵

Denn der ureigene Charakter künstlerischer Aneignungsstrategien besteht bis heute in der Übernahme fremder Werke in den eigenen Schaffensprozess und daher in dem Versuch, die „Kopie“ dieser fremden Werke als eigene Kunstform salonfähig zu machen. Dabei bleiben in den Arbeitsergebnissen die Grundwerke immer bewusst erkennbar. Es geht schlussendlich seither um das „Zitat“ und die Weiterentwicklung bestehender Kunst. Vorliegend soll Appropriation Art daher für alle Strategien künstlerischer Aneignung bis heute stehen, die eben in dieser Aneignung ihren künstlerischen Ansatz finden.¹⁶

¹³ *Crimp*, Pictures, in *Art After Modernism* (1984) 175 (175): „In choosing the word pictures for this show, I hoped to convey not only the work's most salient characteristic - recognizable images - but also and importantly the ambiguities it sustains.“

¹⁴ *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 23.

¹⁵ *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 24.

¹⁶ Nach *Römer* habe sich der ursprüngliche Begriff der Appropriation Art, der anfangs noch als Warenzeichen galt, abgenutzt (*Römer*, *Künstlerische Strategien des Fake* [2001] 273). Für *Rebbel-mund* kann die Eingrenzung der Appropriation Art aus kunstwissenschaftlicher Sicht nach folgenden drei Merkmalen erfolgen: (1) Zeitliche Begrenzung auf die Kunstentwicklung der 1980er Jahre, (2) Bewusstes Einsetzen der Kopie bzw des Zitats, (3) Verfolgen eines Konzepts durch die Verwendung der Kopie (*Rebbel-mund*, *Appropriation Art* [1999] 11, 13). Vgl auch *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 24, FN 30.

III. Das künstlerische Konzept der Appropriation Art

1. Die Avantgarde als Ausgangspunkt

Das Verständnis für das Konzept der Appropriation Art als Praxis der Postmoderne ist Voraussetzung für die Diskussion über ihre Einordnung nach allen urheberrechtlichen Maßstäben. Gesetzliche Regelungen zum Urheberrecht, so auch das österreichische Urheberrechtsgesetz (UrhG), sind auch heute oft noch in den künstlerischen Moden des 19. Jahrhunderts verhaftet und denken in den ästhetischen Einteilungen der Moderne. Dem nicht vergleichbar gegenüber steht die Appropriation Art, kann sie doch allgemein als Frontalangriff auf die Originalität des Kunstwerkes verstanden werden und begründet sie so den Übergang zur Postmoderne.¹⁷

Der Begriff der Originalität und das damit verbundene Kunstverständnis wurde indes bereits durch die Avantgarde des frühen 20. Jahrhundert in Frage gestellt. Marcel Duchamp ließ 1917 ein um 90° gedrehtes, mit „Fountain“ betiteltes und mit dem Pseudonym „R. Mutt 1917“ signiertes Urinal als Ausstellungsbeitrag an die Society of Independent Artist senden.¹⁸ Damit wurde ein trivialer Gebrauchsgegenstand der Alltagswelt zum ästhetischen Anschauungsobjekt gemacht und der schöpferische Akt allein auf die künstlerische Entscheidung beschränkt. Um einen Gegenstand zu einem betrachtungswürdigen Gegenstand und damit zur Kunst zu erheben, reichten dessen bloße Auswahl und seine Platzierung hinter die ästhetischen Grenzen einer Kunstaussstellung aus.¹⁹ Die schöpferische Originalität wird verneint, allein die Originalität des „künstlerischen“ Gedankens bleibt erhalten und spielt weiter eine wesentliche Rolle.²⁰

Mit dem neuen Kunstverständnis der Avantgarde löste sich die Kunst vom Abbildungszweck. Die Frage nach den eigenen Kategorien rückte ins Zentrum.²¹ In Abkehr von ihrer mimetischen (nachahmenden) Funktion wendete sich die Avantgarde hin zum eigenen Selbstbegründungsanspruch.²² „Die Kunst verlor ihren Weisungs-

¹⁷ *Rebbelmund*, Appropriation Art (1999) 17.

¹⁸ Abbildung 2.

¹⁹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 44.

²⁰ *Bürger*, Theorie der Avantgarde (1974) 77: „Damit wird die Vorstellung vom Wesen der Kunst [...] als individuelles Schaffen einmaliger Werke provokatorisch in Frage gestellt [...]“.

²¹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 46.

²² *Fuchs*, Avantgarde und erweiterter Kunstbegriff (2000) 52.

charakter, da das Werk nicht länger auf eine andere Realität hindeutete, sondern nur noch auf sich selbst; aus der Abbildungsfunktion jenseits der ästhetischen Grenze wurde ein autonomes ästhetisches Objekt. Die Differenz zwischen Kunst und Wirklichkeit löste sich damit auf, denn während der Künstler des 19. Jahrhunderts eine eigene, von der Realität unterschiedene Wirklichkeit schuf, verfolgte die Avantgarde den programmatischen Anspruch, Kunst in Lebenspraxis zu überführen und beide zur Einheit zu verschmelzen.“²³

Marcel Duchamps „Fountain“²⁴ wird als gegenständliches „Readymade“²⁵ weder imitiert noch eingegliedert, sondern nur im Kunstkontext präsentiert. „Im sich selbst repräsentierenden Gegenstand liegt die Absage an die Nachahmungsfunktion der Kunst: Mit dem Readymade ändert die Kunst ihre Ausrichtung von der Form auf das Gesagte.“²⁶

2. Auflösung der Originalität

Die Appropriation Art griff die Kritik der Avantgarde an der Originalität auf und entwickelte sie konsequent weiter. Aus postmoderner Sicht charakterisiert die Appropriation Art insbesondere ihre konzeptuelle Aufwertung der Imitation und die Befreiung von der Ideologie der Dauerüberholung.²⁷ Denn die moderne Ästhetik setzte sich immer wieder selbst unter einen revolutionären Innovationszwang. Die postmoderne Ästhetik indes versuchte sich hiervon zu befreien. In den Mittelpunkt der Aneignungskunst werden vielmehr die Verwendung vorhandener Kunst und deren Neuinszenierung gestellt. Von der Realisierung des gänzlich Neuen wird indes ab-

²³ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 46. „Diesen programmatischen Ansatz der Avantgarde erklärte *Bürger* für gescheitert, da die Avantgarde seiner Ansicht nach von der Institution Kunst, die sie gerade überwinden wollte, schließlich doch vereinnahmt wird und damit eine Episode in der Kunstgeschichte der Moderne bleibt, vgl. *Bürger*, Theorie der Avantgarde (1974). Dagegen sieht *Boulboulé* die gescheiterte Aufhebung der Trennung von Kunst und Lebenspraxis zunächst im gesellschaftlichen Bereich, vgl. *Boulboulé*, Kunst nach Kunst - ein Avantgardekonzept, in Kunst nach Kunst, Ausst.-Kat. Neues Museum Weserburg Bremen (2002), 27.“ (*Huttenlauch*, Appropriation Art [2010] 46, FN 149).

²⁴ Abbildung 2.

²⁵ Unter einem „Readymade“ wird die bloße Präsentation eines alltäglichen oder bekannten, aus seiner Zweckbestimmung herausgelösten Gegenstandes als Kunst verstanden (*Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 2 Rz 154).

²⁶ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 47 „Nach dem Zweiten Weltkrieg wird der Ansatz auf weiteren Ebenen variiert: Warhol etwa erhebt die Serialität und Reproduzierbarkeit des Tafelbildes geradezu zum Prinzip und produziert mit Hilfe der Siebdrucktechnik in seiner *Factory* Originale in Serie.“ *Huttenlauch*, Appropriation Art [2010] 47, FN 151).

²⁷ *Welsch*, Unsere postmoderne Moderne (1988) 7.

gerückt.²⁸ Mit der so erfolgenden Neuabbildung bereits bestehender Werke erfolgt die Wiederbelebung der Nachahmungsfunktion der Kunst, von der sich die Moderne noch verabschiedet hatte.

Appropriation Art verwendet in der Regel bestehende Kunst (Bilder, Fotografien, etc) und damit im Gegensatz zur Avantgarde keine Gebrauchsgegenstände der Alltagswelt als Readymades.²⁹ Die Nachahmungsfunktion der Kunst wird durch die Appropriation Art damit nicht nur wieder aufgenommen, sie wird sogar erhöht, indem der „Abguss“ selbst als subversive Strategie eingesetzt wird, „um den Gedanken der Repräsentation auf eine neue Ebene zu führen. [...] Reproduziert wird nämlich gerade nicht die gegenständliche Wirklichkeit [...]“.³⁰

Vielmehr nutzt die Appropriation Art die ironische Verdopplung des Bildes, um die Frage aufzuwerfen, ob nicht hierdurch eine gedankliche Differenz entsteht.³¹ Es soll eine Kunsttheorie beanstandet und angegriffen werden, die sich immer noch auf ein autonomes Kunstverständnis beruft.³² Umformulierung, Verzerrung und Spiegelung werden zu Instrumentarien, um die Verbindlichkeit etablierter Kunst aufzulösen und eine lebendige Offenheit in Kunstpraxis und Kunsttheorie zu erhalten.³³

3. Appropriation Art in der Postmoderne

„As is typical of what has come to be called postmodernism, this new work is not confined to any particular medium; instead, it makes use of photography, film, performance, as well as traditional modes of painting, drawing, and sculpture.“

Douglas Crimp³⁴

Im Zusammenhang mit der Ausstellung „Pictures“ im New Yorker Artists Space im Jahr 1977 verwendete Douglas Crimp wohl erstmals den Begriff der Postmoderne

²⁸ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 45.

²⁹ Es gibt aber auch Beispiele, in denen die Aneignung von Readymades selbst erfolgte. Hier sei auf die Arbeit „Fountain (After Marcel Duchamp)“ von Sherrie Levine verwiesen, die sich das durch Marcel Duchamp geschaffene Werk „Fountain“ aneignete (vgl. Abbildungen 2 und 3).

³⁰ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 47.

³¹ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 47.

³² Boulboulé, Kunst nach Kunst - ein Avantgardekonzept, in Friese (Hrsg), Kunst nach Kunst, Ausstellungskatalog Neues Museum Weserburg Bremen (2002) 28.

³³ Boulboulé, Kunst nach Kunst - ein Avantgardekonzept, in Friese (Hrsg), Kunst nach Kunst, Ausstellungskatalog Neues Museum Weserburg Bremen (2002) 28.

³⁴ Crimp, Pictures, in Art After Modernism (1984) 175 (175).

mit Bezug auf die Appropriation Art, „der für ihn das Symptom einer grundlegenden kulturellen Verschiebung bezeichnete.“³⁵ „Seiner Ansicht nach manifestierte sich in der Anverwandlung fremder Bilder [...] ein neuer, allgemeiner und [...] allgegenwärtiger Modus kultureller Produktion, der sich durch die Arbeitstechniken Pasticcio, Zitat, Verzerrung und Umformulierung seit den 1970er Jahren angedeutet und nun gleichzeitig in verschiedenen Bereichen künstlerischen Schaffens endgültig durchgesetzt hatte.“³⁶ Die Postmoderne stellt die Moderne von Grund auf in Frage. Sie vollzieht einen Bruch mit den ästhetischen Einteilungen des Modernismus.³⁷ Dies kann auch als Spaltung verstanden werden, die der Postmodernismus durch die Dekonstruktion der Begriffe „Ursprung“ und „Originalität“ im konzeptuellen Bereich der Avantgarde errichtet hat.³⁸

Die Kriterien zur Beurteilung von Kunst, die aus der Theorie der Moderne abgeleitet sind, stehen damit den Ansätzen der Appropriation Art als Bestandteil der Postmoderne nicht vergleichbar gegenüber. Fällt man nun auf den Gedanken zurück, dass die gesetzliche Regelungen zum Urheberrecht oft noch in den ästhetischen Einteilungen der „Moderne“ denken, da sie in den künstlerischen Kategorien des 19. Jahrhunderts verhaftet sind, so soll dies trotzdem nicht hindern zu versuchen, die Appropriation Art als Ausfluss „postmoderner“ Kunst mit den bestehenden urheberrechtlichen Bestimmungen in Einklang zu bringen.³⁹

In diesem Zusammenhang ist es für eine verständige rechtliche Darstellung der Appropriation Art zunächst notwendig zu erfassen, welche Faktoren insbesondere die postmoderne Kunstpraxis formen. Was ist spezifisch postmodern an der Appropriation Art? Die Punkte Pluralismus und Eklektizismus, Kritik der Originalität sowie die neue Rolle des Betrachters spielen hier eine entscheidende Rolle.⁴⁰

³⁵ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 49. Bereits früher wurde dieser Begriff mit anderen Bezügen verwendet (*Huttenlauch*, Appropriation Art [2010] 49, FN 159 mwN).

³⁶ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 49. „Ähnlich bezeichnete später *Boulboulé* die Verwendung vorgefundener Bildwelten als eigenständiges „Medium“ der postmodernen Kunst: Das Zitat wird als Mittel zum „Verändernden Sehen“ eingesetzt - abzugrenzen vom reinen Wieder-Sehen sowie vom Neu-Sehen.“ (*Huttenlauch*, Appropriation Art [2010] 49, FN 161).

³⁷ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 50. Es gab aber auch Vertreter der Moderne (zB Marcel Duchamp), die nicht wie die klassischen Vertreter dieser Epoche am bestehenden Begriff der Originalität haften blieben.

³⁸ *Krauss*, The Originality of the Avant-Garde, October 18 (1981), 47 (53).

³⁹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 50.

⁴⁰ *Harrison/Wood*, Kunsttheorie im 20. Jahrhundert (1998) 1223.

a) Pluralismus und Eklektizismus

Für die historische Phase der Postmoderne bezeichnend ist die Anerkennung der Pluralität als gesellschaftliche Grundverfassung.⁴¹ „Die postmoderne Philosophie wendet sich gegen einen „falschen“ Ausschließlichkeitsanspruch: anstatt ein Partikulares zum vermeintlich Absoluten zu erheben, gesteht man unterschiedlichen Formen des Denkens und Handelns jeweils [die] gleiche Berechtigung zu.“⁴² Erst dieses pluralistische Grundverständnis ermöglicht im Weiteren den individuellen Eklektizismus, der als eine der zentralen Voraussetzungen der postmodernen bildenden Kunst angesehen wird.⁴³ Hierauf aufbauend erfolgte mit dem radikalen neuen Verständnis zum künstlerischen Medium in der Postmoderne zuletzt der epochale Einschnitt in Bezug auf die Moderne. „Post-Modern ist die Appropriation Art, weil es ihr nicht länger um die Quelle künstlerischen Schaffens geht, sondern um Strukturen der Signifikation.“⁴⁴

Statt der Montage von Bildelementen rückt die Aneignung selbst in den Vordergrund. Indem sich beispielsweise Sherrie Levine „ein Bild als Ganzes nimmt und dabei keinerlei Anspruch auf Kreativität erhebt, hat die Aneignung ausschließlichen funktionellen Wert im spezifischen historischen Diskurs, in den sie gestellt wird. Sie wird so oft potenziert, bis das angeeignete Substrat hinter der Strategie selbst verblasst und damit lediglich noch der Veranschaulichung des Aneignungsvorgangs dient.“⁴⁵

b) Kritik der Originalität

Mit Blick auf das in Veränderung begriffene Konstrukt von Autorenschaft und Originalität setzte sich im Laufe des 20. Jahrhunderts auf der Grundlage der Hypothesen

⁴¹ Welsch, *Unsere postmoderne Moderne* (1988) 5.

⁴² Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 51, FN 171.

⁴³ Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 51. Crimp unterscheidet mit Blick auf die Appropriation Art als postmoderne Kunstform in diesem Zusammenhang zwei verschiedene Aneignungsmodelle, mit denen er den Anspruch postmoderner Kunst in der bildenden Kunst proklamiert, die regressive Stilaneignung und die progressive Materialaneignung. Vgl. Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 51, FN 172.

⁴⁴ Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 51.

⁴⁵ Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 52. Vgl. Abbildung 1.

des Strukturalismus⁴⁶ immer mehr die Auffassung durch, dass auch Wahrnehmungen nicht nur aus einer natürlichen Realität zu erklären sind. Bedeutung entstehe erst immer in Bezug auf andere Äußerungen. Dieser Entwicklung lag die Annahme zugrunde, dass sich Phänomene nicht isoliert voneinander, sondern nur in Verbindung mit anderen Phänomenen erklären lassen.⁴⁷

Derlei semiotische Fragestellungen nach Repräsentation und Signifikation finden in der Appropriation Art ihre Entsprechung auf bildlicher Ebene. „Transportiert die Reproduktion der Reproduktion eine andere Bedeutung als die Reproduktion des Originals? Welche Rolle spielt der Kontext für diesen Unterschied und generell für die Erzeugung von Bedeutung? Die Wiederverwendung des Bekannten eröffnet neue Bedeutungsdimensionen und veranschaulicht damit den Signifikationsprozess im semiotischen Dreieck zwischen Signifikat, Referent und Signifikant. Das Kunstwerk hat nicht mehr die Aufgabe, das Dargestellte zu repräsentieren, sondern sich als Signifikationspraxis in Beziehung zu setzen. Indem sich die exakte Verdopplung eines Bildes einreicht in eine endlose Signifikantenkette, in der Zeichen nicht mehr auf ein Bezeichnetes sondern nur auf ein anderes Zeichen verweisen, setzt sich Appropriation Art mit der Erzeugung von Bedeutung in der Produktion und Rezeption von Kunst auseinander.“⁴⁸

Über die Bedeutung der Produktion von Kunst wurde ebenfalls das Thema ihrer Reproduktion (und Reproduzierbarkeit) immer bedeutender. Unterstützt durch die sich fortwährend entwickelnden technischen Rahmenbedingungen veränderte sich auch die Auffassung von kreativer Produktion. Mechanische Reproduktionen konnten die unverwechselbare individuelle Pinselführung problemlos ersetzen.⁴⁹

Sherrie Levine (*1947) eignete sich durch schlichtes Abfotografieren aus einem Ausstellungskatalog eine ganze Serie Schwarz-Weiß-Fotografien von Walker Evans (1903-1975) an.⁵⁰ Andy Warhol (1928-1987) führte durch die Siebdrucktechnik ne-

⁴⁶ Strukturelle Verfahren, die auf *de Saussures* Sprachwissenschaft des frühen 20. Jahrhunderts zurückgehen, wurden seit den 1960er Jahren in die allgemeine Semiotik und viele Einzelwissenschaften, wie der Linguistik, Ethnologie, Anthropologie und Literaturwissenschaft, übernommen. Vgl. *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 52, FN 177.

⁴⁷ *Harrison/Wood*, *Kunsttheorie im 20. Jahrhundert* (1998) 1224; *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 52.

⁴⁸ *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 53.

⁴⁹ *Jameson*, *Postmoderne - Zur Logik der Kultur im Spätkapitalismus*, in *Huyssen/Scherpe* (Hrsg), *Postmoderne - Zeichen eines kulturellen Wandels* (1986) 45 (60).

⁵⁰ Abbildung 1.

ben der Reproduzierbarkeit gar die Serialität in die Kunst ein.⁵¹ Elaine Sturtevant (*1930), die als Wegbereiterin der Appropriation Art gilt, ging gar einen Schritt weiter und schaffte Werke Andy Warhols, die sie mit dem eigenen Namen signiert und mit Hinweisen auf den Urheber⁵² des Originals betitelt, nach.⁵³

c) Die neue Rolle des Betrachters

Eine tragende Rolle in der Appropriation Art spielt zudem der Aspekt, in welchem Zusammenhang der Appropriationist sein Werk präsentiert. Der örtliche, institutionelle, soziale, kulturelle und politische Präsentations- und Rezeptionskontext wird in das Kunstwerk mit einbezogen. „Appropriation Art thematisiert ihre institutionelle Umgebung durch Re-Kontextualisierung und bezieht zugleich den Rezipienten selbst als Werkkonstituenden ein. Wird nämlich Bedeutung als Produkt semantischer Beziehungen erklärt, das letztlich sozial generiert ist, so ist sie immer zugleich auch Deutung, und der Rezipient spielt folglich im Signifikationsprozess eine aktive Rolle.“⁵⁴

Richard Prince (*1949) verbrachte kommerzielle Werbung in Gestalt von „Marlboro-Cowboys“ in ein Museum,⁵⁵ Sherrie Levine fotografierte Edward Westons Portraits seines Sohnes Neil von einem Plakat ab und veröffentlicht sie in alternativen Kunsträumen.⁵⁶ Der konzeptuelle Ansatz der Appropriation Art erschließt sich dem Betrachter erst durch den Wiedererkennungseffekt. Er muss daher das angeeignete Bild (in den genannten Beispielen die jeweilige Fotografie) kennen, um die Bedeutungsverschiebung, die der Appropriationist mit seiner Arbeit erreichen möchte, zu erkennen.

⁵¹ Abbildung 4.

⁵² Die Bezeichnung „Urheber“ bezieht sich hier und nachfolgend auf den Urheber des Werkes bzw. den sonstigen Rechteinhaber, also auch immer auf den berechtigten Dritten.

⁵³ Abbildung 5. *Warhol* hat die Arbeit von *Sturtevant* von Anfang an unterstützt. Bereits 1964 stellte er der Künstlerin das originale Sieb seiner berühmten Serie *Flowers* zur Verfügung, und *Sturtevant* fertigt noch im gleichen Jahr ihre „Flowers“. Er sanktionierte die Arbeit von *Sturtevant* damit als gedankliche Fortführung seines eigenen seriellen Ansatzes. *Warhol* soll in einem Interview, nach seiner künstlerischen Technik befragt, geantwortet haben: „Oh, I don’t know. Ask Elaine (Sturtevant)“. Vgl. *Wittstock*, Falsche Originale und echte Warhols von Sturtevant, <http://www.welt.de/print-welt/article351223/Falsche-Originale-und-echte-Warhols-von-Sturtevant.html> (07.03.2013).

⁵⁴ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 54.

⁵⁵ Abbildung 6, zu Richard Prince vgl. ausführlich Kapitel 1 D.2 Seite 57.

⁵⁶ Abbildung 7.

B. Begriffliche Abgrenzungen und Begriffsbestimmungen

Eine rechtliche Einordnung der Appropriation Art kann neben dem Verständnis der Appropriation Art als Praxis der Postmoderne darüber hinaus nur dann gelingen, wenn mit den wichtigsten Aneignungsformen Kunstfälschung, Plagiat, Parodie, Reproduktion, Imitation, Replik, Kopie, Umbildung, Zitat, Pasticcio, Fassung, Doppelschöpfung und unbewusste Entlehnung diejenigen Aneignungspraktiken dargestellt werden, die zwar der Appropriation Art zur Seite stehen, im Verhältnis zu dieser jedoch einen klar bezeichneten Bedeutungsinhalt haben.

I. Kopie

Unter einer Kopie (lateinisch: „copia“ = Menge, Vorrat) wird allgemein die originalgetreue Reproduktion eines Gegenstandes (Nachbildung) verstanden.⁵⁷ Der Begriff der Vervielfältigung kann in diesem Zusammenhang als Synonym verwendet werden. Eingeengt auf das Gebiet der Kunst sind wohl mit der Kopie alle Wiederholungen erfasst, die einen bereits geäußerten künstlerischen Gedanken nachbilden. Die Kopie ist künstlerische Technik der Appropriation Art, berührt die Vervielfältigungsrechte des Ursprungskünstlers und bedarf daher grundsätzlich dessen Zustimmung.⁵⁸

II. Replik und Fassung

Die Replik, auch Reprise, erfasst hingegen die Wiederholung des Werkes durch den Ursprungskünstler selbst (oder dessen Werkstatt).⁵⁹ Die Fassung wird als eine in wesentlichen Punkten abweichende Replik verstanden.⁶⁰ Anders als im Rahmen der Appropriation Art und deren Werkkonzept wird bei der Replik das künstlerische Werk durch den Ersturheber selbst wiederholt.

⁵⁷ Brockhaus, XII²⁰ (1997) 365. Eine Kopie ist auch eine originalgetreue Reproduktion eines Schriftstücks durch Abschrift, Durchschrift oder Kopierverfahren (Brockhaus, XII²⁰ [1997] 365).

⁵⁸ Ausf dazu Kapitel 3 C.II.1.c) Seite 160.

⁵⁹ Brockhaus, XVIII²⁰ (1998) 280.

⁶⁰ *Döhmer*, Zur Soziologie der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, XXI/1 1978, 76 (76); Brockhaus, XVIII²⁰ (1998) 280.

III. Reproduktion

Der Begriff Reproduktion steht in der Kunst für die technisch hergestellte Kopie, wenn die künstlerische Technik das vorsieht (Druckgrafik, Kunstguss) oder die Verfahrenstechnik selbst (Kunstdruck).⁶¹ Insbesondere Andy Warhol wurde durch die konsequente Anwendung reproduktiver (und serieller) Verfahren im Rahmen der Gestaltung seiner Kunst bekannt.

IV. Imitation

Mit Imitation ist die Übernahme stilistischer oder motivischer Eigenarten eines Künstlers bzw einer Schule gemeint. Imitationen werfen regelmäßig keine urheberrechtlichen Probleme auf. Denn der Begriff der Vervielfältigung aus § 15 Abs 1 UrhG zielt auf das urheberrechtlich geschützte Werk und nicht auf Motiv und Stil ab.⁶² „Wo kein geistiges Band existiert, da vermag das Urheberrecht nichts auszurichten.“⁶³ Imitationen verletzen damit zwar nicht das Urheberrecht. Berührt indes ist der Anspruch aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf Anerkennung der Nichturheberschaft.

Grundsätzlich darf jeder, wenn er will, einen fremden Stil übernehmen und in diesem arbeiten. Entstandene Werke sind Originale. Werden sie indes als echt, also von dem Künstler stammend, dessen Stil imitiert wurde, in den Verkehr gebracht, würde damit aber wahrheitswidrig eine bestimmte Herkunft mit der Folge behauptet, dass eine Fälschung vorliegt.⁶⁴

⁶¹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 28.

⁶² *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 28. Jeder Verweis auf die deutsche Rechtsprechung bzw Literatur erfolgen insoweit, als deren Ausführungen zu den jeweiligen Vorschriften des deutschen Urheberrechts entsprechend auf die dem gemäßen Normen des österreichischen Urheberrechts übertragbar sind (*Mauch*, Die rechtliche Beurteilung von Parodien [2003] 87 f FN 694; *Dillenz*, Die urheberrechtliche Beurteilung der Parodie, ZfRV 1984, 93 [96]).

⁶³ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht³ (2005) Rz 303.

⁶⁴ *Schack*, Kunst und Recht² (2005) Rz 43.

V. Umbildung

Umbildungen sind inhaltliche Abwandlungen von der Vorlage.⁶⁵ Sie sind regelmäßig Bestandteil künstlerischen Schaffens der Appropriationisten und urheberrechtlich gesehen Bearbeitungen oder Zitate, deren Zulässigkeit sich grundsätzlich nach den §§ 5, 14 Abs 2 und 46 UrhG richtet.⁶⁶

VI. Zitat und Pasticcio

Ein Zitat (lateinisch: „citatum“ = Angeführtes, Aufgerufenes) ist „die bewusste, möglichst geistreiche und verfremdete Übernahme eines einzelnen Formelements aus eigentlich abgeschlossenen künstlerischen Entwicklungen früherer Epochen.“⁶⁷

Bei einem Pasticcio (Pastiche) werden aus mehreren Vorbildern Teile entnommen und zu einem neuen Ganzen zusammengesetzt. Man spricht hier auch von einer Zitat-Collage.⁶⁸ Im Regelfall werden mit dem Pasticcio der Stil oder die Technik des Künstlers ohne urheberrechtliche Folgen imitiert. Galt die Nachahmung jedoch im Einzelfall darüber hinaus einem bestimmten Kunstwerk, käme auch eine urheberrechtliche Würdigung in Betracht.⁶⁹ Aus rechtlicher Sicht wäre daneben zu bestimmen, ob es sich bei dem Werk um ein einzelnes Zitat oder eine Zitatensammlung handelt. Denn die einfache Auswahl und Anordnung von Zitaten ist von der Zitierfreiheit nicht erfasst und damit urheberrechtlich nicht geschützt.⁷⁰

⁶⁵ Döhmer, Zur Soziologie der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, XXI/1 1978, 76 (76).

⁶⁶ Bildzitate werden vom Wortlaut des § 46 Abs 2 UrhG nicht erfasst, werden jedoch zumindest von der Rechtsprechung als zulässig angesehen. Vgl hierzu Kapitel 3 C.III.2.a) Seite 191.

⁶⁷ Brockhaus, XXIV²⁰ (1999) 600.

⁶⁸ Döhmer, Zur Soziologie der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, XXI/1 1978, 76 (76).

⁶⁹ Teilweise wird hier auch vertreten, dass mit dem Pasticcio bereits definitionsgemäß die Übernahme eines Kunstwerkes ausscheidet, da mit dieser Aneignungsform lediglich die Übernahme von Stil oder Technik erfasst ist. Vgl Flechsig in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § 90 Rz 81.

⁷⁰ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 29.

VII. Kunstfälschung und Plagiat

1. Die Kunstfälschung

a) Begriff

Seit es Kunstwerke gibt, werden auch Kunstfälschungen gefertigt. Schon im alten Rom wurden Plastiken gefälscht und als vermeintliches Beutegut aus Griechenland verkauft. Später bemühte sich das Fälschertum dann um Reliquien und Druckgraphiken, insbesondere jene von Albrecht Dürer. Kunstfälschungen nehmen immer dann unweigerlich zu, sobald die Wertschätzung, die einem Kunstwerk entgegengebracht wird, von einer bestimmten Künstlerpersönlichkeit abgeleitet wird. Es wird angenommen, dass 60 % aller Kunstgegenstände auf dem Kunstmarkt gefälscht sind.⁷¹

Die Kunstfälschung kann als Kunstfälschung, Kunstfälschung im engeren Sinn und Kunstbetrug differenziert werden.⁷² Unter *Kunstfälschung im engeren Sinn* wird dabei allein die bildnerische Nachahmung zu Täuschungszwecken verstanden,⁷³ wobei mit *Kunstfälschung* im Allgemeinen weithin die Veränderung eines bereits bestehenden Kunstwerkes gemeint ist, was beispielsweise durch das Entfernen oder Hinzufügen der Signatur oder durch das Übermalen einzelner Stellen erfolgen kann.⁷⁴ So wurden Kunstwerke insbesondere immer wieder einem späteren Zeitgeschmack angepasst.⁷⁵

Der *Kunstbetrug* erfasst alle jene Verhaltensweisen, die den Standort des Kunstwerkes zu seinem sozialen Umfeld verändern. Denkbar dabei sind die Expertisenfälschung oder aber die Behauptung falscher Tatsachen über die Herkunft des Werkes.⁷⁶

⁷¹ Schack, Kunst und Recht² (2005) Rz 38.

⁷² Würtenberger, Das Kunstfälschertum (1940) 35 ff; Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 26.

⁷³ Löffler, Künstlersignatur und Kunstfälschung, NJW 1993, 1421 (1422).

⁷⁴ Löffler, Künstlersignatur und Kunstfälschung, NJW 1993, 1421 (1422).

⁷⁵ Beispielsweise wurde in einem Gemälde von Sir Joshua Reynolds die Mutter der Töchter Payne einfach ausgeblendet. Oder aus Leonardo da Vincis attraktiven Johannes dem Täufer mit Kreuz (1515) wurde 180 Jahre später ein mit einem Lendenschutz bekleideter Bacchus mit Stab. Vgl Schack, Kunst und Recht² (2005) Rz 40.

⁷⁶ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 26.

b) Strafrechtliche Sanktionen

Allen Ansätzen der Kunstfälschung gemein ist das Ziel, die eigene, „mindere“ Leistung einem anderen, höher bewerteten Kontext unterzuschieben. Die hierin liegende Beeinträchtigung des allgemeinen Interesses an der Beweiskraft der künstlerischen Signatur, des urheberpersönlichkeitsrechtlichen Nennungsrechts des Künstlers sowie des fairen und ehrlichen Kunsthandels wird strafrechtlich verfolgt. Wird die Fälschung nach dem Fälschungsvorgang als echt veräußert, liegt ein Betrug im Sinne von § 146 Strafgesetzbuch (StGB) vor. Im Vorfeld eines Betruges kann die Kunstfälschung bezogen auf den Fälschungsvorgang selbst bereits als Urkundenfälschung nach § 223 Abs 1 StGB strafbar sein.⁷⁷

Nach dieser Vorschrift begeht Urkundenfälschung, wer eine falsche Urkunde mit dem Vorsatz herstellt oder eine echte Urkunde mit dem Vorsatz verfälscht, dass sie im Rechtsverkehr zum Beweis eines Rechtes, eines Rechtsverhältnisses oder einer Tatsache gebraucht werde.

Dabei sind Kunstwerke selbst keine Urkunden.⁷⁸ Sie sind als Sammelobjekte heute auch nicht mehr dazu geeignet und bestimmt, im Rechtsverkehr Beweis für eine außerhalb ihrer selbst liegenden Tatsache zu erbringen.⁷⁹ Urkundeneigenschaft erhält das Kunstwerk erst durch die Signatur des Künstlers. Hierdurch erklärt der Signierende, dass er Werkschöpfer und das Werk vollendet ist.⁸⁰ Ob der Künstler dabei die Gewähr für seine Urheberschaft mit vollem Namen, durch bloße Initialen⁸¹ oder ein anderes Künstlerzeichen mit Herkunftsfunktion⁸² übernimmt, ist ohne Belang. Unsignierten Kunstwerken hingegen bleibt der Urkundencharakter im strafrechtlichen Sinn verwehrt.⁸³ Erst mit der Signatur entsteht in Verbindung mit dem Kunstwerk eine zusammengesetzte Urkunde; allein eine charakteristische Malweise kann

⁷⁷ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 26.

⁷⁸ RGSt 76, 28 (30).

⁷⁹ *Schack*, Kunst und Recht² (2005) Rz 54.

⁸⁰ *Schack*, Kunst und Recht² (2005) Rz 54.

⁸¹ OLG Frankfurt am Main 1 Ss 409/69 NJW 1970, 673 (674).

⁸² RGSt 76, 28 (30).

⁸³ *Löffler*, Künstlersignatur und Kunstfälschung, NJW 1993, 1421 (1423).

die Herkunftsfunktion des Künstlerzeichens nicht ersetzen.⁸⁴ Eine nachträgliche Veränderung kann auch dann strafbar sein, wenn der Künstler sie selbst vornimmt.⁸⁵

Strafrechtlich sanktioniert wird nach § 223 Abs 2 StGB auch, wer eine falsche oder verfälschte Urkunde im Rechtsverkehr zum Beweis eines Rechtes, eines Rechtsverhältnisses oder einer Tatsache gebraucht.⁸⁶ Soweit jedoch der Händler einem Kaufinteressenten zunächst lediglich eine Fotografie des gefälschten Kunstwerkes zur Augenscheinnahme gibt, liegt noch kein Gebrauchmachen im Sinne von § 223 Abs 2 StGB vor. Die Fotografie kann die Prüfung des Originals nicht ersetzen.⁸⁷

Zivilrechtlich kann der Künstler nicht verlangen, dass das Falsifikat als solches kenntlich gemacht wird.⁸⁸ Als Ausfluss seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat er indes Anspruch auf die Entfernung einer gefälschten Signatur.⁸⁹

2. Das Plagiat

Der häufig umgangssprachlich verwendete Begriff des Plagiats (griechisch: „plágios“ = unredlich, hinterlistig, versteckt; lateinisch: „plagiarius“ = Menschendieb, Seelenverkäufer) ist grundsätzlich kein Rechtsbegriff.⁹⁰ Jedenfalls soll er mit seiner negativen Besetzung verdeutlichen, dass es sich jeweils um eine Form geistigen Diebstahls handelt.⁹¹ Plagiat wird allgemein hin als Synonym für eine Nachahmung

⁸⁴ Beispiele zur Verfälschung einer echten Urkunde: Ersatz der alten gegen eine neue (wertsteigernde) Signatur, Bestehenlassen der Signatur mit der wesentlichen Veränderung des Bildes, Tilgung der Jahreszahl neben der Signatur mit der Absicht, das Werk einer früheren Schaffensperiode zuzuordnen und dadurch einen höheren Preis zu erzielen; Beispiel zur Erstellung einer unechten Urkunde: Signatur eines eigenen oder fremden Werkes mit einem fremden Namen (nach Schack, Kunst und Recht² [2005] Rz 55). Die Signatur eines fremden Werkes mit dem eigenen Namen ist als schriftliche Lüge nicht von § 223 StGB erfasst (für § 267 dStGB Löffler, Künstlersignatur und Kunstfälschung, NJW 1993, 1421 [1424]).

⁸⁵ Schack, Kunst und Recht² (2005) Rz 55.

⁸⁶ Da das betroffene Kunstwerk im Zeitpunkt der Fälschungshandlung zumeist dem Fälscher gehört, wird bei Kunstfälschungen der Tatbestand der Urkundenunterdrückung nach § 229 StGB, etwa durch Entfernen oder Übermalen einer Signatur, selten erfüllt sein, da hier keine fremde Urkunde vernichtet oder beschädigt wird. Entsprechendes gilt für die Sachbeschädigung nach § 125 StGB.

⁸⁷ Schack, Kunst und Recht² (2005) Rz 55; aA Löffler, Künstlersignatur und Kunstfälschung, NJW 1993, 1421 (1425).

⁸⁸ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 26.

⁸⁹ BGH I ZR 135/87 NJW 1990, 1986 (1988).

⁹⁰ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht³ (2005) Rz 252.

⁹¹ Schack, Kunst und Recht² (2005) Rz 344.

verstanden, wobei meist eine moralische Empörung mitschwingt, ohne dass zwischen rechtmäßiger und rechtswidriger Benutzung differenziert wird.⁹²

Unser Idealbild der schöpferischen Persönlichkeit ist der individualistische Künstler. Das Plagiat als unerlaubte Nachahmung erscheint uns daher heute als verabscheuungswürdig.⁹³ Bei den alten Meistern war es demgegenüber noch üblich und akzeptiert, dass jeder sich einverleibte, was er bei anderen Künstlern gut fand.⁹⁴ Diesem Ansinnen von Geben und Nehmen steht das individualistisch geprägte Urheberrecht von heute allerdings entgegen.

Das engere juristische Verständnis sieht in einem Plagiat die unveränderte oder veränderte Übernahme eines urheberrechtlich geschützten Werkes oder Werkteils unter Anmaßung der Urheberschaft.⁹⁵ Plagiate können als (nahezu) identische Kopie auftreten. Gegenstand eines Plagiates können aber auch Werkteile sein.⁹⁶

Ein Plagiat verletzt das Recht des tatsächlichen Urhebers auf Anerkennung und Benennung seiner Urheberschaft nach den §§ 19 ff UrhG, meist in Verbindung mit einem Eingriff in die Verwertungsrechte nach den §§ 14 ff UrhG, und zielt damit grundsätzlich auf eine Urheberrechtsverletzung ab.

Gemeinfreie Werke, also Werke, die keinem Urheberrecht mehr unterliegen oder ihm nie unterlegen haben, scheiden daher juristisch betrachtet als Gegenstand eines Plagiate von vornherein aus. Da Fälscher sich gerade nicht die Urheberschaft anmaßen, sondern versuchen, diese einem anderen zuzuschreiben, können auch Kunstfälschungen keine Plagiate sein. Den nachschaffenden Künstler, dem ein Bearbeitungsrecht eingeräumt wird, kann ebenfalls kein Plagiatvorwurf treffen, da er in einem solchen Fall rechtmäßig handelt.

Jedoch rechtswidrig bleibt ein Plagiat regelmäßig dann, wenn der Plagiator versucht, sein Handeln durch das Hinzufügen weiterer Momente zu verdecken. „Para-

⁹² *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 27 FN 43.

⁹³ Im Gegensatz zum ostasiatischen Kunstkreis, wo die Nachahmung klassischer Künstler als hohe Tugend gilt.

⁹⁴ Pieter Breughel dJ malte beispielsweise 1610 „Die Volkszählung von Bethlehem“ nach dem Vorbild seines gleichnamigen Vaters aus dem Jahr 1566.

⁹⁵ *Schumacher* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) 161; *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*⁴ (2008) Rz 252; vgl. *Seifert*, *Plagiatsgeschichte(n)*, in FS Traub (1994) 343 (345 f); *Chakraborty*, *Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht* (1997) 39 f; *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 27.

⁹⁶ *Schack*, *Kunst und Recht*² (2005) Rz 55.

phrasierung eines fremden Werkes ist keine Entschuldigung, sondern im Gegenteil Zeichen einer vorsätzlichen Urheberrechtsverletzung.“⁹⁷

Am Vorsatz zu einer Urheberrechtsverletzung fehlt es indes regelmäßig bei einer unbewussten Entlehnung.⁹⁸ Hiervon spricht man, wenn die schöpferische Inspiration von einer verschütteten fremden Quelle herrührt, an die sich der Urheber nicht mehr bewusst erinnert. Ein solches Werk ist ein abhängiges Werk und darf nicht ohne Zustimmung des Urhebers des Originals verwertet werden.⁹⁹ Trotz des fehlenden Vorsatzes, welches die unbewusste Entlehnung von einem Plagiat unterscheidet, bleibt sie doch rechtswidrig und oft auch schuldhaft.¹⁰⁰

3. Abgrenzung zur Appropriation Art

Der Appropriation Art zu eigen ist, die Differenz zwischen Künstler und Werk offen zu legen, um konzeptuelle Fragen aufzuwerfen, die über das konkrete zu betrachtende Kunstwerk hinausgehen.¹⁰¹ Eine Täuschung über die Urheberschaft ist damit nicht gewollt. Auf diese Weise unterscheidet sich die Appropriation Art von der Kunstfälschung und dem Plagiat insbesondere dadurch, dass sie weder versucht, die eigene Leistung einem anderen unterzuschieben (Kunstfälschung) noch sich fremde Urheberschaft anmaßt (Plagiat).¹⁰² Aufgrund der Bekanntheit der meisten Aneignungsobjekte ist eine Zuschreibung der benutzten Werke an den Appropriationisten nicht nur nicht beabsichtigt, sondern regelmäßig gar nicht möglich. Folglich ist das Vorliegen eines Plagiats auch objektiv ausgeschlossen.¹⁰³

Elaine Sturtevant beispielsweise signierte ihre Werke auf der Rückseite mit ihrem Namen, wobei sie deren Ersturheber im Titel der jeweiligen Arbeit aufführte.¹⁰⁴ Sherrie Levine nannte die Urheber ihrer Vorlagen ebenfalls in den Titeln ihrer Werke.¹⁰⁵ Mike Bidlo versah seine Werke ebenso mit einem Hinweis auf den Ersturhe-

⁹⁷ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht³ (2005) Rz 253.

⁹⁸ Ausf dazu Kapitel 1 B.X Seite 43.

⁹⁹ OLG Köln 6 U 189/97 GRUR 2000, 43 (44).

¹⁰⁰ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht³ (2005) Rz 254.

¹⁰¹ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 27.

¹⁰² Kakies, Kunstzitate (2007) 18.

¹⁰³ Kakies, Kunstzitate (2007) 18.

¹⁰⁴ „Warhol Flowers“, Abbildung 5.

¹⁰⁵ „After Walker Evans“, Abbildung 1.

ber.¹⁰⁶ Gegenüber der Kunstfälschung und dem Plagiat enthält die Appropriation Art damit regelmäßig kein rechtlich zu sanktionierendes Täuschungselement.

VIII. Parodie

Appropriationisten versuchen mitunter, wenn sie wegen der Verletzung von Urheberrechten in Anspruch genommen werden, sich auf das Vorliegen einer Parodie zu zurückzuziehen, um damit ihr Schaffen urheberrechtlich zu rechtfertigen und einer urheberrechtlich negativen Beurteilung ihres jeweils betroffenen Werkes aus dem Weg zu gehen.¹⁰⁷

Parodien (griechisch: „parōdía“ = Gegenlied, verstellt gesungenes Lied) sind ein wirkungsvolles und beliebtes Mittel geistiger Auseinandersetzung. Urheberrechtlich problematisch ist die Parodie, weil sie die charakteristischen Züge des fremden Werkes übernehmen muss, um es wiedererkennbar machen und kritisieren zu können. Das parodierte Werk wird nicht nur als Anstoß benutzt, sondern es wird gerade deutlich erkennbar in den Vordergrund gerückt, zum Gegenstand von Kritik, ja lächerlich gemacht, die künstlerische Aussage womöglich in ihr Gegenteil verkehrt.¹⁰⁸ Anders als im Normalfall der freien Benutzung nach § 5 Abs 2 UrhG kann hier also keine Rede davon sein, dass das benutzte Werk gegenüber der Parodie völlig verblasst.¹⁰⁹ Nach den allgemeinen Maßstäben des Urheberrechts lägen vielmehr eine Bearbeitung (§§ 5 Abs 1, 14 Abs 2 UrhG) und meist auch eine Entstellung des parodierten Werkes vor.

Müsste man indes die jeweiligen Künstler vor einer Parodie immer um Erlaubnis bitten, könnte eine Parodie überhaupt nicht funktionieren. Verschiedene Rechtsordnungen sehen daher eine ausdrückliche urheberrechtliche Schranke zugunsten der Parodie vor.¹¹⁰ Das amerikanische Urheberrecht kennt den Auffangtatbestand des *fair use*, der den für eine Parodie notwendigen Entfaltungsspielraum schafft.¹¹¹

¹⁰⁶ „Untitled (Not Pollock)“, Abbildung 8.

¹⁰⁷ Ohne Erfolg im Fall *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992). Dem anerkennenden Gericht nach lag hier allenfalls eine Gesellschaftssatire vor. Ausf dazu Kapitel 2 B.II.1.b) Seite 96.

¹⁰⁸ Schack, Kunst und Recht² (2005) Rz 359.

¹⁰⁹ Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht³ (2005) Rz 248.

¹¹⁰ Für die Schweiz Art 11 III URG 1992; für Frankreich Art L 122-5 Nr 4 CPI. Auch Art 5 III k der EG-Harmonisierungs-RL erlaubt eine Schranke zur Verwendung von Parodien.

¹¹¹ Vgl dazu *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (1994), wonach die Rap-Parodie „Oh, Pretty Woman“ als *fair use* bewertet wurde. Ausf dazu Kapitel 2 A.V.3.a)aa) Seite 79 und Kapitel 2 B.II.3.b)aa) Seite 104.

In Österreich ist die Parodie gesetzlich indes nicht ausdrücklich geregelt. Sie kann daher urheberrechtlich nur unter dem Gesichtspunkt der freien Benutzung des parodierten Werkes und - als Folge einer Interessenabwägung zwischen Urheber und Nutzer - unter dem Aspekt der Kunst- und Meinungsfreiheit gerechtfertigt sein.¹¹²

„Die kritische Auseinandersetzung mit Kunst muss auch dann erlaubt sein, wenn sie nicht mittels gewöhnlicher Zitate [...] erfolgt, sondern auf originelle, verfremdete, ironische, auch bissige Weise.“¹¹³

Selbstverständlich sind der Parodie durch das Urheberrecht Grenzen gesetzt, wobei gemeinfreie Kunstwerke unbeschränkt parodiert werden dürfen. Im amerikanischen Urheberrecht ermöglicht die Generalklausel des *fair use* eine flexible und großzügige Handhabung bezüglich der urheberrechtlichen Rechtfertigung einer Parodie.¹¹⁴ In Österreich werden Parodien unter bestimmten Voraussetzungen als freie Benutzung im Sinne von § 5 Abs 2 UrhG behandelt.

Da die Parodie nicht in den Katalog der freien Werknutzung aufgenommen ist, kann sie gesetzessystematisch auch nur zulässig sein, wenn es sich bei ihr um eine Neuschöpfung gemäß § 5 Abs 2 UrhG handelt.¹¹⁵ Ist eine Parodie als freie Benutzung anzusehen, werden die Rechte an dem parodierten Werk nicht berührt, und es ist auch kein Hinweis auf den Originalurheber erforderlich.¹¹⁶

Ob überhaupt eine Parodie vorliegt, hängt im Einzelfall davon ab, ob das neue Werk trotz starker Anlehnung an Inhalt und Form des parodierten Werkes doch eine ausreichend individuell schöpferische und selbständig geistig-künstlerische Leistung ist, in der die Züge des benutzten Werkes eindeutig hinter den neuen, den parodistischen, zurücktreten.¹¹⁷ Die Parodie muss gegenüber dem Ursprungswerk einen solchen Grad von Selbständigkeit und Eigenart aufweisen, dass von einer abhängigen Nachschöpfung nicht gesprochen werden kann.¹¹⁸

¹¹² OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 = MR 2010, 327.

¹¹³ Schack, Kunst und Recht² (2005) Rz 359.

¹¹⁴ Vgl FN 111 Seite 38.

¹¹⁵ OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 = MR 2010, 327; Ciresa, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 57; Noll, Parodie und Variation, MR 2006, 196 (198).

¹¹⁶ OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 = MR 2010, 327; Walter, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 1121; Dittrich, Zur urheberrechtlichen Beurteilung der Parodie, RfR 1993, 25 (26); Dilenz/Gutman, UrhG² (2004) § 5 Rz 11.

¹¹⁷ OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 = MR 2010, 327.

¹¹⁸ Noll, Parodie und Variation, MR 2006, 196 (199).

Für die Annahme einer Parodie unerlässlich ist, dass sich die Kritik zumindest auch gegen das parodierte Werk selbst richtet und nicht allein gegen die Person des Urhebers oder einen Dritten.¹¹⁹ Es soll hingegen nicht ausreichen, wenn das zu parodierende Werk lediglich den Aufhänger für eine Gesellschaftssatire bildet,¹²⁰ oder nur zum Hervorrufen von Heiterkeit bestimmt ist.¹²¹ Unbestritten kennzeichnend für die Parodie ist die in der Regel stattfindende, antithematische Auseinandersetzung mit dem Ursprungswerk.¹²²

Die antithematische Behandlung der Parodie verlangt die gezielte Übernahme und Verfremdung wesentlicher Merkmale des parodierten Werkes, so dass eine Beeinträchtigung, wenn nicht gar eine Entstellung¹²³, in der Regel zu bejahen ist. Der Betrachter erfährt aber auch, dass die Parodie gerade nicht vom Urheber des parodierten Werkes stammt, sondern der Meinungs- und Äußerungsfreiheit des Parodisten entspringt.¹²⁴

Bei allem darf die Parodie indes nicht mehr übernehmen, als dies für die verfolgte Assoziation mit dem Ausgangswerk notwendig ist.¹²⁵ Denn privilegiert ist nur die Auseinandersetzung mit dem parodierten Werk.¹²⁶

Dass Parodien auch wirtschaftliche Auswirkungen auf das jeweils parodierte Ursprungswerk haben können, ist nicht von der Hand zu weisen und kann sicher auch nicht ausgeschlossen werden. Jedenfalls darf eine Parodie nicht so weit gehen, dass sie die Nachfrage nach dem Ausgangswerk bzw dessen berechtigten Bearbeitungen nachhaltig behindert oder gar mit der eigenen Nachfrage an dessen Stelle tritt. Soweit die Parodie nur als Deckmantel für die wirtschaftliche Plünderung des Ursprungswerkes dient, kann ihr keine urheberrechtliche Privilegierung zufallen.¹²⁷

¹¹⁹ Loewenheim in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht⁴ § 24 Rz 27.

¹²⁰ Vgl FN 107 Seite 38.

¹²¹ OLG Frankfurt am Main 11 U 2/95 ZUM 1996, 97 (99).

¹²² BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588 (589); OLG Frankfurt am Main 11 U 2/95 ZUM 1996, 97 (99).

¹²³ Grundsätzlich ist eine erlaubte Parodie nicht automatisch eine verbotene Entstellung des Werkes im Sinne von § 14 UrhG. Klassische Fälle der Entstellung sind vielmehr Verstümmelungen, Übermalungen oder stümperhafte bzw nicht maßstabsgerechte Vervielfältigungen. Im Übrigen kann bössartige oder herabsetzende Kritik die Ehre, das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Parodierten verletzen. Vgl *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht³ (2005) Rz 250, 343.

¹²⁴ *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG³ § 14 Rz 24.

¹²⁵ *Walt Disney Productions v. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (758) (9th Cir. 1978).

¹²⁶ *Schack*, Kunst und Recht² (2005) Rz 362.

¹²⁷ *Schack*, Kunst und Recht² (2005) Rz 362.

Gemeinsamkeiten zwischen Parodie und Appropriation Art finden sich in dem jeweiligen Erfordernis, bestehende Werkvorlagen in den eigenen Schaffensprozess zu übernehmen, um dem eigenen künstlerischen Konzept gerecht zu werden. Appropriation Art setzt sich aber - anders als die Parodie - in der Regel nicht mit der Werkvorlage selbst auseinander. Sie ist lediglich Ausgangspunkt, um eigene Äußerungen zu treffen, die sich regelmäßig mit der Gesellschaft im Allgemeinen und nicht - wie bei der Parodie - mit dem Ursprungswerk oder dessen unmittelbarem Umfeld auseinandersetzen.¹²⁸

IX. Doppelschöpfung

Denkbar sind Konstellationen, in denen zwei oder mehrere Urheber neben- und unabhängig voneinander zu dem gleichen Arbeitsergebnis kommen.¹²⁹ In derartigen Fällen spricht man von einer Doppelschöpfung. Jeder ist dann Schöpfer seines Werkes.¹³⁰ Der Urheber, der das andere Werk nicht kennt, schafft ein eigenes Werk, für das er urheberrechtlichen Schutz genießt.¹³¹

Anders als bei den gewerblichen Schutzrechten (Patent, Gebrauchs- und Geschmacksmuster) gilt im Urheberrecht kein Prioritätsprinzip.¹³² Nicht für die Neuheit einer Leistung¹³³ sondern für seine eigentümliche Schöpfung erhält der Schöpfer urheberrechtlichen Schutz.¹³⁴ An dieser Eigentümlichkeit fehlt es, wenn er lediglich eine bereits vorhandene Schöpfung nachmacht.¹³⁵ Kannte der Schöpfer hingegen

¹²⁸ Näher zur Abgrenzung zwischen Appropriation Art und Parodie Kapitel 3 C.II.3.c)cc(3) Seite 176.

¹²⁹ *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 87.

¹³⁰ Abzugrenzen hiervon sind die Fälle der Miturheberschaft im Sinne von § 11 Abs 1 UrhG, in denen eine Schöpfung von mehreren Schöpfern stammt und die schöpferischen Beiträge der Beteiligten eine untrennbare Einheit bilden. Ein in der Praxis häufiger Fall des Zusammenwirkens mehrerer Personen zur Erstellung eines einheitlichen Werk ist die Schaffung von komplexen Computerprogrammen (*Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht [2008] 87).

¹³¹ *Bullinger* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 23 Rz 20.

¹³² *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 23 Rz 29.

¹³³ Allgemein wird zwischen objektiver und subjektiver Neuheit unterschieden, wobei es auf die objektive Neuheit der Gestaltung urheberrechtlich nicht ankommt (*Ahlberg* in *Möhring/Nicolini*, UrhG² § 2 Rz 72 mwN). Urheberrechtlich geschützt ist das individuelle Schaffen, nicht das neue Ergebnis (*Loewenheim* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts² § 6 Rz 23; aA *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk [1968]; *Kehrli*, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst [1989]; *Schmieder*, Geistige Schöpfung als Auswahl und Bekenntnis, UFITA 52 [1969], 107. Diese verzichten auf die Individualität im Werk als Voraussetzung für dessen Schutzfähigkeit. Vgl Kapitel 3 B.III.2.b) Seite 146).

¹³⁴ *Bullinger* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 23 Rz 20; *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 97.

¹³⁵ *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 97.

das vorbestehende Werk gar nicht, so kann seine Leistung sehr wohl eigentümlich sein und es kommt eben zu jener Doppelschöpfung.¹³⁶

Nach menschlicher Erfahrung wird eine wirklich identische Übereinstimmung im Rahmen einer Doppelschöpfung zwar kaum eintreten.¹³⁷ „Im Ähnlichkeitsbereich liegende Gestaltungen sind aber durchaus möglich, besonders wenn der Spielraum für individuelles Schaffen begrenzt ist und die Individualität nur in bescheidenem Maße zutage tritt. Am ehesten finden sich solche Fälle im Bereich der kleinen Münze [...].“¹³⁸ Dort liegen Doppelschöpfungen im Grenzbereich zwischen Schutzfähigkeit und Schutzlosigkeit, wo technische Zwänge oder übliche und naheliegende Gestaltungsweisen eine gewisse Form vorgeben¹³⁹ oder die beteiligten Urheber auf gemeinfreies Kulturgut zurückgreifen, das sie in eigenschöpferischer, aber entsprechender Weise zu einem Werk formen¹⁴⁰ und folglich auch ähnliche Werke entstehen können.

Für die Doppelschöpfung unerheblich ist, in welchem zeitlichen Zusammenhang zueinander die parallel geschaffenen Werke entstanden sind. Ein Fall der Doppelschöpfung liegt auch vor, wenn der Urheber ein Werk schafft, das mit einem älteren Werk übereinstimmt, ohne dass dem Urheber dabei das ältere Werk bekannt ist.¹⁴¹ Die jeweiligen Schöpfer müssen also nicht tatsächlich „parallel“ arbeiten.

Da die Doppelschöpfung keine Urheberrechtsverletzung darstellt, kann keiner der Urheber dem anderen die Benutzung und Verwertung der Übereinstimmungen oder die Einräumung von Nutzungsrechten an dem von ihm geschaffenen Werk untersagen.¹⁴² Mit der Doppelschöpfung liegt damit auch kein Fall der Bearbeitung oder eine sonstige Form der Benutzung im Verhältnis der parallel zueinander geschaffenen Werke vor. Eine Bearbeitung bzw. Benutzung im Sinne von § 5 UrhG verlangt nämlich, dass der Urheber des einen Werkes die andere Arbeit als Vorbild oder Anregung herangezogen hat. Die Kenntnis des anderen Werkes muss Ursache für das

¹³⁶ *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 97.

¹³⁷ *Ernst* in *Hoeren/Sieber*, Multimedia-Recht Teil 7.1 Rz 46.

¹³⁸ *Loewenheim* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 29.

¹³⁹ *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 2 Rz 17.

¹⁴⁰ *Loewenheim* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 29.

¹⁴¹ *Bullinger* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 23 Rz 19, 20.

¹⁴² *Loewenheim* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 31.

Entstehen des eigenen Werkes gewesen sein.¹⁴³ Dies ist bei einer Doppelschöpfung gerade nicht der Fall.

Die Doppelschöpfung bleibt indes die absolute Ausnahme.¹⁴⁴ Unabhängig voneinander arbeitende Urheber erarbeiten angesichts der Vielfalt der individuellen Schaffungsmöglichkeiten auf künstlerischem Gebiet in aller Regel verschiedene Resultate.¹⁴⁵ Der Gestaltungsspielraum der einzelnen Werkarten ist zu groß, als dass sie zu identischen Ergebnissen kommen könnten.¹⁴⁶ „Weitgehende Übereinstimmungen legen deshalb in der Regel die Annahme nahe, dass der Urheber des jüngeren Werkes das ältere Werk entweder bewusst (Plagiat¹⁴⁷) oder unbewusst (unbewusste Entlehnung¹⁴⁸) benutzt hat [...].“¹⁴⁹ Derjenige, der sich auf die Doppelschöpfung beruft, hat den Anscheinsbeweis¹⁵⁰ gegen sich.¹⁵¹ Er muss darlegen, aus welchen Gründen er das frühere Werk nicht kannte und deshalb auch nicht unbewusst hierauf zurückgreifen konnte.¹⁵²

X. Unbewusste Entlehnung

Aufgrund der Fülle der Eindrücke eines jeden Künstlers, die er in seiner täglichen Arbeit neu erfährt und meist bald wieder vergisst, und der Vielfalt individueller Schaffungsmöglichkeiten auf künstlerischem Gebiet ist die vermutete Doppelschöpfung in Wahrheit regelmäßig eine unbewusste Entlehnung.¹⁵³ Unter ihr versteht man die unbewusste Übernahme fremden Geistesguts.¹⁵⁴ Der Urheber nimmt zwar an,

¹⁴³ Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht³ § 23 Rz 19.

¹⁴⁴ Schulze in Dreier/Schulze, UrhG³ § 2 Rz 17.

¹⁴⁵ Loewenheim in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 30.

¹⁴⁶ Kucsko in Kucsko, urheber.recht (2008) 90, spricht von dem „Phantom der Doppelschöpfung“, da es gerichtlich entschiedene Fälle hierzu bisher nicht gibt. Aufgrund der früher geforderten Werkhöhe (vgl Kapitel 3 B.I.4 Seite 143) war die Wahrscheinlichkeit, dass eine unabhängige Parallelschöpfung entstehen könne, bisher einfach zu gering. Ob sich hier nun zukünftig Änderungen für die Doppelschöpfung aufgrund des Wegfalls des Kriteriums der Werkhöhe ergeben, bleibt abzuwarten (Kucsko in Kucsko, urheber.recht [2008] 91).

¹⁴⁷ Ausf dazu Kapitel 1 B.VII.2 Seite 35.

¹⁴⁸ Ausf dazu Kapitel 1 B.X Seite 43.

¹⁴⁹ Loewenheim in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 30.

¹⁵⁰ „Steht ein typischer Geschehensablauf fest, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Kausalzusammenhang hinweist, gelten diese Tatbestandsvoraussetzungen auch im Einzelfall aufgrund ersten Anscheins als erwiesen.“ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ (2003) Rz 595.

¹⁵¹ Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht³ § 23 Rz 21.

¹⁵² Schulze in Dreier/Schulze, UrhG³ § 23 Rz 29.

¹⁵³ Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht⁹ § 24 Anh Rz 11; Ernst in Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht Teil 7.1 Rz 46.

¹⁵⁴ Loewenheim in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 27.

etwas Neues und Eigentümliches geschaffen zu haben. In Wahrheit aber sind die Eindrücke, auf die er im Schaffen zurückgreift, von ihm zuvor aufgenommen worden und in sein Unterbewusstsein abgesunken.¹⁵⁵ Die Psychologie kennt dieses bekannte Phänomen als Kryptomnesie.¹⁵⁶

Bei der unbewussten Entlehnung handelt es sich um eine Urheberrechtsverletzung, auch wenn ihr im Gegensatz zum Plagiat kein moralischer Vorwurf gemacht werden kann.¹⁵⁷ Die Gestaltung des jüngeren Werkes ist von dem älteren Werk abhängig geblieben. Die Ausübung des positiven Benutzungsrechts bezüglich der unbewussten Nachschöpfung bedarf der Zustimmung des Urhebers des Werkes, dessen schöpferische Teile unbewusst übernommen worden sind.¹⁵⁸ Soweit eine identische Übernahme größerer Werkteile (oder gar des ganzen Werkes) vorliegt, wird unbewusstes Handeln wohl hingegen auszuschließen sein.¹⁵⁹ „Häufig ist freilich die unbewusste Entlehnung eine Ausrede ertappter Plagiatoren.“¹⁶⁰

¹⁵⁵ Ahlberg in Möhring/Nicolini, UrhG² § 3 Rz 40.

¹⁵⁶ Loewenheim in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 27. Der Begriff setzte sich zusammen aus den griechischen Worten *kryptós* = verborgen und *mneme* = Erinnerung (*Ernst* in Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht Teil 7.1 Rz 46).

¹⁵⁷ Loewenheim in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 28. Im Falle einer unbewussten Entlehnung besitzt der Nachschaffende keinen Vorsatz, eine Urheberrechtsverletzung zu begehen. Dieser würde nämlich voraussetzen, dass der Täter sich des Tatbestandes einer Entlehnung aus einem vorbestehenden Werk oder gar einer vollständigen Kopie desselben bewusst ist. Mangels Verschulden würde damit zwar ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Nachschaffenden entfallen, bereicherungsrechtliche Ansprüche blieben aber wohl bestehen (*Ernst* in Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht Teil 7.1 Rz 46).

¹⁵⁸ Ahlberg in Möhring/Nicolini, UrhG² § 3 Rz 40.

¹⁵⁹ Loewenheim in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 28.

¹⁶⁰ Loewenheim in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § 8 Rz 27.

C. Die rechtliche Thematik der Appropriation Art

I. Im Spannungsfeld zwischen Immaterialgüterrecht und künstlerischer Freiheit

„Jeder Maler steht auf den Schultern anderer.“

Pablo Picasso¹⁶¹

Das Interesse des Appropriationisten geht dahin, in den künstlerischen Dialog mit Bildvorlagen zu treten, ohne dabei finanzielle oder inhaltliche Einschränkungen hinnehmen zu müssen. Demgegenüber steht dem Inhaber eines Immaterialgüterrechts die ausschließliche Verwertung seiner Rechtsposition zu.¹⁶²

Dieses Spannungsfeld zwischen Immaterialgüterrecht und künstlerischer Schaffensfreiheit, in dem sich die Appropriation Art befindet, hat zur Folge, dass Werke der Appropriationisten immer rechtliche Probleme aufwerfen, wenn sie in fremde Ausschließlichkeitsrechte eingreifen und sich aneignen, was gesetzlich einem anderen zugeordnet ist. Derartige Eingriffe betreffen regelmäßig Urheberrechte. Aber auch die Verletzung von Markenrechten oder Persönlichkeitsrechten ist denkbar.¹⁶³

Indes wird dem Appropriationisten dessen künstlerische Freiheit gemäß Art 17a Staatsgrundgesetz (StGG) verfassungsrechtlich zugesichert, wobei grundsätzlich jede Form künstlerischen Schaffens geschützt ist. Regelmäßig wird sich der Aneignungskünstler auch auf die Meinungsfreiheit aus Art 13 StGG stützen können. Aber auch dem Vorlagenschöpfer steht die Kunstfreiheit zur Seite, wie auch dessen Immaterialgüterrecht in der Verfassung verankert ist. Art 5 StGG gewährleistet das geistige Eigentum. Damit stehen sich die Interessen des Vorlagenschöpfers und des Aneignungskünstlers zunächst gleichwertig gegenüber.

¹⁶¹ „Selbst Picasso fand, wie er sagte, in Cézanne seinen Meister, allerdings seinen einzigen.“ Peege, Eugen Del Negro, Entdeckungen - Der Archipel eines Malers, http://www.oxydart.ch/archiv/oxyd_38.shtml (06.03.2012). Ähnlich auch Kucsko in Kucsko, urheber.recht (2008) 97, der formuliert: „Jeder Schöpfer steht auf den Schultern seiner Vorgänger.“

¹⁶² Raue/Hegemann in Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht Teil 7.3 Rz 7, 77.

¹⁶³ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 29.

II. Die Interessenslage zwischen Vorlagenschöpfer und Appropriationist

1. Theoretischer Überblick

„Having used collage in my work since 1949, I have never felt that I was infringing on anyone's rights as I have consistently transformed these images sympathetically to give the work the possibility of being reconsidered and viewed in a totally new context.“

Robert Rauschenberg¹⁶⁴

Die meisten Künstler gehen davon aus, dass sich die Aneignung fremder Bildlichkeit als legitimer Akt ihrer verfassungsrechtlich garantierten künstlerischen Freiheit darstellt.¹⁶⁵

Sicher kann hieraus nicht geschlossen werden, dass Künstler mit Blick auf ihre künstlerische Schaffensfreiheit im Allgemeinen über die Existenz urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen im Unklaren bleiben. Allzugern setzen sich zwar insbesondere die Appropriationisten über urheberrechtliche Grenzen hinweg, ohne dabei den Eindruck zu erwecken, sie würden sich hierzu überhaupt Gedanken machen. Die Existenz urheberrechtlicher Regelungen wird dabei von ihnen aber nicht geleugnet, vielmehr das „Darüberhinwegsetzen“ zur Pragmatik künstlerischen Handelns erklärt.

Der Aneignungskünstler ist regelmäßig daran interessiert, das eigene Werk - bei aller erstrebten Originalität - durch unterschiedlichste Formen der Bezugnahme auf das ursprüngliche Werk so stark mit der Tradition der Kunst zu verzahnen, dass dessen Anspruch, ein Kunstwerk zu sein, unanfechtbar erscheint.¹⁶⁶ Er verfolgt damit persönliche Urheberinteressen, die dem Urheberinteresse des Vorlagenschöpfers, sein Werk vor jeglicher Art von Nachahmung zu schützen, über den Anspruch des Appropriationisten an die eigene künstlerischen Schaffensfreiheit hinaus gegenüberstehen.¹⁶⁷

¹⁶⁴ McLeod, Freedom of Expression (2005) 139.

¹⁶⁵ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 29.

¹⁶⁶ Schmücker, Eine gerechte Abwägung der Interessen, Frankfurter Rundschau, 01.08.2006.

¹⁶⁷ Schmücker, Eine gerechte Abwägung der Interessen, Frankfurter Rundschau, 01.08.2006.

Der Ersturheber verbindet mit seinen Urheberinteressen aber nicht nur die Unterbindung einer Nachahmung, die seinen Originalitätsanspruch sowie den Seltenheitswert und Marktwert seiner Arbeit beeinträchtigen könnte.¹⁶⁸ Er beansprucht hieraus regelmäßig auch die ideelle Anerkennung seines schöpferischen Substrats und die wirtschaftliche Beteiligung am Erfolg der Zweitverwertung.¹⁶⁹

Nachfolgende Beispiele sollen die Interessenslage zwischen Vorlagenschöpfer und Appropriationist weiter verdeutlichen. Dass Fälle häufig einer Streitbeilegung durch Vergleich zugeführt werden, zeigt, wie unsicher die diesbezüglich zu behandelnde Rechtsmaterie nach wie vor ist. Solange die Anzahl der richterlichen Entscheidungen aber nicht ansteigt, wird diese Rechtsunsicherheit weiter bestehen bleiben.¹⁷⁰ Andererseits lässt der Umstand, dass vorliegend abschließende Gerichtsentscheidungen in mancher Hinsicht fehlen, den Leser und Betrachter einen möglichst unvoreingenommenen Blick auf die Thematik nehmen.¹⁷¹

2. Praktische Beispielfälle

a) Xenia Hauser

Die Malerin Xenia Hauser benutze als Grundlage für ihre Gemälde „Außer Atem I“ und „Außer Atem II“ (2004) eine in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung¹⁷² veröffentlichte Fotografie von Alexander Paul Englert, die dieser im Auftrag der Zeitung von der Hauptdarstellerin des Theaterstücks „Endstation Sehnsucht“ im Schauspiel Frankfurt angefertigt hatte.¹⁷³ Mit einer einstweiligen Verfügung wandte sich Alexander Paul Englert zunächst erfolgreich gegen diese Benutzung, um die Unterlas-

¹⁶⁸ *Schmücker*, Eine gerechte Abwägung der Interessen, Frankfurter Rundschau, 01.08.2006.

¹⁶⁹ *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 33.

¹⁷⁰ Spezifische österreichische Judikatur zur Appropriation Art ist dem Verfasser bis dato nicht bekannt. Bisherige Fälle streiften das Thema vielmehr nur. Vgl. OGH 4 Ob 319/67 SZ 40/76: Gegenstand dieses Verfahrens war der Vorwurf, die beklagte Partei habe das Kunstplakat des Klägers nachgeahmt. Im Besonderen soll ein Teiles des Plakates, das sogenannte „X.-Emblem“, ein unterhalb der Augen abgeschnittenes photographisches Bildnis des mit Hut bedeckten Kopfes des Klägers, durch die beklagte Partei übernommen worden sein. Diese Entscheidung datiert aus der Zeit vor dem Aufkommen der Appropriation Art als eigenständige Kunstrichtung, was aber nicht bedeutet, dass Aneignungstechniken nicht auch schon damals zur künstlerischen Praxis gehörten.

¹⁷¹ *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 30, 33.

¹⁷² Frankfurter Allgemeine Zeitung, 15.01.2004, Nr 12, Seite 45.

¹⁷³ Abbildung 9.

sung der weiteren Nutzung seines Fotos in dem Gemälde, etwa durch Ausstellungen oder anderweitige Publikationen, zu erwirken.¹⁷⁴

Nach dem Erlass der einstweiligen Verfügung vom 21.04.2006 erörterte das Gericht mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung des Hauptsacheverfahrens, ob es sich bei Xenia Hausers Arbeit um eine freie Benutzung oder aber eine unfreie Bearbeitung von Alexander Paul Englerts Fotografie handelt. Das Gericht betonte, dass nur bei einer freien Benutzung, wenn also der Eindruck des Originals gegenüber demjenigen des Folgewerkes verblasst, das Urheberrecht eine Nutzung unabhängig vom Einverständnis des Schöpfers des Ausgangswerkes zulässt.¹⁷⁵ Nach Auffassung des Gerichts habe Xenia Hauser Alexander Paul Englerts Aufnahme jedoch nur leicht verfremdet und auch inhaltlich nicht in einen völlig neuen Kontext gestellt. Die Aussagen von Xenia Hausers Bearbeitungen wären nach Würdigung des Gerichts ganz wesentlich durch Alexander Paul Englerts Fotografie geprägt. Auf Anraten des Gerichts schlossen die Parteien zur Streitbeilegung einen Vergleich. Die im Streit stehenden Werke von Xenia Hauser durften Bestand haben. Alexander Paul Englert wurden indes Nutzungslizenzen eingeräumt. Über die Höhe des zwischen den Parteien für die weitere Benutzung der Nachschöpfungen vereinbarten Honorars wurde nichts bekannt. Xenia Hauser verpflichtete sich, bei jeder künftigen Nutzung ihrer beiden Werke auf die Verwendung von Alexander Paul Englerts Fotografie hinzuweisen und in künftige Werke dessen Fotografien nicht mehr einzuarbeiten.¹⁷⁶

b) Peter Nagel

Der Maler und Grafiker Peter Nagel malte zwei Fotografien von Michael Friedel, die eine leicht- und eine unbekleidete Frau zeigten und zuvor im Magazin „Stern“ als Titelbild veröffentlicht worden waren, fotorealistisch ab und arrangierte sie in seinem Gemälde „Modell-Hubschrauber“ (1984) gemeinsam mit einem Hubschrauber neu.¹⁷⁷ Peter Nagel stellte das Gemälde auf einer Kunstausstellung in München aus

¹⁷⁴ Seiler, Außer Atem - Kunst und Fotografie, Photopresse 2-2007, Seite 14 (14); vgl auch Prengel, Bildzitate von Kunstwerken (2011) 50.

¹⁷⁵ Ausf zum Verhältnis zwischen freier Benutzung und abhängiger Bearbeitung Kapitel 3 C Seite 154 ff.

¹⁷⁶ Pressemitteilung Nr 71/2006 des LG München I vom 10.10.2006.

¹⁷⁷ Abbildung 10.

und bot es dort zum Verkauf an. Eine Abbildung des Gemäldes erschien zudem im „Zeit Magazin“.

Michael Friedel verklagte daraufhin Peter Nagel, weil er sich mit dessen Ausstellung und Verwertung der Nachschöpfung in seinen Urheberrechten verletzt sah.¹⁷⁸ Das Gericht vertrat die Auffassung, dass Peter Nagels Gemälde zwar als Bearbeitung selbst Urheberrechtsschutz genieße, jedoch zugleich in dieser Qualifizierung als unfreie Benutzung der beiden Fotografien von Michael Friedel anzusehen sei. Das Gericht ging von einer nahezu vollständigen Übereinstimmung der abgebildeten Frauenkörper aus und betonte insbesondere, dass die Kombination der Nachschöpfung, nämlich die gleichzeitige Darstellung der beiden Frauen aus zwei Fotografien und des Modell-Hubschraubers, keine diametral entgegengesetzte Ausstrahlung der Fotografien und der beiden Frauen in dem Gemälde begründe.¹⁷⁹ Die individuellen Züge der Originalfotos seien nicht verblasst.¹⁸⁰ Das Gericht hielt damit den Abstand zwischen der Werkvorlage und der Bearbeitung für nicht ausreichend, um Peter Nagel eine freie Benutzung zu konstatieren und ging so von einer abhängigen Bearbeitung aus.¹⁸¹

c) Florian Brauer, Michael Brauer und Edward Anders

Die Brüder Florian und Michael Brauer, der eine Handwerker, der andere Plastiker und Bootsbauer, sowie der Bildhauer Edward Anders setzten 2009 die bekannteste Fotografie von Peter Leibing „Sprung in die Freiheit“ aus dem Jahr 1961 als Skulptur in der Nähe der ehemaligen Berliner Mauer (Bernauer / Ruppiner Straße) um. Die Fotovorlage zeigt den von Ost- nach Westberlin flüchtenden Grenzsoldaten Hans Conrad Schumann in voller Armeeuniform mit Helm und Maschinenpistole im Sprung über eine Stacheldrahtrolle. Dieses Motiv wurde in der silberglänzenden Skulptur „Mauerspringer“ umgesetzt.¹⁸²

¹⁷⁸ LG München I 21 O 17164/85 GRUR 1988, 36. Das Urteil ist nicht rechtskräftig, die Parteien verglichen sich in der Berufungsinstanz (vgl. *Huttenlauch*, Appropriation Art [2012] 193).

¹⁷⁹ LG München I 21 O 17164/85 GRUR 1988, 36 (37).

¹⁸⁰ *Seiler*, Außer Atem - Kunst und Fotografie, Photopresse 2-2007, Seite 14 (15).

¹⁸¹ Ausf. zum Verhältnis zwischen freier Benutzung und abhängiger Bearbeitung Kapitel 3 C Seite 154 ff.

¹⁸² Abbildung 11.

Der Tagesspiegel druckte in seiner Printausgabe am 10.01.2008 unter dem Titel „Grenzspringer als Plastik - aus Plastik“ einen Bericht über das Vorhaben zur Erstellung der Skulptur ab.¹⁸³ Das in den Artikel eingebundene Foto gab neben den Initiatoren der Skulptur in halblinker Position das von diesen erstellte Modell der zu errichtenden Plastik wieder.¹⁸⁴

Peter Leibing wandte sich mit einer Klage gegen den Tagesspiegel und machte dort Unterlassungs-, Auskunft- und Schadensersatzansprüche geltend.¹⁸⁵ Das Gericht wies indes alle Ansprüche zurück.¹⁸⁶ In seiner Urteilsbegründung betonte das Gericht, dass die Bearbeitung der Fotografie durch Gestaltung der Plastik eine freie Benutzung des Originals darstelle.¹⁸⁷

Das Gericht führte dazu aus, dass Peter Leibing auf die Gestaltung des Motivs keinen Einfluss genommen habe. Vielmehr hätte er den richtigen Moment abgepasst, um diesen mit den Gestaltungsmitteln der Fotografie eindrucksvoll einzufangen. Danach gäbe es kein von ihm arrangiertes Motiv, für welches für sich genommen Urheberrechtsschutz in Anspruch genommen werden könnte.¹⁸⁸

Auch die Übernahme des Motivs als ein prägender Bestandteil des Ausgangswerkes begründet nicht die Annahme einer unfreien Bearbeitung, so das Gericht weiter. „Zwar haben die Schöpfer der Plastik eine Nachbildung des springenden Soldaten erstellt, welche insbesondere aufgrund der Bekanntheit der klägerischen Fotografie sofort Assoziationen an die Vorlage weckt. Diese Wirkung war auch beabsichtigt [...]. Die erkennbare Bezugnahme auf ein urheberrechtlich geschütztes Werk erfüllt für sich allein jedoch noch nicht die Voraussetzungen der abhängigen und damit unfreien Bearbeitung. [...] Für die Annahme einer unfreien Bearbeitung müssen vielmehr gerade die eigenpersönlichen Züge des älteren Werkes in ihrer Eigentümlichkeit in dem jüngeren Werk durchscheinen. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Bereits die Transformation des »Mauerspringers« von der zweidimensionalen Fotografie in eine dreidimensionale Plastik schafft einen großen Abstand von der Fotografie. Dies ergibt sich allein aus der plastischen Ausarbeitung der Körperkonturen und der durch die Umgestaltung geschaffenen zusätzlichen Perspektiven. Aber auch die

¹⁸³ *Heinke*, Grenzspringer als Plastik - aus Plastik, Der Tagesspiegel, 10.01.2008.

¹⁸⁴ Abbildung 12.

¹⁸⁵ LG Hamburg 308 O 114/08 ZUM 2009, 165.

¹⁸⁶ LG Hamburg 308 O 114/08 ZUM 2009, 165 (166).

¹⁸⁷ LG Hamburg 308 O 114/08 ZUM 2009, 165 (167).

¹⁸⁸ LG Hamburg 308 O 114/08 ZUM 2009, 165 (167).

individuelle fotografische Bildsprache des Klägers findet sich in der Plastik nicht wieder. Die werkschutzbegründende Ausdruckskraft des klägerischen Fotos ergibt sich [...] erst aus der Kombination von verschiedenen Gestaltungselementen, insbesondere aber aus der konkreten, fotografisch eingefangenen Position des springenden Grenzsoldaten im Raum. Diese [...] Wirkung stellt sich bei der nur ausschnitthaften und teilweisen Übernahme des Motivteils nicht ein. Der Grenzsoldat ist aus seinem konkreten räumlichen und zeitlichen Umfeld herausgelöst: kein Stacheldraht ist erkennbar, den er zu überwinden hat, keine Beobachter in Ost und West begleiten ihn. Zudem wird in der konkreten Ausgestaltung der Plastik noch nicht einmal erkennbar, dass der Grenzsoldat überhaupt springt, geschweige denn von Ost nach West flieht. Weder der durch die individuelle Bildgestaltung eindrucksvoll angesprochene politisch-historische Kontext noch das ebenso prägnant herausgearbeitete individuelle Schicksal des Grenzsoldaten finden sich in der Plastik wieder. Die isolierte plastische Darstellung des Grenzsoldaten bleibt trotz der weitgehend identischen Übernahme der in der Fotografie eingefangenen charakteristischen Körperhaltung in ihrer konkreten Ausgestaltung ohne Geschichte und vergleichbar prägend-individuelle Ausdruckskraft.“¹⁸⁹

d) George Pusenkoff

Der Maler George Pusenkoff benutzte als Vorlage für sein Gemälde „Power of Blue“ (1994) eine Fotografie von Helmut Newton, die vor einer weißen Wandfläche, die rechts und links Streifen freilässt, einen weiblichen Akt von vorn, auf einem Klappstuhl sitzend, zeigt.¹⁹⁰ Der Hintergrund der Arbeit George Pusenkoffs geht auf eine monochromatische Malerei von Yves Klein zurück und ist in einem dunklen Blau gehalten.¹⁹¹ Der Akt, der fast bis zum oberen und unteren Rand reicht, ist in schwarzer Farbe wiedergegeben. In der Bildmitte befindet sich ein gelbes Quadrat, welches einem Gemälde von Casimir Malevich entnommen ist¹⁹² und die Figur vom Knie bis zum Nabel überdeckt.¹⁹³

¹⁸⁹ LG Hamburg 308 O 114/08 ZUM 2009, 165 (167).

¹⁹⁰ Abbildung 13.

¹⁹¹ Landes/Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law (2003) 267.

¹⁹² Landes/Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law (2003) 267.

¹⁹³ Abbildung 14.

Helmut Newton wandte sich mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zunächst erfolgreich gegen die Verbreitung und Zurschaustellung des Gemäldes von George Puskoff. In der Berufungsinstanz blieb er indes schlussendlich ohne Erfolg.¹⁹⁴ Nach Auffassung des anerkennenden Berufungsgerichts hatte George Puskoff das Werk frei benutzt. Er hätte den Ausführungen des Gerichts zufolge seine Fotografie nur schwarz-weiß, nur mit Licht und Schatten, gestaltet und würde die Individualität des Akts kraftvoll darstellen, wobei Helmut Newton die ungeniert zur Schau gestellte Sexualität versachliche. George Puskoff hätte hingegen mit Form und Farbe gearbeitet, wohinter die Besonderheiten von Helmut Newtons Fotografie zurücktreten, ja geradezu den Kern seiner Fotografie verdecken würden.¹⁹⁵ Das Gericht betonte, dass von dem, was es an Eigentümlichem und Schutzfähigem in Helmut Newtons Abbildung gibt, kaum etwas in George Puskoffs Gemälde wiederkehrt.¹⁹⁶

D. Aneignungskünstler

Zur weiteren Veranschaulichung der Appropriation Art und deren Einordnung sollen exemplarisch noch zwei Künstler vorgestellt werden, die sich in ihrem künstlerischen Schaffen allgemein mit Aneignungsvorgängen beschäftigen. Gleichfalls soll dadurch die Voraussetzung dafür geschaffen werden, sich im weiteren Verlauf mit einzelnen Arbeiten dieser Künstler auseinandersetzen zu können, die Gegenstand gerichtlicher Verfahren an US-amerikanischen Gerichten geworden sind und die Diskussion um die urheberrechtliche Einordnung der Appropriation Art maßgeblich vorangetrieben haben.¹⁹⁷

¹⁹⁴ OLG Hamburg 3 U 140/95 NJW 1996, 1153.

¹⁹⁵ *Seiler*, Außer Atem - Kunst und Fotografie, Photopresse 2-2007, Seite 14 (15).

¹⁹⁶ OLG Hamburg 3 U 140/95, NJW 1996, 1153 (1154); vgl auch *Maaßen* in *Wandtke*, Medienrecht² Kap 4 Rz 111.

¹⁹⁷ Vgl dazu Kapitel 2 B Seite 92 ff.

1. Jeff Koons

a) Biographischer und werklicher Überblick

„I've made what the Beatles would have made if they had made sculptures. Nobody ever said that the Beatles music was not on a high level.“

Jeff Koons¹⁹⁸

Jeff Koons wurde 1955 in York, Pennsylvania, geboren. Er studierte am Maryland Institute College of Art in Baltimore und am School of the Art Institute in Chicago. Bereits in früher Kindheit beschäftigte sich Jeff Koons mit Kunst. Er nahm bereits ab dem siebenten Lebensjahr Kunstunterricht, sein Vater hing die Bilder seines Sohnes im Schaufenster des eigenen Möbelgeschäfts auf und verkaufte sie, als der Sohn gerade einmal zehn Jahre alt war.¹⁹⁹ Nach dem Studienabschluss zog Jeff Koons nach New York City, wo er zunächst im Museum of Modern Art und einige Jahre als Warenbörsen-Broker arbeitet.²⁰⁰

Als Künstler wurde Jeff Koons zunächst mit seinen in neonbeleuchteten Plexiglas-Vitrinen ausgestellten fabrikneuen Staubsaugern und Poliermaschinen zu Beginn der 1980er Jahre bekannt, die er *The New* nannte. „Die Objekte in *The New* waren wegen ihrer Neuheit integer. Sobald sie benutzt worden wären, hätten sie ihre Integrität eingebüßt. Das steht im Gegensatz zur menschlichen Realität, an der der Einzelne ja teilnehmen muss, um integriert zu werden.“²⁰¹

Jeff Koons arbeitet in Werkserien. Wie seine erste Serie *The New* (1980-1983) führte Jeff Koons auch die folgenden Serien unter ganz bestimmten Titeln weiter. Es folgten insbesondere *Equilibrium* (1985), *Luxury and Degradation* (1986), *Banality* (1988-1989), *Made in Heaven* (1990-1991), *Celebration* (1995-1998), *Easyfun* (1999-2000) und *Easyfun-Ethereal* (2000-2002).²⁰²

Die Arbeiten Jeff Koons sind beeinflusst durch Pop Art, Konzeptkunst und Appropriation Art.²⁰³ Wie sein Vorgänger Andy Warhol befriedigt auch Jeff Koons mit seiner

¹⁹⁸ Muthesius, Jeff Koons (1992) 117.

¹⁹⁹ Kellein, Jeff Koons (2002) 7.

²⁰⁰ Kellein, Jeff Koons (2002) 16.

²⁰¹ Aus dem Studio Jeff Koons, Interview mit Jeff Koons am 07.08.2002 und 11.08.2002, zitiert nach Kellein, Jeff Koons (2002) 17.

²⁰² Kellein, Jeff Koons (2002) 18 ff.

²⁰³ Fackelmann, Jeff Koons, Seite 1.

Kunst den populären Kunstgeschmack und macht sich aber gleichzeitig darüber lustig.²⁰⁴ Obwohl Jeff Koons seine Kunst selbst nicht als Appropriation Art sieht, tauchen in seinen Arbeiten doch immer wieder typische Stilmittel dieser Kunstform auf. Er produziert bewusst Nachahmungen von bereits Gewesenem und wählt als Vorlagen für seine Arbeiten oft Gegenstände und Bildlichkeiten aus der Werbung oder kommerziellen Produktion.²⁰⁵ Einige der Vorbilder für seine Plastiken sind allgemein bekannt, wie etwa *Odie* der Hund aus den Garfield-Comics.²⁰⁶ Die meisten Vorlagen indes entstammen dem weiten Feld des Trivialen und werden im Allgemeinen in Zeitschriften, Geschenkboutiquen oder im Fernsehen einfach übersehen.²⁰⁷ Jeff Koons verfremdet das Gefundene durch veränderte Materialien, Größen und Farben, aber dennoch sind die Abbilder häufig so nahe am Original, dass die Eigenständigkeit durchaus legitim in Frage gestellt werden darf. So ist es nicht verwunderlich, dass Jeff Koons bis heute in eine Reihe von Urheberrechtsprozessen verwickelt war.

b) Rechtliche Auseinandersetzungen zu Werken von Jeff Koons

aa) *Rogers v. Koons* (1992) aus der Serie *Banality*

Die ersten drei gerichtlichen Auseinandersetzungen, mit denen sich Jeff Koons konfrontiert sah, betrafen allesamt Arbeiten, die im Rahmen seiner Werkserie *Banality* im Jahr 1988 entstanden sind.

Die Objekte aus den Alltagsgegenständen, die Jeff Koons in seiner Werkserie *The New* verwendet hatte und die sehr stark an die Ready-mades nach Marcel Duchamp erinnerten, wandelten sich in der nachfolgenden Werkserie *Banality* zu provokativen, in traditionellem Handwerk gefertigten Skulpturen aus Holz, Porzellan und Spiegelglas, deren Motive gleichwertig der Kunstgeschichte und der Populärkultur entnommen und zu neuartigen Figuren collagiert wurden. Dabei handelte es sich um monumentale Nach- und Abbildungen kitschigen Nippes, die dem Massenge-

²⁰⁴ Finger/Weidemann, 50 zeitgenössische Künstler (2011) 69.

²⁰⁵ Fackelmann, Jeff Koons, Seite 3.

²⁰⁶ Die diesbezügliche Arbeit *Wild Boy and Puppy* war Gegenstand einer gerichtlichen Auseinandersetzung; vgl dazu näher folgend Kapitel 1 D.1.b)aa) Seite 54.

²⁰⁷ Siegel in Holzwart, Jeff Koons (2009) 266.

schmack zu huldigen schienen und den schlechten Geschmack auf den Sockel der Kunst erhoben.

Um diesen Effekt zu verstärken, stellte Jeff Koons seine Arbeiten nicht nur bewusst in die Umgebung der Produktionstechniken der Massenmedien, indem er in seinen Arbeiten auf Massenartikel (beispielsweise Spielzeug) zurückgriff oder Bilder aus der Werbung benutzte, sondern er suchte auch die Nähe des Kunsthandwerkes. Er fertigte seine Arbeiten nicht selbst an, sondern ließ sie in Kunsthandwerksbetrieben je vierfach nach seinen exakten Anweisungen fertigen und wiederholte damit die traditionelle Arbeitsteilung. Wenn auch durch Materialwahl, Herstellungsprozesse, Inhalte oder bisweilen durch seine Zusammenarbeit mit Dritten gewisse Bezugspunkte bestehen, so sind doch die Werke Jeff Koons demgegenüber selbst nicht Teil einer massenhaften Vermarktung geworden.

Soweit die Aneignung fremder Bildlichkeiten bereits durch die Pop-Art-Künstler in den 1960er Jahren und weitaus radikaler später auch durch die Appropriationisten der frühen 1980er Jahre thematisiert wurde, waren es doch Werke von Jeff Koons aus seiner Werkserie *Banality*, wegen denen zum Ende der 1980er Jahre die ersten gerichtlichen Urheberrechtsstreitigkeiten ausbrachen, die die urheberrechtliche Behandlung der Appropriation Art in der Folgezeit nachdrücklich beeinflussen sollten. Das mag insbesondere an der in dieser Zeit immer weiter fortschreitenden Durchdringung künstlerischer und ökonomischer Logiken liegen, was in den späten 1980er Jahren von kaum jemandem so offensiv und erfolgreich propagiert wurde wie von Jeff Koons selbst.²⁰⁸ Von Beginn an verstand er es, seine eigene Person erfolgreich zu vermarkten. Er forcierte die Identität von Künstler und Werk.

Es waren Jeff Koons' Arbeiten *Ushering into Banality*²⁰⁹, *Wild Boy and Puppy*²¹⁰ sowie *String of Puppies*²¹¹, die einer urheberrechtlichen Überprüfung durch die Gerichte zugeführt wurden. Für die Skulpturen *Ushering into Banality*, Jeff Koons' „Einführung in die Banalität“, hatte der Künstler nach Auffassung des Gerichts willentlich die Fotografie *Boys with Pig* von Barbara Campbell kopiert.²¹² Urheberrechte des Erstschöpfers verletzte Jeff Koons nach gerichtlicher Ansicht ebenfalls, indem er für

²⁰⁸ Stalder, Kritische Strategien zu Kunst und Urheberrecht, Kunstforum, CCI 2010, 110 (110).

²⁰⁹ Abbildung 15.

²¹⁰ Abbildung 16.

²¹¹ Abbildung 17.

²¹² *Campbell v. Koons*, 91 Civ. 6055 (S.D.N.Y. 1993).

die Plastiken *Wild Boy and Puppy* als Vorlage die Figur *Odie* aus den Garfield-Comics verwendete.²¹³

Die sicherlich erste bedeutende Entscheidung zur urheberrechtlichen Einordnung der Appropriation Art indes war *Rogers v. Koons* (1992).²¹⁴ Die gerichtliche Auseinandersetzung bezog sich auf Jeff Koons' Arbeit *String of Puppies*²¹⁵, bei der er eine Aufnahme des Fotografen Art Rogers²¹⁶ als Werkvorlage - nach gerichtlicher Auffassung entgegen den geltenden urheberrechtlichen Bestimmungen - benutzt hatte. Grundlegend für die besondere Bedeutung dieser Entscheidung war, dass diese Auseinandersetzung ihren Fortgang in der Berufungsinstanz fand und damit einer höhergerichtlichen Stellungnahme zugeführt wurde.²¹⁷ Bei den anderen zwei Verfahren *Campbell v. Koons* und *United Features Syndicate v. Koons* verblieb es jeweils bei dem erstinstanzlichen Urteil.²¹⁸

bb) *Blanch v. Koons* (2006) aus der Serie *Easyfun-Ethereal*

Die nächste gerichtliche Konfrontation, mit der sich Jeff Koons auseinanderzusetzen hatte, beschäftigte sich mit einem Gemälde, welches im Zuge seiner Werkserie *Easyfun-Ethereal* im Jahr 2000 im Auftrag des Museums *Deutsche Guggenheim Berlin* entstanden ist.

In dieser Werkserie „[...] geht es um "food, fun and fashion": Riesige Schokoladenkringel, lachende Deli-Sandwiches, grell geschminkte Lippen und leuchtende Haarfarben verbinden sich mit spiralförmigen Achterbahnen und verspielten Halloweenkostümen zu bisher ungesehenen Bildwelten. [...] Die Arbeiten erinnern an die Ikonographie der Werbung und die Technik der Plakatmalerei [...]“ der Pop Art Bilder von James Rosenquist.²¹⁹ Aber auch andere kunsthistorische Bezüge, insbesondere zum Surrealismus und abstrakten Expressionismus, lässt Jeff Koons auf geschickte Weise einfließen. Eindrücke von René Magritte, Max Ernst und Salvador

²¹³ *United Features Syndicate v. Koons*, 89 Civ. 8067 (S.D.N.Y. 1993).

²¹⁴ *Rogers v. Koons*, 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992).

²¹⁵ Abbildung 17.

²¹⁶ Abbildung 18.

²¹⁷ Vgl. dazu ausführlich Kapitel 2 B.II.1 Seite 95.

²¹⁸ Ausf. *Merryman/Elson/Urice*, Law, Ethics, and the Visual Arts⁵ (2007) 566, Comment 3.

²¹⁹ *Deutsche Guggenheim*, Jeff Koons, <http://www.deutsche-guggenheim.de/d/pressephotos13.php> (06.03.2012).

Dalí sind ebenso zu finden wie Bezugnahmen zu Jackson Pollock.²²⁰ „Motive des alltäglichen Konsums vereinen sich in seinen Bildern mit surrealen und abstrakten Anspielungen zu schwerelosen Formen und träumerischem Vergnügen.“²²¹

Auch in dieser Werkserie arbeitete Jeff Koons erneut mit aneignenden Arbeitstechniken. Für seine Gemälde verwendete Jeff Koons computergenerierte Reproduktionen aus den Medien und verband vertraute Bilder, um collageähnliche Gemälde von fotorealistischer Perfektion zu schaffen.²²²

In dieser Weise entstand auch das Gemälde *Niagara*²²³, für welches Jeff Koons eine Aufnahme der Fotografin Andrea Blanch²²⁴ einem Modemagazin entnahm und deren Motiv detailgetreu in seine Arbeit integrierte. Im Rahmen der folgenden gerichtlichen Auseinandersetzung hielt das Gericht letztlich fest, dass die Verwendung der Vorlage durch Jeff Koons in seinem Gemälde eine zulässige Benutzung der Fotografie von Andrea Blanch darstellte.²²⁵

2. Richard Prince

a) Biographischer und werklicher Überblick

„It would be strange for me to think I'm being ripped off, because that's what I do!“

Richard Prince²²⁶

Richard Prince wurde 1949 in der Panamakanalzone geboren und wuchs in einem Vorort von Boston auf.²²⁷ Nach dem College kam er 1973 nach New York, wo er zunächst gering bezahlten Arbeiten nachging.²²⁸ Zu dieser Zeit begeisterte sich

²²⁰ Deutsche Guggenheim, Jeff Koons, <http://www.deutsche-guggenheim.de/d/pressephotos13.php> (06.03.2012).

²²¹ Deutsche Guggenheim, Jeff Koons, <http://www.deutsche-guggenheim.de/d/pressephotos13.php> (06.03.2012).

²²² Deutsche Guggenheim, Jeff Koons, <http://www.deutsche-guggenheim.de/d/pressephotos13.php> (06.03.2012).

²²³ Abbildung 19.

²²⁴ Abbildung 20.

²²⁵ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (2nd Cir. 2006); vgl dazu ausf Kapitel 2 B.II.2 Seite 97.

²²⁶ *Rosenberg*, Artist: Richard Prince, New York Magazine, 21.05.2005, <http://nymag.com/nymetro/art/s/art/11815/> (06.03.2012).

²²⁷ *Schjeldahl*, The Joker, The New Yorker, LXXXIII/31 90 (90).

²²⁸ *Schjeldahl*, The Joker, The New Yorker, LXXXIII/31 90 (90).

Richard Prince für Fotoaufnahmen, die sich mit der amerikanischen Alltagskultur befassten. Er sammelte diese und verwendete sie später in seiner Kunst. Die erste Einzelausstellung fand 1976 in der Ellen Stragow Gallery New York statt.²²⁹ Über die Fertigung von Collagen hinaus erstellte er in den späten 1970er Jahren erste eigene Fotografien, die seine Sammlung aus Fotografien nachahmten, und arbeitete somit erstmals appropriationistisch. „Indem er diese Refotografien als Kunst präsentierte, wollte er der jungen Generation helfen, die Kultur der jüngsten Vergangenheit neu zu interpretieren und so die eigene Zeit in einem anderen Licht zu sehen.“²³⁰

Im Anschluss beschäftigte sich Richard Prince immer intensiver mit anonymen Bildbotschaften. Als Mitarbeiter der New York Times schnitt er für das Archiv redaktionelle Fotobeiträge aus, refotografierte diese und faszinierte sich für das, was übrig blieb: die namenlosen, gepflegten Paare der Lifestyle-Werbung (*Couple*, 1977)²³¹, die uniformiert wirkenden Männer mit markantem Kinn (*Three men looking in the same direction*, 1978)²³², die perfekten Packshots der Luxusgüter (*Cigarettes*, 1978/79)²³³ und die Horizonte von Marlboro Country (*Cowboy*, seit 1980)²³⁴. Mit letzteren Arbeiten, den aus der bekannten Marlboro-Country-Kampagne abfotografierten Marlboro-Cowboys, wurde er schlussendlich einem breiten Publikum bekannt und damit in den frühen 1980er Jahren neben Barbara Kruger, Cindy Sherman und Jeff Koons zum führenden Mitglied der sich ausbreitenden Bewegung der Appropriation Art,²³⁵ die teilweise auch als Picture-Generation²³⁶ bezeichnet wird.

Im Jahr 2005 brachte der Verkauf eines Motivs aus der Serie der Marlboro-Cowboys rund 1,2 Millionen Dollar. Das war damals der höchste Preis, der bei einer

²²⁹ Finger/Weidemann, 50 zeitgenössische Künstler (2011) 35.

²³⁰ Finger/Weidemann, 50 zeitgenössische Künstler (2011) 35.

²³¹ Abbildung 21.

²³² Abbildung 22.

²³³ Abbildung 23.

²³⁴ Abbildungen 6, 24; vgl. Homann, Von Cowboys und Klauern, Frankfurter Rundschau, 26.11.2004.

²³⁵ Smith, Pilfering a Culture Out of Joint, The New York Times, 28.09.2007, <http://www.nytimes.com/2007/09/28/arts/design/28prin.html?pagewanted=all> (06.03.2012).

²³⁶ Der Begriff „Picture-Generation“ geht zurück auf die Gruppenausstellung „Pictures“ im Jahr 1977 im Artist Space, New York, die einer ganzen amerikanischen Künstlergeneration den Namen gab (vgl. hierzu Kapitel 1 A.II Seite 21).

Auktion jemals für eine Fotoarbeit gezahlt worden war.²³⁷ Der Marlboro-Cowboy ist zum Markenzeichen von Richard Prince geworden.²³⁸

Mitte der achtziger Jahre wurde Richard Prince das Spektrum der Refotografie jedoch zu eng. Er begann in einer weiteren Serie Jokes aus Publikationen abzuzeichnen, verzichtete dabei aber zunächst fast gänzlich auf figürliche Darstellungen. Witztexte wurden zur Zentralfigur des Bildes.²³⁹ Richard Prince ließ Textzeilen horizontal durch die Bildmitte laufen, wobei einzelne Buchstaben optisch mit der Leinwandoberfläche verschmolzen.²⁴⁰ Dabei entdeckte er dieselbe ideologische Rhetorik, die er schon in den Werbeanzeigen gefunden hatte, auch in der Sprache. In anderen Werken kombinierte er sprachliche Chiffren aus einem Repertoire von Jokes mit Motiven, die er mit Siebdruck auf Leinwand übertrug.²⁴¹

Den aneignenden Arbeitstechniken blieb Richard Prince dabei weiter treu. Seine Gemäldeserie von weiß uniformierten Krankenschwestern, deren Aufnahmen zuvor auf Titelseiten von Taschenbüchern aus den 1950er und 1960er Jahren veröffentlicht worden waren, ist ein weiteres Beispiel dafür.²⁴² Sie gilt als Hommage an die Arbeiten von Roy Lichtenstein.²⁴³ Um die Gemälde dieser Serie zu fertigen, transferierte Richard Prince die Titelbilder der jeweiligen Vorlagen auf Leinwände, wobei er die Motive oft manipulierte, Farben und Motive veränderte oder ein Motiv mit dem Titel einer anderen Vorlage verband. Richard Prince zeigt maskierte Krankenschwestern, die an Horrorfilme aus den 1970er Jahren erinnern, platziert sie vor einem unheilvollen Hintergrund und fügt Titel wie *Heartbreak Nurse* oder *Sonic Nurse* hinzu.²⁴⁴ „Die Bilder machen sich über die kitschige Erotik billiger Horrorstreifen

²³⁷ Thon/Bodin, Mythen-Sammler und Pirat, Art-Magazin, 15.10.2007, <http://www.art-magazin.de/kunst/1894.html> (06.03.2012); Kennedy, If the Copy Is an Artwork, Then What's the Original?, The New York Times, 06.11.2007, <http://www.nytimes.com/2007/12/06/arts/06iht-06prin.8615694.html> (06.03.2012).

„Das Überschreiten der magischen Eine-Million-Dollar-Grenze war damals eine Sensation. Doch über all die Rekordpreise wird sich schon bald niemand mehr aufregen. Wie dick können Auktionskataloge noch werden, wie viel mehr Rummel kann man um Kunst machen? Erst kürzlich wurde ein anderes meiner Cowboy-Motive für rund 2,5 Millionen Dollar versteigert, und das war keine Meldung wert.“ Richard Prince, zitiert nach Thon/Bodin, Mythen-Sammler und Pirat, Art-Magazin, 15.10.2007, <http://www.art-magazin.de/kunst/1894.html> (06.03.2012).

²³⁸ Cooke, Richard Prince, The Burlington Magazine, CXXXIV/1073 1994, 554 (554).

²³⁹ Finger/Weidemann, 50 zeitgenössische Künstler (2011) 35.

²⁴⁰ Abbildung 25.

²⁴¹ Abbildung 26.

²⁴² Abbildung 27.

²⁴³ Walker, Lichtenstein: Girls, The Art Book, XVI/2 2009, 42 (43).

²⁴⁴ Abbildung 28.

lustig, verstehen sich aber auch als Kommentar darüber, wie Frauen in den Massenmedien marginalisiert und zum Objekt gemacht werden.²⁴⁵

Obwohl sich Richard Prince in seinen Arbeiten fortwährend und offensichtlich Aneignungstechniken zunutze macht, ist sehr verwunderlich, dass rechtliche Auseinandersetzungen zwischen ihm und den Vorlagenschöpfern bislang eine Rarität geblieben sind. Insbesondere scheinen weder die Fotografen²⁴⁶ der Marlboro-Cowboys noch der Marlboro-Konzern selbst je juristische Schritte gegen Richard Prince wegen der zahlreichen Refotografien in der Serie der Marlboro-Cowboys eingeleitet zu haben. Andere als die nachfolgend benannten zwei rechtlichen Auseinandersetzungen sind bisher jedenfalls nicht bekannt geworden.²⁴⁷

b) Rechtliche Auseinandersetzungen zu Werken von Richard Prince

aa) *Gross v. Prince*

1983 fotografierte Richard Prince ein Bild der nackten, stark geschminkten, in einer Badewanne stehenden, damals zehnjährigen Kinderschauspielerin Brooke Shields (*1965) ab und betitelte seine Arbeit mit *Spiritual America*.²⁴⁸ Er übernahm hierfür die Aufnahme des amerikanischen Werbefotografen Garry Gross (1937-2010), der sie für den Film *Pretty Baby* aufgenommen hatte.²⁴⁹ Der Titel der Arbeit stammt ursprünglich von Alfred Stieglitz. Dieser hatte damit 1923 das Foto eines Wallachs

²⁴⁵ Finger/Weidemann, 50 zeitgenössische Künstler (2011) 35.

²⁴⁶ Auf der Biennale von Venedig 2003 stellte Richard Prince einige seiner mit „Untitled (Cowboy)“ etikettierten Fotos aus, die er zudem mit seinem eigenen Namen als Urheberrechtsvermerk versah (Photograph by Richard Prince on Kodak Ektachrom 120x240cm). Bei seinem Besuch der Ausstellung entdeckte der Schweizer Fotograf Hannes Schmid (*1946) diese Aufnahmen und erkannte sie als seine eigenen Fotografien wieder, die er im Rahmen der Marlboro-Werbekampagne erstellt und die Richard Prince schlichtweg abfotografiert hatte. Nach anfänglichen Überlegungen, rechtliche Schritte gegen Richard Prince einzuleiten, ließ sich Hannes Schmid vielmehr dazu inspirieren, seine eigenen Marlboro-Bilder in Öl auf Leinwand zu reproduzieren und sich damit seine eigene Fotokunst bildnerisch anzueignen. Zu einer rechtlichen Auseinandersetzung kam es nie. Vgl. Ackeret, Jedes gute Foto hat eine Vorgeschichte, persönlich rot, 17.11.2008, http://www.persoendlich.com/news/show_news.cfm?newsid=79019 (06.03.2012); Studer, Wenn sich Künstler bei anderen Künstlern unverfroren bedienen, Basler Zeitung, 14.06.2010, <http://bazonline.ch/kultur/kunst/Wenn-sich-Kuenstler-unverfroren-bei-anderen-Kuenstlern-bede-nen/story/28904124> (06.03.2012).

²⁴⁷ Huttenlauch, In Sachen Cariou gegen Prince - Rastalocken für alle, artnet, 28.03.2009, <http://www.artnet.de/magazine/in-sachen-cariou-gegen-prince/> (06.03.2012).

²⁴⁸ Abbildung 29.

²⁴⁹ Abbildung 30.

überschrieben, ein deutlicher Hinweis auf die Konstruiertheit von Kunstgeschichte und die Unselbstverständlichkeit fotografischer Repräsentation.²⁵⁰

Allgemein wird angenommen, dass die Aufnahmen seinerzeit Brooke Shields zur Rolle der Kind-Prostituierten im Film *Pretty Baby* und damit zum Karrierebeginn verholfen haben. Trotzdem versuchte Mutter Teri Shields - zwar erfolglos - 1981 die Rechte an den Fotos gegenüber Garry Gross vor Gericht einzuklagen.²⁵¹

Die Arbeit von Richard Prince thematisierte als Kunstwerk einerseits seinen eigenen Abbildcharakter und andererseits den konkreten juristischen Konflikt zwischen Mutter Teri Shields und Garry Gross. Richard Prince selbst aber blieb schlussendlich von einer Klage durch Garry Gross verschont, insbesondere wohl weil dieser sich zuvor im Rechtsstreit mit Mutter Teri Shields finanziell verausgabt hatte.²⁵²

Stattdessen zahlte Richard Prince zur Vermeidung weiterer rechtlicher Auseinandersetzungen eine Abfindung in Höhe von 2.000 Dollar an Garry Gross, um das Foto in einer Retrospektive im Museum of Modern Art und im Whitney Museum in New York ausstellen zu können. Um die Appropriation durch Richard Prince zu steigern, fotografierte Garry Gross seinerseits dessen ausgestellte Arbeit im Whitney Museum ab, konnte indes keine Galerie für seine neuerliche Aufnahme begeistern.²⁵³ Richard Prince' Werk *Spiritual America* hingegen wurde 1999 bei Christie's in New York für 151.000 Dollar versteigert.²⁵⁴

bb) *Cariou v. Prince*

Die erste und einzige gerichtliche Auseinandersetzung, in die Richard Prince bisher verwickelt wurde, betrifft Arbeiten, die er im Rahmen einer Schau in der Gagosian Gallery in New York 2008 unter dem Titel *Canal Zone* ausgestellt und zudem in ei-

²⁵⁰ Searle, Naked Brooke Shields photo is an image for which you must write your own commentary, The Guardian, 30.09.2009, <http://www.guardian.co.uk/artanddesign/2009/sep/30/art-tate-modern> (06.03.2012); Huttenlauch, Die Sittenwächter, artnet, 12.12.2009, <http://www.artnet.de/magazine/der-neue-alte-streit-um-pornografie-und-kunst/> (06.03.2012).

²⁵¹ Pitzke, Mädchen, Mythen und der Marlboro-Mann, Spiegel Online, 29.09.2007, <http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,508512,00.html> (06.03.2012).

²⁵² Völzke, Kommentar: Talent borgt, Genie stiehlt, Dummheit klagt, Monopol, 30.03.2009, <http://www.monopol-magazin.de/artikel/2010708/kommentar-urheberrecht.html> (06.03.2012).

²⁵³ Huttenlauch, Die Sittenwächter, artnet, 12.12.2009, <http://www.artnet.de/magazine/der-neue-alte-streit-um-pornografie-und-kunst/> (06.03.2012).

²⁵⁴ Huttenlauch, Die Sittenwächter, artnet, 12.12.2009, <http://www.artnet.de/magazine/der-neue-alte-streit-um-pornografie-und-kunst/> (06.03.2012).

nem die Ausstellung begleitenden Ausstellungskatalog veröffentlicht hatte.²⁵⁵ Dem Fotografen Patrick Cariou zufolge habe Richard Prince in seinen Arbeiten Aufnahmen aus dessen Fotoband *Yes Rasta* aus dem Jahr 2000 ohne Zustimmung verwendet.²⁵⁶ Patrick Cariou hatte daraufhin Richard Prince, die Gagosian Gallery und deren Eigentümer Lawrence Gagosian sowie Rizzoli International Publications, den Verlag des Ausstellungskataloges, wegen der Verletzung von Urheberrechten verklagt und die Schließung der entsprechenden Ausstellung verlangt.²⁵⁷

Tatsächlich hatten in die neue Werkgruppe von Richard Prince Fotokopien aus Patrick Carious genannten Buch Eingang gefunden, woraus er zunächst fotografische Vorlagen erstellte, die er hiernach auf bis zu zwei mal drei Meter große Leinwände zog und anschließend mit Acrylfarbe und Collage-Elementen verfremdete.²⁵⁸ Beispielsweise steckte Richard Prince einem Rasta-Mann eine E-Gitarre in die Hände und gab ihm mit kindlichen Kreisen ein maskenhaftes Gesicht.²⁵⁹ Auf einer großen Anzahl von Arbeiten hatte er „[...] nackte Frauen in aufreizenden Posen mit bärtigen Rastafaris kombiniert.“²⁶⁰

Das erstinstanzliche Gericht sah es als erwiesen an, dass Richard Prince Patrick Carious Fotoaufnahmen urheberrechtswidrig in seinen Arbeiten verwendet hatte.²⁶¹ Gegen dieses Urteil legten Richard Prince und seine Galerie Berufung ein,²⁶² die im

²⁵⁵ Teile der Werkserie *Canal Zone* waren zuvor im Eden Rock Hotel in St. Barts zu sehen; vgl. *Hecker*, Appropriation artist guilty of copyright infringement, NYSBA Entertainment, Arts and Sports Law Journal, XXII/2 2011, 15 (15).

²⁵⁶ *Huttenlauch*, In Sachen Cariou gegen Prince - Rastalocken für alle, artnet, 28.03.2009, <http://www.artnet.de/magazine/in-sachen-cariou-gegen-prince/> (06.03.2012).

²⁵⁷ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (S.D.N.Y. 2011).

²⁵⁸ *Zeit*, Lebenschte Fotos oder Kommentar?, FAZ, 29.04.2009, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunstmarkt/kommentare-glossen/richard-prince-hat-aerger-lebenschte-fotos-oder-kommentar-1792130.html> (06.03.2012).

²⁵⁹ Abbildung 31.

Auf die Frage des Gerichts, was er mit der aufgesetzten Sonnenbrille und der Gitarre ausdrücken möchte, antwortete Richard Prince: „He's playing the guitar now, it looks like he's playing the guitar, it looks as if he's always played the guitar, that's what my message was.“; vgl. *Felten*, When Appropriation Masquerades as Reconceptualized Art, The Wallstreet Journal, 25.03.2011, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704425804576220671591028188.html> (06.03.2012).

²⁶⁰ *Zeit*, Lebenschte Fotos oder Kommentar?, FAZ, 29.04.2009, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunstmarkt/kommentare-glossen/richard-prince-hat-aerger-lebenschte-fotos-oder-kommentar-1792130.html> (06.03.2012); Abbildung 32.

²⁶¹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337, 342-343 (S.D.N.Y. 2011); vgl. dazu ausf. Kapitel 2 B.III.1 Seite 106 ff.

²⁶² Das Berufungsverfahren wurde unter dem Aktenzeichen 11-1197-cv (2nd Cir.) vor dem US-Bundesgericht für Rechtsbeschwerden des zweiten Bezirks (United States Court Of Appeals For The Second Circuit) geführt; nachfolgend zitiert als *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.); vgl. dazu ausf. Kapitel 2 B.III.2 Seite 115.

Großteil unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu Gunsten von Richard Prince entschieden wurde.²⁶³ Lediglich die urheberrechtliche Beurteilung von fünf Arbeiten aus Richard Prince' Werkserie wurde an die Erstinstanz zurückverwiesen, die nun unter Berücksichtigung der getroffenen Feststellungen der Berufungsinstanz erneut ermitteln soll, ob auch diese Werke, wie die übrigen Arbeiten, Urheberrechtsschutz genießen oder aber ob in diesen speziellen Einzelfällen eine Verletzung der Urheberrechte Patrick Cariou's anzunehmen sei.²⁶⁴ Die entsprechende Entscheidung steht noch aus.

²⁶³ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 23 Zeilen 2-4: „For the reasons discussed, we hold that all except five [...] of Prince's artworks make fair use of Cariou's photographs.”

²⁶⁴ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 23 Zeilen 5-7: „We remand with respect to those five [artworks] so that the district court, applying the proper standard, can determine in the first instance whether any of them infringes on Cariou's copyrights or whether Prince is entitled to a fair use defense with regard to those artworks as well.”

Kapitel 2

Appropriation Art im US-amerikanischen Copyright-Law

A. Grundlagen zur Untersuchung des amerikanischen Rechts

I. Die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers

„Dass eine Appropriation immer eine bewusste strategische Entscheidung eines Autors darstellt, ist vielleicht genauso naiv wie der Glaube an einen originalen Autor an erster Stelle.“

Michaelis Pichler²⁶⁵

Mit der Appropriation Art und deren urheberrechtlicher Einordnung sind generell zwei juristische Fragestellungen verknüpft: Werden durch Werke dieser Kunstform Ausschließlichkeitsrechte der Originalschöpfer verletzt und kann Arbeiten von Appropriationisten selbst rechtlicher Schutz gewährt werden?²⁶⁶

Die Problematik, ob Werke von Appropriationisten ihrerseits rechtlichen Schutz genießen, trägt weitaus weniger Konfliktpotential in sich als die Frage nach der Möglichkeit der urheberrechtlichen Rechtfertigung künstlerischer Aneignungen. Bereits aus Sicht der Praxis sind Ausschließlichkeitsrechte der Appropriationisten weit weniger problembehaftet, da Künstler, die selbst fremde Werke für den eigenen Schaffensprozess benutzen, Dritte wegen Urheberrechtsverletzungen kaum rechtlich belangen werden.²⁶⁷ Daher soll vorliegend der ausschließliche Fokus auf die Schutzfähigkeit von Werken der Vorlagenschöpfer und die Rechtfertigung möglicher Eingriffe in deren Rechte aufgrund der Aneignung ihrer entsprechenden Arbeiten gelegt werden.

Die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke in unveränderter oder leicht modifizierter Form kann grundsätzlich einen Eingriff in die Rechtspositionen des Originalschöpfers begründen. Hiervon betroffen sind sowohl im amerikanischen als auch im österreichischen Recht jedenfalls die Verwertungsrechte des Ersturhebers (Vervielfältigungsrecht nach § 15 UrhG, Bearbeitungsrecht nach § 14 Abs 2 UrhG).

²⁶⁵ Pichler, Statements zur Appropriation, Statement 2, http://www.geisteswissenschaften.fu-berlin.de/we03/veranstaltungen/Workshop/Workshop_Literaturwerkstatt/Pichler_Statements_on_Appropriation.pdf, (07.03.2013).

²⁶⁶ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 56.

²⁶⁷ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 56.

Entsprechendes gilt nach österreichischem Recht gemäß den §§ 19 bis 21 UrhG für die Urheberpersönlichkeitsrechte des Vorlagenschöpfers.

Das amerikanische Copyright-Law kannte hingegen lange Zeit keinen originären persönlichkeitsbezogenen Urheberrechtsschutz, da es zunächst grundsätzlich als Vermögensrecht konzipiert ist. Ein gewisser Schutz bestand lediglich ergänzend durch heranzuziehendes Common-Law, also einem auf Fallrecht beruhendem, nicht kodifiziertem Rechtssystem.²⁶⁸

Erst im Rahmen des *Berne Convention Implementation Act of 1988* und dem damit verbundenen Beitritt der USA zur *Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst* wurden durch den *Visual Artists Rights Act of 1990* „Moral Rights“ in das amerikanische Copyright-Law aufgenommen.²⁶⁹ Nunmehr war auch im amerikanischen Recht bezüglich der Urheberpersönlichkeitsrechte wenigstens ein Mindeststandard gesetzlich normiert.²⁷⁰

Die *Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst* ist ein völkerrechtlicher Vertrag zur Begründung der erstmaligen Anerkennung des Urheberrechts zwischen souveränen Staaten. Er wurde im Jahr 1886 verabschiedet. Vor seiner Ratifizierung lehnten es Staaten oftmals ab, Werke anderer Nationen als geschützt zu behandeln.

Der Vertrag und seine später revidierten Fassungen enthalten dabei eine zunehmende und schließlich abgestimmte Reihe sehr genau definierter Ausnahmen von den Rechten des geistigen Eigentums.²⁷¹ Klar ist in diesem Zusammenhang, dass die nationale Urheberrechtsgesetzgebung in den einzelnen Vertragsstaaten dem System der Berner Übereinkunft grundsätzlich zu folgen hat.²⁷²

²⁶⁸ *Cohen uA*, Copyright in a Global Information Economy (2002) 401 ff.

²⁶⁹ Der Beitritt Österreichs zur Revidierten Berner Übereinkunft (1908) erfolgte zum 01.10.1920, nachdem es in Art 239 des Friedensvertrages von St.-Germain-en-Laye vom 10.09.1919 völkerrechtlich verpflichtet wurde, innerhalb von zwölf Monaten der Berner Übereinkunft beizutreten. Vgl *Dillenz*, Warum Österreich-Ungarn nie der Berner Übereinkunft beitrug, in *Wadle* (Hrsg), Historische Studien zum Urheberrecht in Europa (1993) 167 (185); *Bachleitner uA*, Geschichte des Buchhandels in Österreich (2000) 250.

²⁷⁰ Die Einführung der „Moral Rights“ in das Copyright-Law wird durch *Ellins* gar als halbherzig bezeichnet; vgl *Ellins*, Copyright Law (1997) 78 FN 259.

²⁷¹ *Jehoram*, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int 2001, 807 (807).

²⁷² *Jehoram*, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int 2001, 807 (809).

II. Die einfachgesetzliche Beschränkung der Ausschließlichkeitsrechte

Sowohl in der US-amerikanischen als auch in der österreichischen Rechtsordnung werden die individuellen Ausschließlichkeitsrechte zugunsten schutzwürdiger Belange der Allgemeinheit und im Interesse der kulturbezogenen Weiterentwicklung beschränkt. Diesbezüglich bestimmen die einfachgesetzlichen Vorschriften, ob und inwieweit der Originalschöpfer die Verwendung seines Werkes in Kunstwerken der Aneignungskünstler hinzunehmen hat.

Während das US-amerikanische Copyright-Law den Ausgleich zwischen den Kontrollinteressen des Urhebers und den Zugangs- und Nutzungsinteressen Dritter über die Generalklausel des *fair use defense* aus 17 USC § 107 löst, wonach ein an sich rechtswidriger Eingriff im Einzelfall urheberrechtlich erlaubt sein kann, sieht das österreichische Urheberrecht hierzu detaillierte Einzelregelungen mit punktuellen Einschränkungen vor, die insbesondere in den §§ 41 ff UrhG zu finden sind.

Entgegen den gesetzlichen Einzelbeschränkungen der österreichischen Urheberrechtsordnung ist der *fair use defense* des US-amerikanischen Copyright-Laws als Generalklausel ein offenes System, das von den Gerichten immer von neuem ausgelegt wird. Da dieses System bereits vor dem Beitritt der USA zur *Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst* Bestand hatte und sich bis heute nicht geändert hat, wird teilweise bezweifelt, ob es in Einklang mit der *Berner Übereinkunft* mit ihren exakt definierten Ausnahmen steht.²⁷³

III. Schutzgut der urheberrechtlichen Bestimmungen

1. Grundsatz

Im Gegensatz zum US-amerikanischen Copyright-Law nimmt das österreichische Urheberrecht in seinen rechtlichen Bestimmungen nicht Bezug zum körperlichen Werk sondern zum geistigen Akt des Schöpfers. Geschützt wird die individuelle schöpferische Leistung, welche nicht unbedingt von der Persönlichkeit des Urhebers geprägt sein muss, die jedoch als individuelle Gestaltung keine bloße Kopie

²⁷³ Jehoram, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int 2001, 807 (809).

oder Nachahmung eines anderen Werkes sein darf.²⁷⁴ „Schutzgegenstand ist also gewissermaßen die Webart, die Textur des Werkes.“²⁷⁵ Während dabei der Begriff der geistigen Schöpfung lediglich klarstellen will, dass nicht der körperliche Gegenstand eines Werkes, sondern die dahinter stehende geistige Leistung Schutzgegenstand ist²⁷⁶, ist für die Gewährung des Urheberrechtsschutzes nach der österreichischen Rechtsordnung im Wesentlichen die auf der Person des Schöpfers beruhende eigentümliche Individualität maßgebend.²⁷⁷

Die Vorstellung vom Werk als der Verkörperung schöpferischer Identität, vom engen Band zwischen dem Werk und seinem Schöpfer, von der besonderen Bedeutung und Schutzwürdigkeit persönlichkeitsrechtlicher Interessen, kennt das US-amerikanische Copyright-Law, im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Urheberrecht, nicht. Es betrachtet das Werk vielmehr als vermarktbarer Ware, unbeschränkt veräußerbar, übertragbar und allein den Gesetzen des freien Handels unterworfen.²⁷⁸ Diese Auffassung hat, bis auf den Umstand der sehr begrenzten Einführung von „Moral Rights“ und einer damit eher formalen Einschränkung, bis heute Gültigkeit.²⁷⁹

Der fundamentale Unterschied zwischen der österreichischen und der US-amerikanischen Urheberrechtsordnung „[...] besteht also darin, dass im Copyright-Law das Produkt einer Leistung - das Werk - den Grundstein des Gesetzesgebäudes darstellt, während es im Urheberrecht das kreative Individuum selbst - der Urheber - ist.“²⁸⁰ Bereits dem Wortlaut nach kann dieser Gegensatz ausgemacht werden: Copyright ist ein Recht, dass sich von der Copy, also dem Werk, ableitet. Das

²⁷⁴ Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 1 Rz 5 f; Entsprechend zum deutschen Urheberrecht: Vinck in Fromm/Nordemann, Urheberrecht⁹ § 2 Rz 12; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht² (2001) Rz 163.

²⁷⁵ Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 1 Rz 6.

²⁷⁶ Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 1 Rz 1; Kucsko, Österreichisches und Europäisches Urheberrecht⁴ (1996) 22.

²⁷⁷ Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 1 Rz 6; Entsprechend zum deutschen Urheberrecht beispielsweise Ellins, Copyright Law (1997) 94.

²⁷⁸ In der österreichischen Rechtsordnung sind die vermögensrechtlichen Elemente des Urheberrechts mit den persönlichkeitsrechtlichen untrennbar verbunden. Urheberrechte sind grundsätzlich weder übertragbar noch veräußerbar; vgl. Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 23 Rz 1. Für das deutsche Urheberrecht beispielsweise Ellins, Copyright Law (1997) 78. Zulässig ist eine Übertragung allerdings im Erbweg (§ 23 Abs 1 UrhG) und durch Verzicht des Miturhebers zu Gunsten eines anderen Miturhebers (§ 23 Abs 2 Satz 2 UrhG).

²⁷⁹ Ellins, Copyright Law (1997) 78. Mit der Übertragung von Urheberrechten im US-amerikanischen Copyright-Law verringern sich der Schutz des Urhebers und sein Einfluss auf die Verwertung seines Werkes. Auswirkungen auf das Urhebervertragsrecht und das Urheberpersönlichkeitsrecht bleiben dabei unausweichlich; vgl. hierzu näher Ellins, Copyright Law (1997) Teil 2, Kap 3 und 4.

²⁸⁰ Entsprechend mit Blick auf das deutsche Urheberrecht Ellins, Copyright Law (1997) 85.

Urheberrecht hingegen stellt den Urheber mit seiner schöpferisch-kreativen Arbeit in den Mittelpunkt.²⁸¹

2. Entstehung und Umfang

a) In der US-amerikanischen Urheberrechtsordnung entsteht das Copyright mit der Herstellung des Werkes, wobei es jedoch körperlich fixiert sein muss. Die entscheidenden Vorschriften hierzu finden sich in 17 USC §§ 302 a²⁸² und 101²⁸³.

Das österreichische Urheberrecht begründet den urheberrechtlichen Schutz hingegen im Schöpfungsakt. Voraussetzung ist, dass die persönliche geistige Schöpfung im Sinne von § 1 Abs 1 UrhG sinnlich wahrnehmbar ist, eine körperliche Fixierung ist indes nicht notwendig.²⁸⁴

Urheber ist - sowohl im US-amerikanischen Copyright-Law (17 USC § 201 a) als auch im österreichischen Urheberrecht (§ 10 Abs 1 UrhG) - der Werkschöpfer.²⁸⁵ Jedoch nur im US-amerikanischen Copyright-Law kann der Urheber auch juristische Person sein.²⁸⁶ Die österreichische Rechtsordnung demgegenüber beschränkt die Urheberschaft auf natürliche Personen.²⁸⁷

Unterschiede gibt es zudem in der Frage, ob dem Arbeitnehmer, der das Werk im Rahmen seiner dienstlichen bzw arbeitsvertraglichen Pflichten geschaffen hat, die Urheberschaft zufällt oder diese bei seinem Arbeitgeber entsteht. Im US-amerikanischen Copyright-Law erwirbt in einem solchen Fall der Arbeitgeber originär das Urheberrecht.²⁸⁸ Nach österreichischem Recht hingegen ist der Schöpfer originär Urheber, selbst wenn er das Werk als Arbeitnehmer oder Dienstverpflichteter ge-

²⁸¹ *Ellins*, Copyright Law (1997) 85.

²⁸² 17 USC § 302 a: „Copyright in a work created on or after January 1, 1978, subsists from its creation and, except as provided by the following subsections, endures for a term consisting of the life of the author and 70 years after the author's death.“.

²⁸³ 17 USC § 101: „A work is “created” when it is fixed in a copy or phonorecord for the first time [...]“.

²⁸⁴ *Dillenz/Gutman*, UrhG² (2004) § 1 Rz 9.

²⁸⁵ 17 USC § 201 a: „Copyright in a work protected under this title vests initially in the author or authors of the work. The authors of a joint work are co-owners of copyright in the work.“ § 10 Abs 1 UrhG: „Urheber eines Werkes ist, wer es geschaffen hat.“.

²⁸⁶ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 60, FN 208.

²⁸⁷ OGH 4 Ob 248/02b MR 2003, 35 (35); OGH 4 Ob 151/00k MR 2000, 381 (381). Juristischen Personen werden nur Leistungsschutzrechte zugestanden; vgl *Ellins*, Copyright Law (1997) 72.

²⁸⁸ 17 USC § 201 b: „In the case of a work made for hire, the employer or other person for whom the work was prepared is considered the author for purposes of this title, and, unless the parties have expressly agreed otherwise in a written instrument signed by them, owns all of the rights comprised in the copyright.“.

schaffen hat.²⁸⁹ Beide Rechtsordnungen lassen es indes zu, dass hiervon abweichende vertragliche Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffen werden.²⁹⁰

b) US-amerikanisches Copyright-Law und österreichisches Urheberrecht schützen die konkrete Werkgestaltung. Der Schutzzumfang erfasst die individuelle Ausdrucksform des Werkes, nicht die zugrunde liegende Idee.²⁹¹

3. Schutzvoraussetzungen und Schutzdauer

a) Entstehung und Fortbestand des Copyrights im US-amerikanischen Copyright-Law sind - ebenso wie im österreichischen Urheberrecht - unabhängig von förmlichen Voraussetzungen. Weder dessen Registrierung noch ein Copyright-Vermerk am Werk sind für die Einräumung des Urheberschutzes notwendig, seit die USA der *Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst* beigetreten sind (*Berne Convention Implementation Act of 1988*).

Die gerichtliche Geltendmachung von Urheberrechten an Werken, die in den USA entstanden sind, ist indes nach 17 USC §§ 411 a (1)²⁹², 412²⁹³ nur zulässig, wenn

²⁸⁹ Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 10 Rz 7.

²⁹⁰ Vgl hierzu den Wortlaut von 17 USC § 201 b in FN 287 Seite 68 sowie Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 10 Rz 7.

²⁹¹ Für das österreichische Urheberrecht Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 1 Rz 5; OGH 4 Ob 229/02h MR 2003, 41 (41): „Geschützt ist nur eine bestimmte Formung des Stoffes.“ Für das US-amerikanische Copyright-Law 17 USC § 102 b: „In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.“

²⁹² 17 USC § 411 a (1): „Except for an action brought for a violation of the rights of the author under section 106A(a), and subject to the provisions of subsection (b), no civil action for infringement of the copyright in any United States work shall be instituted until preregistration or registration of the copyright claim has been made in accordance with this title.“

²⁹³ 17 USC § 412: „In any action under this title, other than an action brought for a violation of the rights of the author under section 106A(a), an action for infringement of the copyright of a work that has been preregistered under section 408(f) before the commencement of the infringement and that has an effective date of registration not later than the earlier of 3 months after the first publication of the work or 1 month after the copyright owner has learned of the infringement, or an action instituted under section 411(c), no award of statutory damages or of attorney's fees, as provided by sections 504 and 505, shall be made for - (1) any infringement of copyright in an unpublished work commenced before the effective date of its registration; or - (2) any infringement of copyright commenced after first publication of the work and before the effective date of its registration, unless such registration is made within three months after the first publication of the work.“

eine Registrierung im Gerichtsprozess erfolgt. Eine derartige Prozessregistrierung begründet eine widerlegliche Vermutung für die Urheberrechtsinhaberschaft.²⁹⁴

Materielle Schutzvoraussetzung im US-amerikanischen Recht ist die Originalität, die Bezeichnung des Ursprungs des Werkes durch den Autor: „Originality [...] simply means that the work originates with the author.“²⁹⁵ Sie ist verfassungsrechtlich verankerte Schutzvoraussetzung.²⁹⁶ Die Originalität erfordert dabei einen Mindestgrad an Kreativität, wobei diese Anforderung grundsätzlich nicht hoch ausfallen muss. Ein Weniger an Kreativität kann gegebenenfalls durch ein Mehr an selbständiger Arbeitsleistung ausgeglichen werden.²⁹⁷ Materielle Schutzvoraussetzung im österreichischen Urheberrecht hingegen ist ein Mindestmaß an geistiger Schöpfung (§ 1 Abs 1 UrhG).

Der Werkbegriff im US-amerikanischen Copyright-Law ist einheitlich (*original works and subject matter*).²⁹⁸ Die österreichische Urheberrechtsordnung unterscheidet indessen zwischen dem Urheberrecht an persönlich geistigen Schöpfungen (§§ 1 bis 65 UrhG) und den verwandten Schutzrechten an sonstigen Leistungen (§§ 66 bis 80 UrhG).

b) Wie das US-amerikanische Copyright ist auch das österreichischen Urheberrecht zeitlich begrenzt. Beide erlöschen gemäß 17 USC § 302 a²⁹⁹ bzw § 60 Abs 1 UrhG grundsätzlich 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers.

Das US-amerikanische Copyright-Law sieht in 17 USC § 201 d (1)³⁰⁰ vor, dass das Copyright verkehrsfähig und damit ganz oder teilweise übertragbar ist. Nach der österreichischen Rechtsordnung hingegen ist das Urheberrecht unverzichtbar und grundsätzlich nicht rechtsgeschäftlich übertragbar.³⁰¹ Das bestätigt § 23 Abs 3 UrhG. Zulässig aber ist die Übertragung im Erbweg gemäß § 23 Abs 1 UrhG und

²⁹⁴ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 60, FN 208.

²⁹⁵ Landes, Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art, <http://www.law.uchicago.edu/files/files/113.WML.Copyright.pdf> (03.03.2012), 3.

²⁹⁶ *Feist Publications v. Rural Telephone Services Company* 499 U.S. 340, 346 (1991): „Originality is a constitutional requirement.“

²⁹⁷ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 61 FN 208.

²⁹⁸ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 60 FN 208.

²⁹⁹ Vgl FN 282 Seite 68.

³⁰⁰ 17 USC § 201 d (1): „The ownership of a copyright may be transferred in whole or in part by any means of conveyance or by operation of law, and may be bequeathed by will or pass as personal property by the applicable laws of intestate succession.“

³⁰¹ *Dillenz/Gutman*, UrhG² (2004) § 23 Rz 1.

der Verzicht eines Miturhebers zum Vorteil eines anderen Miturhebers nach § 23 Abs 2 Satz 2 UrhG.

4. Historie

a) Die Aufnahme des Naturrechts in den jeweiligen Rechtskreis

Das US-amerikanische Copyright-Law ist ausgerichtet auf das Werk, dessen wirtschaftliche Verwertung und den damit im Zusammenhang stehenden gesellschaftlichen Nutzen. In der österreichischen Urheberrechtstradition steht stattdessen das schöpferische Individuum. Erklären lassen sich diese Unterschiede mit den daraus resultierenden Konsequenzen aus den gegensätzlichen historischen Entwicklungen, die diese deutlich voneinander abweichenden Urheberrechtssysteme bis heute durchlaufen haben.

Die Ursprünge von Copyright-Law und Urheberrecht ähneln sich zunächst sehr stark und gehen zurück auf das „[...] Bedürfnis nach einer Regulierung des Wettbewerbs unter Verlegern von Schriftwerken, dem durch die obrigkeitliche Einräumung von Monopolen im Druckgewerbe Rechnung getragen wurde.“³⁰² Die einfach gewonnene Monopolstellung erwies sich als sehr lukrativ und die bevorteilten Verleger waren bestrebt, die Konkurrenz aus anderen Herrschaftsbereichen auch für die Zukunft fernzuhalten. Hierzu bedienten sie sich der Person des Urhebers, um das als Raubdruck empfundene Vorgehen der Konkurrenz durch geschickte Argumentation zu unterbinden.³⁰³

In der Folgezeit entwickelte sich in Großbritannien, auf dessen Rechtsordnung mit den entsprechenden Prinzipien das US-amerikanische Copyright-Law zurückzuführen ist, unter Berücksichtigung naturrechtlichen Gedankengutes die Theorie vom ewigen Common-Law-Copyright. Stünde demgemäß einem Autor nach dem Common-Law ein ewiges Urheberrecht zu, so hielte auch der Verleger nach der Übertragung dieses Rechts an ihn ein ewiges Schutzrecht in der Hand.³⁰⁴ Aufgrund dessen wurde zwar der Urheber dem Namen nach in den Mittelpunkt dieser Theorie

³⁰² *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 61.

³⁰³ *Ellins*, Copyright Law (1997) 75.

³⁰⁴ *Schacht*, Die Einschränkungen des Urheberpersönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis (2004) 100.

verbracht, praktisch erwarben hierdurch jedoch die Verleger ihre Monopolstellung zurück.³⁰⁵

In Kontinentaleuropa hingegen wurde der Urheber auf der Basis der naturrechtlichen Idee über dessen geistiges Eigentum nicht nur nominell sondern vielmehr in jeder Hinsicht in das Zentrum der Aufmerksamkeit gestellt. Dies führte zu einem weit über den Verlegerschutz hinaus reichenden Urheberschutz. Der Gedanke zu den eigenständigen Rechten bezüglich der Früchte einer individuellen, schöpferischen Arbeit wurde stetig weiter vorangetrieben. „Auf den Schöpfungsakt zentriert, widmete sich diese Konzeption dem Schutz der Schöpferpersönlichkeit in ihren ur-eigensten Rechten und stellte deren Wahrung in den Mittelpunkt.“³⁰⁶

Die Rechtsauffassung vom Common-Law-Copyright, nach der das Urheberrecht aus der Schöpfung des Werkes erwachse und gesetzlich allenfalls verstärkt aber nicht begründet werde, hatte nicht lange Bestand. In der richtungsweisenden Entscheidung *Donaldson v. Beckett*³⁰⁷ wurde dieser Ansatz im Jahr 1774 verworfen. Die Richter durchschauten die eigentlichen Motive der Verleger, welche die Rechte des Urhebers lediglich als Vorwand benutzt hatten, um ihre eigenen traditionellen und monopolistischen Positionen zu bewahren. In Großbritannien wurde damit die naturrechtliche Konzeption des Urheberrechts aufgegeben und dem späteren US-amerikanischen Copyright-Law erst gar nicht zur Verfügung gestellt. An ihre Stelle trat der gegensätzliche positivistische Grundsatz, wonach das Copyright als Rechtsschöpfung des Gesetzgebers aufzufassen sei.³⁰⁸

Seit der Entscheidung *Donaldson v. Beckett* entwickelten sich die beiden Urheberrechtssysteme diametral auseinander. In Großbritannien sowie den USA wurde das Copyright auf eine positivistische Basis gestellt, in Kontinentaleuropa die naturrechtliche Idee des geistigen Eigentums konsequent weiter entwickelt und verfeinert.

³⁰⁵ Ellins, Copyright Law (1997) 75.

³⁰⁶ Ellins, Copyright Law (1997) 76.

³⁰⁷ *Donaldson v. Beckett* 4 Burr. 2408 (1774), zitiert nach *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 62, FN 214.

³⁰⁸ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 62.

b) Die zeitliche Entwicklung der Urheberrechtssysteme

Der materielle Inhalt von Copyright-Law und Urheberrecht wurde auch durch die zeitlichen Aspekte der Kodifizierung des Rechts beeinflusst. Die ersten bundeseinheitlichen urheberrechtlichen Bestimmungen zum US-amerikanischen Copyright-Law lassen sich in der *Verfassung der Vereinigten Staaten* von 1787 und dem *Copyright Act* von 1790 finden.³⁰⁹ Die erste eigenständige gesetzliche Urheberrechtsordnung in Österreich kam erst im Jahr 1895 mit dem *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur, Kunst und Photographie* zustande.³¹⁰ In Kontinentaleuropa ging dem eine jahrzehntelange Reflexion der klügsten Köpfe über Wesen und Inhalt des Urheberrechts voraus. Naturrecht und Aufklärung, die entscheidenden Faktoren für die Entwicklung des Urheberrechts, kamen in Österreich damit erst dann zu ihrer vollen Entfaltung, als das US-amerikanische Copyright-Law bereits lange etabliert war.³¹¹

c) Pragmatische Orientierung oder philosophisch-juristische Lehre

Auch die pragmatische Orientierung des Common-Laws und die ihr gegenüberstehende, von Theorien und Lehrmeinungen gekennzeichnete Ausrichtung des Zivilrechts prägen den materiellen Inhalt von Copyright-Law und Urheberrecht bis heute.

Das US-amerikanische Copyright-Law fußt - ganz anders als das österreichische Urheberrecht - auf keiner grundlegenden philosophisch-juristischen Theorie. Seine Entwicklung war bisher durch einen Handlungsbedarf gekennzeichnet, der durch gesetzgeberisches oder richterliches Einschreiten gefordert wurde.

„Gesetzgeberische Aktivität - oftmals von Interessengruppen manipuliert - begnügt sich vorwiegend mit der spontanen Regelung gegenwärtig anstehender Einzelpro-

³⁰⁹ Die ersten urheberrechtlichen Aktivitäten gehen zurück auf das Jahr 1783, in dem der Continental Congress empfahl, Urheberrechtsgesetze in den Gründungsstaaten zu erlassen. Zwölf der dreizehn Staaten folgten dieser Empfehlung. Inhaltlich orientierten sich die Regelungen zum Großteil an den englischen Vorschriften des *Statute of Anne* aus dem Jahr 1710. Praktische Bedeutung erhielten diese einzelstaatlichen Urheberrechtsgesetze aufgrund ihrer unterschiedlichen Regelungen nicht. Vgl. Förster, Fair Use (2008) 10 f.

³¹⁰ Zuvor war zwar seit 1846 das Kaiserliche allerhöchste Patent zum Schutze des literarischen und artistischen Eigentums gegen unbefugte Veröffentlichung, Nachdruck und Nachbildung erster Ausdruck aller österreichischen Urheberrechtsnormen gewesen. Doch da dieses Patent aufgrund der Einflussnahme der Politik des Deutschen Bundes zustande kam, wird es vielfach nicht als erste eigenständige Leistung Österreichs angesehen. Vgl. Gerhartl, „Vogelfrei“ (1995) 12 f.

³¹¹ Ellins, Copyright Law (1997) 79.

bleme, ohne von einer philosophischen Gesamtschau des Copyright-Laws geleitet zu werden. Die Folgen sind gesetzgeberische Flickenschusterei und eine geradezu atemberaubende Systemlosigkeit dieses Rechtsgebietes. Auch das richterliche Selbstverständnis wiederum ist nicht von dem Bestreben gekennzeichnet, ein kohärentes Lehrgebäude des Copyright-Laws zu entwickeln; im Mittelpunkt steht vielmehr die Schlichtung des gerade vorliegenden Rechtsstreits.³¹²

d) Vertragsfreiheit

Das US-amerikanische Copyright-Law ist geprägt durch die Annahme, dass den Marktteilnehmern als autonome und verantwortliche Individuen völlige Gestaltungsfreiheit bezüglich ihrer vertraglichen Beziehungen zu gewähren ist. Vertragliche Vereinbarungen sind dementsprechend einzuhalten. Eingriffe verbieten sich, auch dann, wenn die Verhandlungsstärke der Vertragsparteien unausgewogen ist. Vor diesem Hintergrund hat auch der Urheber als autonomes Individuum für seine Interessen selbst zu sorgen, wobei diese Interessen in der Regel Vermögenswerte betreffen. Werte urheberpersönlichkeitsrechtlicher Natur sind die Ausnahme in einem System, das die Vorstellung vom Werk als reine Handelsware zur Grundlage hat und die unbeschränkte Veräußerung und Übertragbarkeit des Urheberrechts proklamiert.³¹³

Auch im österreichischen Urheberrecht greift die Vertragsfreiheit als Ausgangspunkt jeglicher privatautonomer Rechtsbeziehungen Platz. Anders jedoch als im US-amerikanischen Copyright-Law wird dem Urheber in seiner Schöpferfunktion eine einzigartige Stellung einräumt. Umfangreich geschützt werden neben den vermögensrechtlichen auch die persönlichkeitsrechtlichen Interessen. Der Urheber wurde dabei in der Vertragswelt als meist schwächere Partei erkannt und es entwickelte sich daraufhin ein Korrektiv, das soziale und wirtschaftliche Unausgewogenheiten auszugleichen versucht. „Durch den Grundsatz der Unveräußerlichkeit des Urheberrechts soll verhindert werden, dass der Urheber seine Rechte in einer oftmals ungleich gewichteten Verhandlungssituation etwa aus Not, Leichtsinn oder Unerfahrenheit übertragen und somit jegliche Ansprüche auf das von ihm geschaffene Werk

³¹² Ellins, Copyright Law (1997) 80.

³¹³ Ellins, Copyright Law (1997) 81.

verlieren kann.“³¹⁴ Gestattet sind in Bezug auf Dritte mit der Einräumung von Nutzungsrechten lediglich die vom originären Urheberrecht abgeleiteten Vermögensrechte des Urhebers.

e) Ausmaß und Dichte rechtlicher Regelungen

Die US-amerikanische Rechtsordnung minimiert die Durchdringung des gesellschaftlichen Gefüges auf ein Mindestmaß. Sie ist der Vertragsfreiheit (*Freedom Of Contract*) sowie der Tradition des sich langsam vortastenden Präzedenzrechts (*Case-Law*) als Ausfluss des Common-Laws verbunden. Österreichisches Rechtsdenken hingegen ist geprägt von dem Ziel, den rechtlich zu regelnden Raum möglichst vollständig auszufüllen. Das überlieferte Recht wird in kontinentaleuropäischer Tradition nach napoleonischem Vorbild in umfassenden Gesetzesbüchern niedergelegt.³¹⁵

Dabei reicht es für das österreichische Recht aus, wenn es in den Gesetzen fundamentale Prinzipien festschreibt. Eine Einzelfallregelung erfolgt nicht, so dass der Judikatur ein breiter Spielraum für Interpretationen des Gesetzeswortlauts eingeräumt wird. Soweit aber in der US-amerikanischen Rechtsordnung rechtliche Vorschriften normiert sind, wird hingegen versucht, durch möglichst genaue gesetzliche Vorgaben Missverständnisse zu vermeiden.³¹⁶ Diese pedantisch-detaillierte Gesetzgebung ergießt sich in eine Fülle von Einschränkungen, Vorbehalten, Voraussetzungen, Bedingungen und Ausnahmen, die den Umfang der gewährten Rechte bis ins kleinste Detail hin vorzeichnen, das Textvolumen vervielfachen und der Judikatur oft weitgehend die Hände bindet.³¹⁷ Die Regelung des *fair use defense* bildet hierzu jedoch eine Ausnahme, da sie aufgrund ihres Ursprungs als richterrechtlich entwickeltes Institut ausnahmsweise nicht dem typischen Bild US-amerikanischer Gesetze entspricht.³¹⁸

³¹⁴ Ellins, Copyright Law (1997) 82.

³¹⁵ Ellins, Copyright Law (1997) 83.

³¹⁶ Förster, Fair Use (2008) 14.

³¹⁷ Ellins, Copyright Law (1997) 83.

³¹⁸ Förster, Fair Use (2008) 14.

IV. Urheberrechtsverletzungen

1. Direct Infringement

Soweit zumindest eines der exklusiven Rechte des Urhebers aus 17 USC § 106 verletzt wird, liegt eine direkte Verletzung (Direct Infringement) der Urheberrechte vor (17 USC § 501). Der Inhaber des Urheberrechts muss zum einen das Bestehen eines wirksamen Urheberrechts und zum anderen die Verletzungshandlung des Eingreifenden beweisen, wenn er mit seiner Klage auf Unterlassung (17 USC § 502) oder Schadensersatz (17 USC § 504) Aussicht auf Erfolg haben will. Ein Verschulden ist dabei nicht gefordert. Der Eingreifende haftet also auch dann, wenn er die Urheberrechtslage nicht kannte, als er die das Urheberrecht verletzende Handlung beging.³¹⁹

2. Contributory Infringement und Vicarious Liability

Zwei Theorien, die der US-amerikanische Copyright-Act nicht ausdrücklich kennt, sind dazu geeignet, den Kreis der potentiellen Klagegegner in einem Urheberrechtsstreit erheblich zu erweitern. So haftet der Beklagte gemäß der mittelbaren Rechtsverletzung (Contributory Infringement) einerseits, wenn er von der Urheberrechtsverletzung eines Dritten wusste oder hiervon hätte wissen müssen. Andererseits trifft den Beklagten eine Einstandspflicht, wenn er die unmittelbare Verletzungshandlung eines Dritten kontrollieren kann und einen direkten finanziellen Nutzen hiervon hat (Haftung für Verrichtungsgehilfen - Vicarious Liability).³²⁰ In diesem Fall kommt es, anders als bei der Haftung aus mittelbarer Rechtsverletzung (Contributory Infringement), haftungsbegründend nicht auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des Beklagten von der Rechtsverletzung an.³²¹

³¹⁹ *Gottschalk*, Digitale Musik und Urheberrecht aus US-amerikanischer Sicht, GRUR Int 2002, 95 (97).

³²⁰ *Gottschalk*, Digitale Musik und Urheberrecht aus US-amerikanischer Sicht, GRUR Int 2002, 95 (97).

³²¹ *Gottschalk*, Digitale Musik und Urheberrecht aus US-amerikanischer Sicht, GRUR Int 2002, 95 (97).

V. Der *fair use defense*

1. Einführung und Gesetzestext

Fair use ist ein in 17 USC § 107 geregelter Rechtfertigungsgrund, durch den ein eigentlich rechtswidriger Eingriff in ein Copyright unter wertender Betrachtung des Einzelfalls zugunsten überwiegender Interessen Dritter erlaubt werden kann.³²² Soweit der Kläger prima facie die Verletzung seiner Urheberrechte dargelegt hat, steht dem Beklagten der Einwand des *fair use* zu.³²³ Dabei wird der Tatbestand des *fair use* als eines der unsichersten Gebiete des US-amerikanischen Copyright-Laws angesehen.³²⁴

17 USC § 107 lautet:

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include

- (1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- (2) the nature of the copyrighted work;
- (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- (4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

³²² *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301, 308 (2d Cir. 1992): „This equitable doctrine [fair use] permits other people to use copyrighted material without the owner's consent in a reasonable manner for certain purposes.“; so auch *Leibowitz v. Paramount Pictures* 137 F.3d 109, 112 (2d Cir. 1998).

³²³ *Gottschalk*, Digitale Musik und Urheberrecht aus US-amerikanischer Sicht, GRUR Int 2002, 95 (97).

³²⁴ *Sony v. Universal* 464 U.S. 417, 475 (1984): „The doctrine of fair use has been called, with some justification, the most troublesome in the whole law of copyright.“; so auch *Dellar v. Samuel Goldwyn* 104 F.2d 661, 662 (CA2 1939).

Die offene und generalklauselartige Fassung des *fair use defense*, die damit ganz und gar nicht in der Tradition der detailverliebten US-amerikanischen Gesetzgebung steht, erklärt sich aus den in den Gesetzgebungsmaterialien festgehaltenen Motiven des Kongresses. Der Gesetzgeber entnahm die in 17 USC § 107 aufgezählten vier *fair use* - Faktoren aus den hierzu in jahrzehntelanger Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.³²⁵ Dabei knüpfte er an eine bereits bestehende Rechtslage an³²⁶ und verband die Bestimmungen durch deren offene Fassung mit einem zukünftigen Regelungsauftrag an die Gerichte.³²⁷

2. Privilegierte Nutzungen in 17 USC § 107

17 USC § 107 enthält zunächst die Aufzählung einiger Nutzungszwecke, bei denen eine Privilegierung als *fair use* grundsätzlich angenommen werden kann (Kritik, Kommentar, aktuelle Berichterstattung, Lehre und Forschung).

Mit Bezug darauf wäre einerseits denkbar, den aufgeführten Nutzungszwecken eine eigenständige Bedeutung im Rahmen der *fair use* - Prüfung abzusprechen und sie damit lediglich als unverbindliche Beispiele für eine faire Benutzung anzusehen. Der Gesetzeswortlaut lässt indes andererseits auch eine Interpretation dahingehend zu, dass die benannten Verwendungsarten als Eingangsprüfung für die *fair use* - Analyse angesehen werden können.³²⁸

Bei letzterer Annahme käme es konsequenterweise zu einer zweistufigen *fair use* - Prüfung, in der vor der Analyse der Fairness der Handlung anhand der *fair use* - Faktoren zunächst die generelle Eignung der Verwendungshandlung im Vergleich mit den gesetzlich aufgeführten Nutzungszwecken zu bestimmen wäre. Soweit dies mit einer engen Auslegung dieser gesetzlichen Verwendungszwecke verbunden wäre, hätte dies eine deutliche Einschränkung des *fair use defense* zur Folge.³²⁹

³²⁵ Förster, Fair Use (2008) 19; zu den Fallgruppen, die sich bis zur legislativen Anerkennung des *fair use defense* durch Richterrecht herausgebildet hatten, vgl. Schumann, Fair Use im amerikanischen Urheberrecht, GRUR Int 1969, 125.

³²⁶ House Report on the Copyright Act of 1976: „Section 107 is intended to restate the present judicial doctrine of fair use, not to change, narrow, or enlarge it in any way.“; Nimmer/Nimmer, Nimmer On Copyright, Appendix 4; so auch *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569, 577 (1994).

³²⁷ Förster, Fair Use (2008) 19.

³²⁸ Förster, Fair Use (2008) 27.

³²⁹ Förster, Fair Use (2008) 27 f.

Richtigerweise tendieren die Gerichte daher dazu, in den in 17 USC § 107 beispielhaft aufgeführten privilegierten Nutzungen keinen eigenen Prüfungspunkt zu sehen.³³⁰ Vielmehr sei die Aufzählung rein illustrativ. Die zwangsläufige Rechtfertigung als *fair use* kann sich daher allein auf die Erfüllung einer der in 17 USC § 107 genannten vier Abwägungsfaktoren stützen.³³¹

Fällt die zu prüfende Verwendungshandlung nicht unter die beispielhaft aufgeführten Nutzungen, so kann hieraus noch nicht geschlossen werden, dass eine positive Einordnung als *fair use* ausscheidet. Umgekehrt ist eine Nutzungshandlung, die von den Beispielen in 17 USC § 107 erfasst wird, nicht automatisch als *fair use* anzusehen.³³²

Alles in allem fällt den beispielhaft benannten Verwendungen insbesondere dahingehend eine Funktion zu, als dass es üblich und sinnvoll ist, im Rahmen des ersten Abwägungsfaktors in 17 USC § 107 auf sie einzugehen.³³³

3. Die vier Abwägungsfaktoren in 17 USC § 107

a) Faktor 1 - Zweck und Art der Werkvorlagenbenutzung

aa) Transformativität

Im Rahmen des ersten Abwägungsfaktors der *fair use* - Prüfung wird ausgehend von den Nutzungsbeispielen in 17 USC § 107 zunächst ein Blick auf den mit der Verwendung verfolgten Zweck geworfen. Dabei ist der erste Schwerpunkt in der Prüfung des ersten Abwägungsfaktors die Transformativität im Rahmen der Werkaneignung. Fraglich ist, inwieweit der Vorlagenverwender das benutzte Werk in einen neuen Zusammenhang stellen muss.³³⁴

³³⁰ Förster, Fair Use (2008) 28.

³³¹ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569, 577 (1994): "The text employs the terms "including" and "such as" in the preamble paragraph to indicate the "illustrative and not limitative" function of the examples given [...], which thus provide only general guidance about the sorts of copying [...]".

³³² Förster, Fair Use (2008) 28.

³³³ Supreme Court: Supreme Court 07.03.1994 "Oh, Pretty Woman", GRUR Int 1995, 258 (260): "Die Untersuchung kann hier anhand der in der Präambel zu § 107 genannten Beispiele dadurch erfolgen, dass man danach Ausschau hält, ob die Benutzung zum Zwecke des kritischen Kommentars oder der Nachrichtenverbreitung o.ä. benutzt wurde [...]".

³³⁴ Förster, Fair Use (2008) 43.

Bevor der *fair use defense* 1976 gesetzlich verankert wurde, galt in der Rechtsprechung gesichert, dass sich der Beklagte nur auf *fair use* berufen könne, wenn das benutzte Werk durch die Verwendungshandlung einem neuen Zweck zugeführt worden ist. Blieb die Nachschöpfung im ursprünglichen Verwendungszweck haften, war eine Privilegierung als *fair use* ausgeschlossen.³³⁵ Diese traditionelle Abgrenzung wurde in der Rechtsprechungspraxis im Laufe der Zeit immer wieder an neue Gegebenheiten angepasst. So schränkte beispielsweise der Supreme Court in *Sony v. Universal* die Bedeutung der Transformativität der Werknutzung erheblich ein und stellte fest, diese könne zwar in der *fair use* - Prüfung eine Rolle spielen, sie sei jedoch in keinem Fall allein entscheidend.³³⁶

Mit *Campbell v. Acuff-Rose* kehrte der Supreme Court dann in seiner bisher letzten Entscheidung zur Transformativität der Werknutzung zu seiner ursprünglichen gerichtlichen Praxis zurück und stellt nun in der *fair use* - Analyse wieder entscheidend darauf ab, ob der Verwender der Vorlage diese transformiert. Das Gericht führte dazu aus: „Das Hauptanliegen [der] Untersuchung besteht darin, zu sehen, ob das neue Werk [...] nur die Gegenstände der ursprünglichen Schöpfung ersetzt [...] oder ob es etwas Neues hinzufügt, einen weiteren Zweck oder einen unterschiedlichen Charakter, und dadurch das erste Werk durch eine neue Ausdrucksform, Bedeutung und Aussage verändert; gefragt wird mit anderen Worten danach, ob und in welchem Ausmaß das neue Werk umgestaltend ("transformativ") wirkt. Obwohl eine [...] umgestaltende Benutzung für die Bejahung von *fair use* nicht absolut erforderlich ist, [...] wird das mit dem Copyright verfolgte Ziel, die Wissenschaft und die Künste zu fördern, im allgemeinen durch die Schaffung umgestaltender Werke erreicht. Derartige Werke machen also das Herz der durch die *fair use* - Lehre bewirkten Garantie eines Freiraums von Zwängen des Copyrights aus, [...] und je umgestaltender die neue Arbeit ist, desto weniger Bedeutung wird den anderen Kriterien wie dem

³³⁵ Seltzer, Exemptions and Fair Use in Copyright (1978) 23 ff.

³³⁶ *Sony v. Universal* 464 U.S. 417, 449-450 (1984): „[...] the fact that the entire work is reproduced [...] does not have its ordinary effect of militating against a finding of fair use [...]“; Bauer, Videoaufzeichnung von Fernsehsendungen in den USA, GRUR Int 1984, 395 (399). Bei der in diesem Fall von den Nutzern des Betamax-Heimvideosystems vorgenommenen Aufzeichnung von Fernsehsendungen zum privaten Gebrauch wurde der Verwendungszweck der vervielfältigten Werke nicht verändert. Eine transformative Nutzung fand nicht statt. Ausführlich zu dieser Entscheidung Förster, Fair Use (2008) 38 f, 44 f.

der Kommerzialität, die ansonsten gegen eine Annahme des *fair use* sprechen mögen, zukommen.³³⁷

Transformativität kann angenommen werden, wenn der Verwender die Vorlage aus dem ursprünglichen Zusammenhang herausnimmt, sie als Rohmaterial für seine eigene Arbeit verwendet.³³⁸ Werden die gewonnenen Werkteile dann in einen neuen Kontext gesetzt, unterscheiden sich Vorlage und Zweitwerk im vermittelten Inhalt und in der mit ihm verbundenen Aussage.³³⁹

Dabei mag nicht verwundern, dass eine Einigung darüber, wie hoch der transformative Abstand zwischen Vorlage und Zweitwerk sein muss, um von einer fairen Benutzung ausgehen zu können, bisher in der Rechtsprechung nicht gefunden ist.³⁴⁰ Einerseits sei es nicht erforderlich, dass der Verwender starke kreativ-inhaltliche Änderungen oder Verfremdungen zur Vorlage verwirklicht. Wichtig sei nur, dass der Sinnzusammenhang des Erstwerkes verändert wird.³⁴¹ Andererseits wurde aber die Transformativität der Verwendung trotz erheblicher inhaltlicher Abweichungen und Bezugswechsel zwischen Vorlage und Zweitwerk gerichtlich auch negiert.³⁴²

Mit Blick darauf ist nur sicher, dass die *fair use* - Prüfung absolut einzelfallbezogen ist und bleibt, wobei der Frage nach der Transformativität insbesondere für die Fälle künstlerischer Betätigung, also auch bezüglich der Appropriation Art, eine maßgebliche und oft auch entscheidende Rolle zukommt.

bb) Kommerzialität

Im Rahmen des ersten Faktors der *fair use* - Analyse wird zudem weiter geklärt, ob der Vorlagenverwender mit seiner Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes Profitzwecke verfolgt oder nicht. Es wird gefragt, ob die Verwendung ideel-

³³⁷ Supreme Court: Supreme Court 07.03.1994 "Oh, Pretty Woman", GRUR Int 1995, 258 (260).

³³⁸ Leval, Fair Use or Foul? 36 Journal of the Copyright Society of the USA 1989, 167 (177).

³³⁹ Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harvard Law Review 1990, 1105 (1111).

³⁴⁰ Zimmermann, The More Things Change, the Less They Seem „Transformed“, 47 Journal of the Copyright Society of the USA 1998, 251 (252): „Under the circumstances, it would not be surprising for an observer to conclude that transformative is a Humpty Dumpty sort of a word.“

³⁴¹ Förster, Fair Use (2008) 46 f, mit folgenden Beispielen: *Núñez v. Carribean International News* 235 F.3d 18 (23) (1st Cir. 2000); *Perfect 10 v. Amazon, Google* 2007 DJDAR 6903 (6909) (9th Cir. 2007).

³⁴² Förster, Fair Use (2008) 47, mit ua folgenden Beispielen: *Castle Rock v. Carol Publishing Group* 150 F.3d 132 (142) (2d Cir. 1994); *Columbia Pictures Industries v. Miramax Film* 11 F.Supp.2d 1179 (1182, 1188) (C.D. Cal. 1998).

ler oder kommerzieller Natur ist. Eine kommerzielle Nutzung ist dabei von vornherein grundsätzlich schwerer als *fair use* zu qualifizieren.³⁴³

Die Abgrenzung zwischen kommerzieller und nichtkommerzieller Verwendung ist im Gegensatz zum Prüfungspunkt der Transformativität zwar kodifiziert worden und in der Vorschrift des 17 USC § 107 unter Punkt (1) enthalten, wo es heißt: „[...] whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes“. Lange Zeit war jedoch nicht geklärt, welchen Stellenwert sie im Rahmen der *fair use* - Prüfung erhalten soll.³⁴⁴ Schließlich nahm der Supreme Court 1984 hierzu erstmals in *Sony v. Universal* Stellung und wertete die rein kommerzielle Motivation des Zweiturhebers zu dessen Lasten.³⁴⁵

Diese Entscheidung traf auf vielerlei Kritik. Denn in der Konsequenz der Entscheidung würde praktisch für die gesamte Kultur- und Medienindustrie, die mit Gewinnerzielungsabsicht arbeitet, selbst in den typischen Fällen einer fairen Nutzung stets eine Vermutung gegen deren Zulässigkeit sprechen. Insbesondere gelte dies auch für die in 17 USC § 107 aufgezählten privilegierten Nutzungszwecke, die ausdrücklich als Beispielsfälle für eine *fair use* - Nutzung genannt sind.³⁴⁶

Die geäußerte Kritik führte in der Folgezeit dazu, dass die gerichtliche Praxis, die sich mit der kommerziellen Nutzung des Vorlagenverwenders auseinanderzusetzen hatte, zwar die Entscheidung des Supreme Courts in der Sache *Sony v. Universal* zitierte, ihr jedoch oft keine große Beachtung schenkte und der Gewinnerzielungsabsicht des Vorlagennutzers trotz eindeutig festzustellender Kommerzialität nur eine untergeordnete Rolle zusprach.³⁴⁷

Die erste Relativierung des Begriffs der Kommerzialität durch den Supreme Court selbst erfolgte zwar bereits 1985 in *Harper & Row v. Nation Enterprises*. Dort heißt es: „The fact that a publication was commercial as opposed to nonprofit is a sepa-

³⁴³ *Harper & Row v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (1985). Nach dieser Entscheidung ist eine Benutzung zum Zwecke der Berichterstattung nicht gerechtfertigt, wenn der finanzielle Gewinn im Vordergrund steht.

³⁴⁴ Förster, Fair Use (2008) 48, mit Nachweisen über hierzu widersprüchliche Entscheidungen.

³⁴⁵ *Sony v. Universal* 464 U.S. 417 (451) (1984): „[...] every commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright, non-commercial uses are a different matter.“

³⁴⁶ Förster, Fair Use (2008) 49.

³⁴⁷ Anders aber die Entscheidung *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992); vgl hierzu ausführlich Kapitel 2 B.II.1 Seite 95. Siehe auch Förster, Fair Use (2008) 50.

rate factor, that tends to weight against a finding of fair use.“³⁴⁸ Doch die wirklich klare Feststellung, dass ein Profitzweck eine Privilegierung als *fair use* nicht generell präkludiert, traf der Supreme Court erst in *Campbell v. Acuff-Rose* im Jahr 1994.³⁴⁹ Der Supreme Court argumentierte nunmehr im Anschluss an die geäußerte Kritik zu seiner bis dato ergangenen Rechtsprechung, dass anderenfalls in den gesetzlichen Beispielsfällen des ersten Satzes von 17 USC § 107 kaum je ein *fair use* anzunehmen sein würde, da auch in diesen Fällen meist Profitzwecke eine Rolle spielen.³⁵⁰ Es ist indes nicht Absicht des Gesetzgebers, die in 17 USC § 107 bezeichneten Nutzungsarten nur aufgrund ihrer Kommerzialität einer Regelvermutung gegen *fair use* zu unterziehen.³⁵¹ Damit erweiterte der Supreme Court in *Campbell v. Acuff-Rose* den *fair use* - Tatbestand entscheidend,³⁵² hatte er doch zuvor eine rein kommerzielle Motivation des Zweiturhebers regelmäßig zu dessen Lasten gewertet.³⁵³ Nunmehr wird angenommen, je transformativer eine Aneignung ist, desto weniger Berücksichtigung finden die anderen Faktoren der *fair use* - Analyse, wie etwa die Kommerzialität.³⁵⁴

Das hat bis heute zur Folge, dass die Rechtsprechungspraxis der Kommerzialität der Vorlagenbenutzung grundsätzlich nur noch eine untergeordnete Rolle entgegenbringt. Dies gilt vor allem dann, wenn bezüglich der *fair use* - Analyse im Rahmen des ersten Faktors mit Blick auf die Transformativität der Verwendung bereits eine klare Tendenz zu Gunsten der *fair use* - Einwendung besteht.³⁵⁵

³⁴⁸ *Harper & Row v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (562) (1985).

³⁴⁹ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (1994).

³⁵⁰ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (584) (1994): „If, indeed, commerciality carried presumptive force against a finding of fairness, the presumption would swallow nearly all of the illustrative uses listed in the preamble paragraph of § 107 [...], since these activities are generally conducted for profit in the country [...]“.

³⁵¹ Förster, Fair Use (2008) 51.

³⁵² Goldenstein, Das urheberrechtliche Gemeingut, GRUR Int 2006, 901 (904).

³⁵³ *Sony v. Universal* 464 U.S. 417 (451) (1984); vgl FN 344 Seite 82.

³⁵⁴ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (579) (1994): „[...] the more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism [...]“.

³⁵⁵ In *Blanch v. Koons* (2006) führte das Gericht lediglich aus: „Both works were created for commercial purposes.“; *Blanch v. Koons* 396 F.Supp. 2d 476 (481) (S.D.N.Y. 2005); vgl hierzu ausführlich Kapitel 2 B.II.2 Seite 97.

cc) Charakter der Benutzung

Neben der Transformativität und der Kommerzialität der Nutzung nehmen Gerichte teilweise auch das Verhalten des Verwenders bzw des Urheberrechtsinhabers in die *fair use* - Analyse auf. So wird teils geprüft, ob der Urheberrechtsinhaber die Handlung, von der er behauptet, sie verletze ihn in seinen Rechten, gegenüber dem Verwender früher bereits selbst vorgenommen hat³⁵⁶ oder ob der Verwender die Nutzung der Vorlage leugnet oder deren Herkunft verschleiern.³⁵⁷

Insbesondere spielte auch die Gut- oder Bösgläubigkeit des Verwenders in gerichtlichen Entscheidungen immer wieder eine Rolle.³⁵⁸ Dies traf mehrfach auf Kritik. Moralische Gesichtspunkte sollten im Rahmen der *fair use* - Prüfung keine Berücksichtigung finden, spielten sie doch bei der Entstehung des US-amerikanischen Copyright-Laws kaum eine Rolle.³⁵⁹ Auch der Eingriff von Urheberrechtsschranken sei daher ohne Beachtung moralisch-korrekten Verhaltens zu prüfen. Erwägungen zur Gut- oder Bösgläubigkeit sollten vielmehr im Rahmen der Rechtsfolgen einer Urheberrechtsverletzung oder bei der Bestimmung der Haftung Eingang finden.³⁶⁰

³⁵⁶ *Wright v. Warner Books* 748 F.Supp. 105 (113) (S.D.N.Y. 1990): „[...] bad faith by the user of copyrighted material that suggests unfairness [...]“.

³⁵⁷ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (309) (2nd Cir. 1992): „Relevant to this issue is Koons' conduct, especially his action in tearing the copyright mark off of a Rogers notecard prior to sending it to the Italian artisans. This action suggests bad faith in defendant's use of plaintiff's work, and militates against a finding of fair use.“.

³⁵⁸ *Núñez v. Carribean International News* 235 F.3d 18 (23) (1st Cir. 2000): „Appellee's good faith also weighs in its favor on this prong of the fair use test“; *Roy Export v. Columbia Broadcasting* 503 F.Supp. 1137 (1146) (S.D.N.Y. 1980): „Fair use presupposes good faith and fair dealing“; *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (309) (2nd Cir. 1992), wo das Gericht die Bösgläubigkeit des Verwenders Jeff Koons darin sah, dass er den auf der in einem Museumsshop erworbenen Postkarte befindlichen Urheberrechtsvermerk des Originalschöpfers Art Rogers entfernte, bevor er die Aufnahme nach Italien zur Nachfertigung sandte; vgl oben FN 357.

³⁵⁹ *Leval*, Toward a Fair Use Standard, 103 Harvard Law Review 1105 (1126 ff); *Leval*, Fair Use or Foul? 36 Journal of the Copyright Society of the USA 1989, 167 (176), wobei hiernach die Gut- oder Bösgläubigkeit als eigenständiger und zusätzlicher Faktor und nicht im Rahmen von Faktor 1 der *fair use* - Analyse zu prüfen sei. Ob und inwieweit zusätzliche Prüfungspunkte zu den in 17 USC § 107 bereits ausdrücklich genannten Faktoren berücksichtigt werden können, wird immer wieder diskutiert. Dies würde sich insbesondere aus dem Wortlaut der Vorschrift in der Einleitung zu den vier Faktoren ergeben („shall include“), der nahe legt, dass es sich bei der gesetzlichen Aufzählung um keinen abschließenden Katalog handelt. Die Judikatur indes beschränkt sich in Tradition zur Auslegung gesetzlicher Bestimmungen in der Regel auf eine streng an 17 USC § 107 orientierte Wertung des Gesetzeswortlauts (vgl *Förster*, Fair Use [2008] 26).

³⁶⁰ *Förster*, Fair Use (2008) 53.

b) Faktor 2 - Art des benutzten Werkes

aa) Die Unterscheidung zwischen kreativen und faktischen Werkvorlagen

Der zweite Abwägungsfaktor der *fair use* - Analyse stellt auf die Kreativität ab, die in der durch den Nutzer verwendeten Werkvorlage zum Ausdruck kommt. Es wird erforscht, ob das benutzte Werk kreativer oder faktischer Natur ist.³⁶¹ Dieser Prüfungspunkt folgt dem Gedanken des US-amerikanischen Copyright-Laws, wonach sich der Urheberrechtsschutz nicht auf die dem Werk zugrunde liegenden Tatsachen, Ideen oder Motive erstreckt.³⁶²

Die jeweils festgestellte Kategorie der Werkvorlage entscheidet über die Art und Weise ihrer Berücksichtigung in der *fair use* - Analyse. Kreativen Werkvorlagen kommt dabei eine höhere Schöpfungsebene zu, so dass urheberrechtliche Eingriffe bei Werken, die faktischer Natur sind, die also auf rein tatsächlichen Grundlagen beruhen oder die zu großen Teilen aus gemeinfreien Elementen bestehen, in größerem Umfang zulässig sind.³⁶³ Soweit die Originalvorlage indes gerichtlich als kreativ verstanden wird, erschweren die Gerichte umgekehrt die Anwendung von *fair use*.³⁶⁴ Sind kreative und faktische Elemente in der Werkvorlage in gleicher Weise verwendet worden, neutralisieren sich diese Merkmale mit der Folge, dass sie für den zweiten Faktor ohne Relevanz bleiben und damit in der *fair use* - Betrachtung nicht berücksichtigt werden.³⁶⁵

³⁶¹ Bresler/Lerner, Art Law³ (2005) 1134 ff.

³⁶² Förster, Fair Use (2008) 54.

³⁶³ *New Era Publications v. Carol Publishing* 904 F.2d 152 (157) (2d Cir. 1990): "[...] the scope of fair use is greater with respect to factual than non-factual works [...]".

³⁶⁴ *Sony v. Universal* 410 U.S. 417 (496-497) (1984): "[...] informational works, such as news reports, that readily lend themselves to productive use by others, are less protected than creative works of entertainment [...]"; *Stewart v. Abend* 495 U.S. 207 (237) (1990): "In general, fair use is more likely to be found in factual works than in fictional works."

³⁶⁵ *Marcus v. Rowley* 695 F.2d 1171 (1176) (9th Cir. 1983): "Here, plaintiff's booklet involved both informational and creative aspects. [...] Thus, on balance, it does not appear that analysis of this factor is of any real assistance in reaching a conclusion as to applicability of fair use."

bb) Die Unterscheidung zwischen veröffentlichten und unveröffentlichten Werkvorlagen

Bei der Beurteilung des zweiten Faktors wird außerdem gefragt, inwieweit die benutzte Werkvorlage bereits veröffentlicht worden ist. Hier genießen diejenigen Werkvorlagen den größten Schutz, die vom Urheberrechtsinhaber, also dem Vorlagenschöpfer, bzw dessen Lizenznehmer zur baldigen Veröffentlichung vorgesehen sind. Als entscheidend gegen eine Wertung als *fair use* sind hier das Geheimhaltungsinteresse des Urheberrechtsinhabers und der bei einer nicht autorisierten Veröffentlichung zu erwartende Schaden zu berücksichtigen.³⁶⁶

Unveröffentlichte und auch nicht zur Veröffentlichung vorgesehene Werkvorlagen erhalten weniger Schutz. Zwar muss auch hier das Geheimhaltungsinteresse des Urheberrechtsinhabers Gewicht finden, ein wirtschaftlicher Schaden ist hier indes nicht unbedingt zu erwarten. Der geringste Schutz kommt bereits veröffentlichten Werkvorlagen zu. Weder das Geheimhaltungsinteresse des Urheberrechtsinhabers noch ein zu erwartender Schaden aufgrund einer noch ausstehenden Veröffentlichung stehen hier *fair use* entgegen.³⁶⁷

Für alle unveröffentlichten Werkvorlagen stellt das Gesetz im letzten Satz in 17 USC § 107 klar, dass dieser Status allein nicht dazu ausreicht, zwingend von der Versagung des *fair use* - Einwandes auszugehen.³⁶⁸

cc) Vergriffene Werkvorlagen

In der *fair use* - Prüfung kann zudem berücksichtigt werden, ob die benutzte Werkvorlage am frei zugänglichen Markt nicht mehr verfügbar ist. Den Gesetzgebungs-materialien ist hierzu zu entnehmen, dass der Verwender dann eine größere Rechtfertigung für die Vervielfältigung habe. Die Gerichte indes bevorzugen die faire Benutzung vergriffener Werke eher nicht. Vielmehr seien die Urheber vergriffener Werke wirtschaftlich darauf angewiesen, Lizenzeinnahmen zu generieren, da sie nicht mehr an der Veräußerung ihrer Werke teilhaben können. Zudem würden Ver-

³⁶⁶ *Harper & Row v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (563 f) (1985).

³⁶⁷ Förster, Fair Use (2008) 60.

³⁶⁸ 17 USC § 107 letzter Satz lautet wie folgt: „The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.“.

vielfältigungen den möglichen Markt für Neuauflagen der vergriffenen Werke gefährden.³⁶⁹

c) Faktor 3 - Umfang und Gewichtigkeit der benutzten Vorlage

aa) Quantität der Benutzung

(1) Allgemeine Grundsätze

Bei der Prüfung des Umfangs und der Gewichtigkeit der benutzten Vorlage im Verhältnis zum Ausgangswerk als Ganzem ist auf die Quantität und die Qualität der Benutzung der Werkvorlage in dem Zweitwerk abzustellen. Dabei ist die grundsätzliche Annahme verbreitet, dass die Möglichkeiten einer fairen Benutzung abnehmen, je umfangreicher das Originalwerk bei der Übernahme in Anspruch genommen wird.³⁷⁰ Wiederum sind wirtschaftliche Aspekte Ausgangspunkt für diese Überlegungen, wonach die Wahrscheinlichkeit registrierbarer ökonomischer Auswirkungen beim Vorlagenschöpfer steigt, je mehr durch den Vorlagenbenutzer verwendet wird.³⁷¹

Dem dritten Faktor der *fair use* - Analyse kommt im Vergleich zu den weiteren Faktoren aber keine allein entscheidende Bedeutung zu. Der Umfang der Übernahme ist nur ein Teil einer weitaus umfassenderen *fair use* - Prüfung. Die Relation zwischen Ursprungswerk und Nachschöpfung allein kann nicht per se den Ausschlag für oder gegen eine zulässige Benutzung der Originalschöpfung geben.³⁷² So dürfte in Einzelfällen gar die komplette Übernahme des Ursprungswerkes zulässig sein.³⁷³

³⁶⁹ Förster, Fair Use (2008) 60.

³⁷⁰ Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harvard Law Review 1990, 1105 (1122); *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian* 571 F.Supp. 144 (153) (E.D. Pa. 1983): „The greater the amount of the copyrighted work used, the less likely it is that the fair use exception is applicable.“.

³⁷¹ Förster, Fair Use (2008) 62; Leval, Fair Use or Foul? 36 Journal of the Copyright Society of the USA 1989, 167 (174), der den Faktor 3 in seiner Bedeutung wie folgt einschränkt: „This factor is probably significant only as a clue to the final factor - market impact.“.

³⁷² Förster, Fair Use (2008) 62.

³⁷³ *Sega Enterprises v. Accolade* 977 F.2d 1510 (1526) (9th Cir. 1992): „The fact that an entire work was copied does not, however, preclude a finding of fair use.“; *Sony v. Universal* 464 U.S. 417 (449-450) (1984): „[...] the fact that the entire work is reproduced, [...] does not have its ordinary effect of militating against a finding of fair use [...]“.

wobei die grundsätzliche Tendenz natürlich dahin geht, dass eine solche Handhabe gegen eine faire Benutzung spricht.³⁷⁴

(2) Besonderheiten bei Parodien

Auch für Parodien, auf die sich Appropriationisten zu ihrer Verteidigung regelmäßig berufen, erkennt die US-amerikanische Rechtsprechung immer wieder einen weiten Maßstab an. Richtigerweise geht die Rechtsprechung davon aus, „dass die Übernahme größerer Teile des parodierten Werkes zum Wesen effektiver parodistischer Werkschöpfung gehört [...]“.³⁷⁵

Parodien werden als besonders wertvolle Form der gesellschaftlich-geistigen Beschäftigung angesehen.³⁷⁶ Ein Werk ist eine Parodie, wenn sie eine Auseinandersetzung mit der Werkvorlage bezweckt und die Vorlage direkt in Angriff nimmt.³⁷⁷ Parodien gegenüber einen milderer Maßstab im Rahmen der *fair use* - Prüfung anzulegen, zieht sich durch die gesamte Rechtsprechung.³⁷⁸ Werken, die nicht als Parodie zu qualifizieren sind, kann hingegen kein milderer „Parodie-Maßstab“ zuteil werden.³⁷⁹

Im Rahmen einer Parodie darf dabei durch den Schöpfer so viel übernommen werden, wie notwendig ist, um „bei den Adressaten seines Werkes den Eindruck des parodierten Originalwerkes heraufzubeschwören [...]“.³⁸⁰

Um dies erreichen zu können, ist es durchaus zulässig, durch Übernahme der charakteristischen Merkmale der Vorlage zu ermöglichen, dass die Zielgruppe der Parodie erkennt, welches Werk parodiert wird. Hierfür kann auch großzügig auf die

³⁷⁴ Patry, *The Fair Use Privilege in Copyright Law*² (1995) 552 ff.

³⁷⁵ Förster, *Fair Use* (2008) 63.

³⁷⁶ Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 68 f.

³⁷⁷ Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 69.

³⁷⁸ Vgl. hierzu die Aufzählung bei Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 69 FN 247.

³⁷⁹ Dies gilt insbesondere für die Satire, die sich auf ein allgemeines gesellschaftliches Phänomen und damit weniger auf ein bestimmtes Werk bezieht. Ihr steht keine rechtliche Privilegierung zur Seite, da sie nicht im gleichen Maße wie die Parodie auf die Verwendung der Vorlage angewiesen ist. Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (581) (1994): „[...] satire can stand on its own two feet and so requires justification for the very act of borrowing [...]“; Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 69 f.

³⁸⁰ Förster, *Fair Use* (2008) 63; *Berlin v. E.C. Publications* 329 F.2d 541 (545) (2nd Cir. 1964): „[...] to conjure up the original [...]“.

Originalelemente aus der Vorlage, gar auf deren Herzstück, verwiesen werden, jedoch nur, soweit dies für das Ziel der Parodie erforderlich ist.³⁸¹

Denn auch bei einer Parodie darf aus der Werkvorlage nicht mehr übernommen werden, als dies für die Erreichung des Zwecks, den der Vorlagenverwender mit seiner Arbeit verbindet, tatsächlich notwendig ist. „Denn selbst bei Geltung des milderen Maßstabs muss die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben, dh der übernommene Teil darf nicht in unangemessenem Verhältnis zum parodistischen Zweck der Übernahme stehen [...]“.³⁸²

bb) Qualität der Benutzung

Demgegenüber kann *fair use* jedoch selbst dann ausgeschlossen sein, wenn nur ein kleiner Bestandteil aus der Werkvorlage entnommen wird, nämlich dann, wenn es sich dabei um dessen wichtigsten Bestandteil handelt.³⁸³ Übernimmt der Vorlagennutzer also die qualitativ entscheidenden Passagen der Vorlage, wird dem quantitativen Ausmaß der Verwertung kaum noch Aufmerksamkeit zu teil.³⁸⁴

Dabei dürfen jedoch nicht schon allein aus dem Umstand, dass der Vorlagenverwender es für wert hält, ganz bestimmte Werkelemente aus der Vorlage zu übernehmen, Rückschlüsse auf deren Wichtigkeit gezogen werden.³⁸⁵ Eine Indizwirkung kommt den übernommenen Passagen indes allemal zu. Immer wieder findet auch die Relation zwischen den übernommenen Teilen aus der Vorlage und dem Folgerwerk des Nachschöpfers mit Blick auf die qualitativen Maßstäbe im dritten Faktor

³⁸¹ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (587) (1994): „We conclude that taking the heart of the original and making it the heart of a new work was to purloin a substantial portion of the essence of the original.“; Förster, Fair Use (2008) 41 und 63.

³⁸² *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 69.

³⁸³ *Harper & Row v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (564-565) (1985). Das Nation Magazin hatte zwar lediglich etwa 300-400 Wörter aus einer umfangreichen Ford-Biographie entnommen und abgedruckt. Dieser Artikel nahm damit aber zentrale und zur damaligen Zeit Aufsehen erregende Punkte aus der Biographie vorweg. Der Supreme Court entschied gegen *fair use*, die verwendeten Ausschnitte seien “[...] essentially the heart of the book [...]”.

³⁸⁴ Förster, Fair Use (2008) 64.

³⁸⁵ *Nimmer/Nimmer*, Nimmer on Copyright, § 13.05 (A) (3); *Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting* 305 F.3d 924 (941) (9th Cir. 2002): “[...] the plaintiff manifestly should not be heard to argue that the defendant's copying of brief passages vouchsafes their qualitative significance [...]”.

Berücksichtigung.³⁸⁶ Die konkrete Bestimmung der Qualität der verwendeten Werkteile erfolgt damit sowohl mit Blick auf die Vorlage als auch auf die Nachschöpfung.³⁸⁷

d) Faktor 4 - Auswirkung der Benutzung auf das Marktpotential bzw den Wert der benutzten Vorlage

aa) Allgemeine Grundsätze

*„This last factor is undoubtedly the single most important element of fair use“.*³⁸⁸

Ziel des vierten Faktors ist die Sicherung der wirtschaftlichen Verwertbarkeit des urheberrechtlich geschützten Werkes für den Urheberrechtsinhaber.³⁸⁹ Je weiter die Verwendung eines Werkes in den wirtschaftlichen Wert für den Urheberrechtsinhaber eingreift, umso mehr müssen andere Gesichtspunkte gefunden werden, die eine faire Benutzung begründen können.³⁹⁰ Dabei ist die Prüfung allein auf die urheberrechtlich geschützten Werkteile zu beziehen. Nicht geschützte Werkelemente sind von der *fair use* - Analyse auszunehmen. Ein wirtschaftlicher Schaden beispielsweise, der aufgrund der Verwendung gemeinfreier Werkteile entsteht, bleibt ohne Berücksichtigung.³⁹¹

Eine Rechtfertigung des Folgewerkes als *fair use* kommt im Rahmen der Prüfung der Auswirkungen der Benutzung auf das Marktpotential bzw den Wert der benutzten Vorlage nur dann in Betracht, wenn das Folgewerk keinen wirtschaftlichen Ersatz für das Vorlagenoriginal darstellt. Bereits eingetreten negativen Folgen für das

³⁸⁶ *Harper & Row v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (565) (1985): „[...] the fact that a substantial portion of the infringing work was copied verbatim is evidence of the qualitative value of the copied material, both to the originator and to the plagiarist [...]“.

³⁸⁷ Förster, Fair Use (2008) 64 f.

³⁸⁸ *Harper & Row v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (566) (1985) zum vierten Faktor der *fair use* - Regelung. Umstritten ist indes, ob dem vierten Faktor tatsächlich diese Bedeutung beizumessen ist. So korrespondiert in weniger als 50 Prozent der in einer entsprechenden Untersuchung beleuchteten Fälle das Teilergebnis des vierten Faktors mit dem Gesamtergebnis der *fair use* - Analyse. Näher hierzu Förster, Fair Use (2008) 67.

³⁸⁹ Förster, Fair Use (2008) 65.

³⁹⁰ *MCA v. Wilson* 677 F.2d 180 (183) (2nd Cir. 1981): „The less adverse effect that an alleged infringing use has on the copyright owner's expectation of gain, the less public benefit need be shown to justify the use.“.

³⁹¹ Förster, Fair Use (2008) 65 f.

Vorlagenoriginal, etwa die Unterdrückung der Nachfrage, kann dabei Indizwirkung zukommen.³⁹²

Denkbar sind einerseits unmittelbare Auswirkungen auf die Marktsituation, insbesondere dann, wenn Vorlage und Nachschöpfung sich im direkten Konkurrenzverhältnis miteinander befinden und die Nachschöpfung den Bedarf nach dem Ursprungswerk erreicht.³⁹³ Andererseits können aber auch mittelbare Folgen für die wirtschaftliche Verwertbarkeit der Vorlage entstehen.³⁹⁴

Vorstellbar ist aber auch, dass erst eine Reihe von Nutzungen kumulativ eine Schwelle erreicht, ab der von einer Marktbeeinträchtigung für die Vorlage ausgegangen werden kann. Eine einzelne Nutzung, angenommen das Gericht würde diese unter *fair use* zulassen, würde dann zwar insoweit nicht ausreichen. Es steht aber zu befürchten, dass sich diese bestimmte Verwendung mit wirtschaftlichen Folgen für die Vorlage weiter ausbreiten wird. Insoweit ist in einer angenommenen Gesamtüberlegung zu untersuchen, welcher Schaden in einer derartigen Situation zukünftig zu erwarten sei. Die isolierte Betrachtung der im Einzelnen gerichtlich zu überprüfenden Nutzungshandlung mit deren aktuellen Marktauswirkungen verbietet sich.³⁹⁵

Die Prüfung im vierten Faktor erfolgt mit Blick auf den gegenwärtigen und den potentiellen Markt der Vorlage unter Berücksichtigung sich eventuell überschneidender Absatzmärkte beider Werke. Der potentielle Markt wird dabei nicht durch jede denk- und durchführbare Nutzungsmöglichkeit gekennzeichnet. Es finden nur solche Ver-

³⁹² *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 68.

³⁹³ *Schechter/Thomas*, Intellectual Property (2003) 230; *Wainwright Securities v. Wall Street Transcript* 558 F.2d 91 (96) (2nd Cir. 1977): „[...] fulfilling the demand for the original work [...]“.

³⁹⁴ Beispiel: *Harper & Row v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (1985). „Dort machte es der Artikel im Nation Magazin dem Urheberrechtsinhaber Harper & Row unmöglich, den Inhalt der Ford-Biographie vor deren Veröffentlichung noch exklusiv als first serial right zu lizenzieren. Das Time-Magazin (dem eine solche Lizenz gewährt worden war) weigerte sich daraufhin, die noch ausstehenden Lizenzgebühren zu entrichten [...]“; *Förster*, Fair Use (2008) 66. Das Gericht führte ua aus: „[...] a fair use doctrine that permits extensive prepublication quotations from an unreleased manuscript without the copyright owner's consent poses substantial potential for damage to the marketability of first serialization rights in general [...]“; *Harper & Row v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (569) (1985).

³⁹⁵ *Sony v. Universal* 410 U.S. 417 (451) (1984): „[...] Actual present harm need not be shown; [...] is it necessary to show with certainty that future harm will result [...]“; *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (590) (1994): „It requires courts to consider not only the extent of market harm caused by the particular actions of the alleged infringer, but also whether unrestricted and widespread conduct of the sort engaged in by the defendant ... would result in a substantially adverse impact on the potential market for the original [...]“; *Förster*, Fair Use (2008) 66.

wendungen Berücksichtigung, die verständiger Weise auch der Urheberrechtsinhaber selbst wahrnehmen oder die er zumindest lizenzieren würde.³⁹⁶

bb) Besonderheiten bei Kritiken und Parodien

Ohne Auswirkungen auf die *fair use* - Analyse muss jedoch in jedem Fall der Rückgang der Nachfrage nach dem Original aufgrund erfolgter Kritiken Dritter bleiben.³⁹⁷ Denn ein solcher Effekt ist grundsätzlich nicht wirtschaftlicher sondern in erster Linie inhaltlicher Struktur. Das Recht zur Werkkritik muss generell erhalten bleiben.³⁹⁸

Entsprechendes gilt für Parodien. Denn in die Prüfung des vierten Faktors finden nur diejenigen wirtschaftlichen Auswirkungen Eingang, „die sich gerade daraus ergeben, dass der Genuss des Zweitwerkes den des Originalwerkes ersetzt und infolgedessen die Nachfrage nach dem Originalwerk auf das Werk des Nutzers abgeleitet wird.“³⁹⁹ Ein in dieser Weise gefordertes wirtschaftliches Substitut der Werkvorlage bildet die Parodie gerade nicht. Es fehlt ein Eingriff in den potentiellen Absatzmarkt des verwendeten Werkes. Parodien vermögen - genauso wie Werkkritiken - die Nachfrage nach dem Original nicht zu befriedigen. Negative Auswirkungen auf die Vorlage wären insgesamt nur denkbar, wenn die Parodie besonders gelungen ist.⁴⁰⁰

B. Präzedenzurteile zur Appropriation Art

I. Kurzübersicht zu den zu besprechenden Gerichtsentscheidungen

Die Prüfung der genannten vier Abwägungsfaktoren aus 17 USC § 107 ist geprägt vom Ergebnis der richterlichen Abwägungsentscheidung im Einzelfall. Als Grundlage dieser Entscheidungen dient prinzipiell der übergeordnete Gesetzeszweck, der

³⁹⁶ Förster, Fair Use (2008) 69.

³⁹⁷ Hiervon müssen indes Kritiken ausgenommen werden, die unwahre Tatsachenbehauptungen oder Werturteile, die auf unwahren Tatsachenbehauptungen fußen, beinhalten.

³⁹⁸ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 68.

³⁹⁹ Förster, Fair Use (2008) 70.

⁴⁰⁰ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 69; *Fisher v. Dees* 794 F.2d 432 (438) (9th Cir. 1986): „[...] the economic effect of a parody with which we are concerned is not its potential to destroy or diminish the market for the original - any bad review can have that effect - but rather whether it fulfils the demand for the original [...]“.

sich für die Prüfung des Tatbestandes einer „fairen Benutzung“ primär in der amerikanischen Verfassung findet und wo es in Art 1 section 8 heißt:

„The Congress shall have power to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.“

Hieraus folgt, dass die Voraussetzungen, nach denen Appropriation Art entsprechend dem US-amerikanischen Copyright-Law als *fair use* gerechtfertigt werden kann, grundsätzlich anhand der bisher ergangenen Präzedenzurteile zu ermitteln sind. Dazu sollen nachfolgend drei zentrale Gerichtsentscheidungen vorgestellt werden, mit deren Hilfe der derzeitige Diskussionsstand zur Appropriation Art im US-amerikanischen Copyright-Law aufgezeigt werden kann.

Hierbei handelt es sich zunächst um die Entscheidungen des Bundesberufungsgerichts des 2. Bezirks bezüglich zweier Werke des Künstlers Jeff Koons⁴⁰¹, nämlich *Rogers v. Koons*⁴⁰² aus dem Jahr 1992 und *Blanch v. Koons*⁴⁰³ aus dem Jahr 2006. Das dritte Urteil ist das des Bundesberufungsgerichts des 2. Bezirks in Sachen *Cariou v. Prince*⁴⁰⁴ aus dem Jahr 2013, welches sich mit der urheberrechtlichen Anerkennung der Werkserie *Canal Zone* des Künstlers Richard Prince⁴⁰⁵ befasst und dem in der ersten Instanz die Entscheidung des New Yorker Bezirksgerichts vorausging.⁴⁰⁶

Die Entscheidung *Rogers v. Koons* aus dem Jahr 1992 brachte eine weitreichende Diskussion über die Appropriation Art in Gang, die bis heute anhält und sicher weitergeführt werden wird. Die juristische Fachliteratur beschäftigt sich seither intensiv mit der Aneignungskunst als Herausforderung des Copyright-Laws.⁴⁰⁷ Entsprechen-

⁴⁰¹ Zum Künstler Jeff Koons vgl oben Kapitel 1 D.1 Seite 53.

⁴⁰² *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992). Dieser Entscheidung des Bundesberufungsgerichts ging die Entscheidung des entsprechenden Bundesbezirksgerichts voraus, vgl *Rogers v. Koons* 751 F.Supp. 474 (S.D.N.Y. 1990).

⁴⁰³ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (2nd Cir. 2006). Dieser Entscheidung des Bundesberufungsgerichts ging die entsprechende Entscheidung des Bundesbezirksgerichts voraus, vgl *Blanch v. Koons* 396 F.Supp.2d 476 (S.D.N.Y. 2005).

⁴⁰⁴ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.).

⁴⁰⁵ Zum Künstler Richard Prince vgl oben Kapitel 1 D.2 Seite 57.

⁴⁰⁶ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁰⁷ Ames, Beyond Rogers vs. Koons, 93 Columbia Law Review 1993, 1473 ff; Buskirk, Appropriation Under the Gun, Art in America 1992, 37 ff; Greenberg, The Art of Appropriation, *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 1992, 1 ff; Landes, Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art, http://www.law.uchicago.edu/files/files/113.WML_.Copyright.pdf (03.03.2012) 1 ff.

des gilt für die Kunstszene, in der die Entscheidung *Rogers v. Koons* nahezu Fassungslosigkeit auslöste, da sie doch - um dem vorwegzugreifen - eine juristische Negierung der Appropriation Art als weit verbreitete Kunstform beinhaltete.⁴⁰⁸ So schrieb etwa die englische Zeitung „*The Independent on Sunday*“ zu diesem Thema, die zeitgenössische Kunst in der uns bekannten Form gäbe es nicht, wenn die befassten Gerichte das Copyright-Law bisher auch in dieser Weise angewandt hätten.⁴⁰⁹

Die Entscheidung *Blanch v. Koons* aus dem Jahr 2006 hingegen stellte klar, dass die streitgegenständliche künstlerische Aneignung einer fotografischen Vorlage durch Jeff Koons zulässig sei, was als fundamentale Abkehr von der bisher vorherrschenden amerikanischen Rechtsprechung zur Aneignungskunst verstanden werden musste und selbstverständlich für Erleichterung, insbesondere in der betroffenen Kunstszene, sorgte. Das anerkennende Gericht zeigte sich erstmals der Appropriation Art gegenüber aufgeschlossen und würdigte deren künstlerischen Ansatz. Es konnte nunmehr erwartet werden, dass sich die Einordnung der Appropriation Art anhand der *fair use* - Bestimmungen von der dogmatischen Herangehensweise der Vergangenheit lösen kann.

Kurzzeitig schien es aber, als ob die Hoffnungen auf einen größeren rechtlichen Freiraum für die Appropriation Art eventuell verfrüht gehegt worden waren. Denn in Sachen *Cariou v. Prince* entschied das New Yorker Bundesbezirksgericht im Jahr 2011 gegen den Appropriationisten Richard Prince und folgte damit nicht dem durch das Bundesberufungsgericht des 2. Bezirks in der Entscheidung *Blanch v. Koons* (2006) angedeuteten Richtungswechsel. Diese Bezirksgerichtsentscheidung wurde nun aber eben durch dieses Bundesberufungsgericht des 2. Bezirks in der Berufungsinstanz wiederum abgeändert. Das Berufungsgericht blieb damit seiner zuvor eingeschlagenen Richtung zur urheberrechtlichen Einordnung der Appropriation Art aus *Blanch v. Koons* (2006) treu.

⁴⁰⁸ Dazu ausführlich folgend Kapitel 2 B.II.1 Seite 95.

⁴⁰⁹ *The Independent on Sunday*, 30.07.1995, 65; zitiert nach *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 80 FN 303.

II. Die Entscheidungen zu Jeff Koons

1. *Rogers v. Koons* (1992)⁴¹⁰

a) Tatbestand und Sachlage

Gemäß der Darstellung der zitierten Entscheidung hatte Art Rogers im Jahr 1980 ein Ehepaar mit acht Schäferhund-Welpen als Auftragsarbeit fotografiert und das Werk „*Puppies*“ genannt. Nachdem die Aufnahme im San Francisco Museum of Modern Art ausgestellt, Art Rogers sie in seinen Katalog aufgenommen und später einen signierten Abzug hiervon an einen privaten Sammler veräußert hatte, lizenzierte er die Aufnahme zum Vertrieb als Postkarte an das Unternehmen *Museum Graphics*.⁴¹¹ Eine dieser Karten erwarb Jeff Koons später in einem touristischen Postkartenshop, die er mit der Anweisung, die Aufnahme als farbige Holzskulptur vierfach nachzufertigen, nach Italien in eine Werkstatt sandte. Den Produktionsvorgang überwachte Jeff Koons aufmerksam und gab ausführliche Anweisungen hierzu.⁴¹² Sein Werk nannte er „*String of Puppies*“.

Die dreidimensionale Nachfertigung der Aufnahme durch Jeff Koons enthält nur minimale Abweichungen von der Vorlage.⁴¹³ Unterschiede lassen sich nur im Bildausschnitt, in einzelnen Bildelementen und in der Farbgebung erkennen. Jeff Koons fügte zusätzlich drei Blümchen an die Köpfe der Protagonisten, verzichtete auf den Hintergrund und führte seine Arbeit im Gegensatz zur Vorlage farbig aus. Im Übrigen stimmen Vorlage und Nachfertigung in der Anordnung der Personen auf einer Bank, die je vier Hunde halten, in deren Gestik und Mimik, in der Positionierung der Hunde sowie in den auftretenden Licht- und Schattenverhältnissen voll überein. Von den vier erstellten Skulpturen verkaufte Jeff Koons drei Exemplare mit einem Erlös von insgesamt 367.000 US-Dollar.⁴¹⁴

⁴¹⁰ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992); vgl. hierzu den Überblick bei *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 73 ff.

⁴¹¹ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (304) (2nd Cir. 1992).

⁴¹² *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (305) (2nd Cir. 1992).

⁴¹³ Vgl. die Abbildungen 17 und 18.

⁴¹⁴ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (305) (2nd Cir. 1992).

b) Die Entscheidung des Gerichts

Jeff Koons und seine Galerie wurden verurteilt, das Herstellen, Verkaufen, Verleihen oder Ausstellen von Kopien oder Bearbeitungen des Werkes „*Puppies*“ von Art Rogers künftig zu unterlassen. Zudem sprach das Gericht aus, dass alle vier Exemplare der Skulptur „*String of Puppies*“ von Jeff Koons innerhalb von zwanzig Tagen nach Urteilsverkündung an Art Rogers herauszugeben sind.

Jeff Koons habe nicht nur das Motiv der Fotovorlage sondern gerade deren konkrete Darstellung und ihre wesentlichen, schutzbegründenden Elemente übernommen. Nach Auffassung des Gerichts stelle daher die Skulptur eine erlaubnispflichtige und nicht als *fair use* zulässige Benutzung der Aufnahme von Art Rogers dar.

(1) Entscheidender Anknüpfungspunkt des Gerichts waren hierbei Jeff Koons' kommerzielle Eigeninteressen, wobei es sich hierzu auf die damalige Präzedenzkraft einer Entscheidung des Supreme Courts aus dem Jahr 1984 stützte. Nach der sogenannten *Betamax*-Entscheidung wurden im Zeitpunkt der Entscheidung *Rogers v. Koons* (1992) rein kommerzielle Motivationen im Rahmen einer *fair use* - Abwägung immer zu Ungunsten des Zweitnutzers, also hier des Appropriationisten Jeff Koons, mit der Folge bewertet, dass in solchen Fällen die Rechtfertigungslast umgekehrt wurde.⁴¹⁵ Das Gericht legte besonderes Augenmerk auf den beachtlichen Gewinn aus dem Verkauf von drei der Skulpturen in Höhe von 367.000 US-Dollar. Das Gericht betonte: „[...] we note that Koons' substantial profit from his intentionally exploitive use of Rogers' work also militates against the finding of fair use [...]“.⁴¹⁶

(2) In engem Zusammenhang mit der gerichtlich aufgefassten kommerziellen Natur der Skulptur bejahte das Gericht zudem eine schädliche Auswirkung hierdurch auf den Absatzmarkt der Originalaufnahme und bezog dabei auch den potentiellen Markt für eventuelle Bearbeitungen des Originals mit ein. Die Skulptur wirke negativ sowohl auf den Markt für die Lizenzierung einer Bearbeitung als auch auf den Markt für Abbildungsrechte des Originals. Es wäre sogar möglich, dass Jeff Koons selbst

⁴¹⁵ *Sony v. Universal* 464 U.S. 417 (451) (1984): „[...] every commercial use of copyrighted material is presumptively an unfair exploitation of the monopoly privilege that belongs to the owner of the copyright, non-commercial uses are a different matter.“.

⁴¹⁶ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (309) (2nd Cir. 1992).

Postkarten seiner Skulptur absetze.⁴¹⁷ Im Gegensatz dazu stelle die Originalvorlage von Art Rogers die Veröffentlichung eines kreativen Werkes dar, auf dessen wirtschaftliche Verwertung er zum Bestreiten seines Lebensunterhalts angewiesen sei.⁴¹⁸

(3) Weiter warf das Gericht Jeff Koons Bösgläubigkeit vor, die darin zu sehen sei, dass er den auf der erworbenen Postkarte befindlichen Urheberrechtsvermerk, der auf Art Rogers verwies, entfernte, bevor er die Aufnahme nach Italien zur Nachfertigung sandte.⁴¹⁹

(4) Zuletzt vertrat das Gericht die Ansicht, dass sich die Skulptur nicht gegen die konkret benutzte Originalvorlage richte und damit auch keine Parodie vorliege. Der mildere Maßstab, der an eine Parodie im Rahmen einer *fair use* - Abwägung anzulegen sei, käme folglich nicht zur Anwendung. Es fehle an einem Direktangriff auf Art Rogers' Originalvorlage. Vielmehr läge eine generelle und satirische Kritik unserer materialistischen Gesellschaft im Allgemeinen vor.⁴²⁰ Jeff Koons habe in Art Rogers' Aufnahme „eine Ausprägung der materialistischen Fixierung und Bildüberflutung unserer Gesellschaft“ gesehen und folglich die Vorlage für sein Schaffen nicht um seiner selbst willen ausgewählt.⁴²¹

2. *Blanch v. Koons* (2006)⁴²²

a) Tatbestand und Sachlage

Laut den gerichtlichen Ausführungen benutzte Jeff Koons für sein Gemälde „*Niagara*“ eine Fotografie von Andrea Blanch, betitelt „*Silk Sandals by Gucci*“, die im Au-

⁴¹⁷ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (312) (2nd Cir. 1992): „[...] defendants could take and sell photos of “String of Puppies,” which would prejudice Rogers' potential market for the sale of the “Puppies” notecards [...]“.

⁴¹⁸ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (310) (2nd Cir. 1992): „Here “Puppies” was a published work of art. [...] and Rogers, who makes his living as a photographer, hopes to gain a financial return for his efforts with this photograph [...]“.

⁴¹⁹ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (309) (2nd Cir. 1992): „[...] his action in tearing the copyright mark off of a Rogers notecard prior to sending it to the Italian artisans. This action suggests bad faith in defendant's use of plaintiff's work [...]“.

⁴²⁰ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (309-310) (2nd Cir. 1992): „We must analyze therefore whether “String of Puppies” is properly considered a comment on or criticism of the photograph “Puppies” [...] “String of Puppies” is a satirical critique of our materialistic society, it is difficult to discern any parody of the photograph “Puppies” itself [...]“.

⁴²¹ *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 75.

⁴²² *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (2nd Cir. 2006); vgl hierzu den Überblick bei *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2012) 76 ff.

gust 2000 in der Zeitschrift *Allure* zur Illustration eines redaktionellen Beitrags publiziert worden war. Die Aufnahme von Andrea Blanch zeigt die übereinander geschlagenen nackten Beine einer Frau, die auf dem Oberschenkel eines Mannes liegen. Dazu trägt die Frau mit Diamanten bestückte Gucci-Sandalen, wobei eine hiervon *légère* an ihrem rechten Fuß hängt.⁴²³

Aus dieser in den Printmedien veröffentlichten Aufnahme verwendete Jeff Koons das beschriebene Beinpaar, wobei er alle anderen Details der Ausgangsfotografie wegließ, und setzte es als zweites Beinpaar von links in seinem Gemälde „*Niagara*“ zwischen drei weitere Frauenbeinpaare. Das durch Jeff Koons benutzte Beinpaar ist eine exakt gezeichnete Kopie der Aufnahme von Andrea Blanch. Alle Beinpaare in Jeff Koons' Arbeit hängen vor dem Hintergrund einer grünen Wiese in der Nähe der Niagara-Fälle über einer Landschaft mit glasierten Donuts, Apfeltaschen und einem übergroßen Schokoladen-Brownie mit Eiscreme obenauf. Hierzu musste Jeff Koons die ursprüngliche Darstellung ändern und das verwendete Beinpaar in der Weise drehen, dass es nach unten anstatt nach oben deutet.⁴²⁴

b) Die Entscheidung des Gerichts

Nach Auffassung des Gerichts stellt die Verwendung der Vorlage durch Jeff Koons eine als *fair use* zulässige Benutzung der Aufnahme von Andrea Blanch dar. Das Gericht sah keinen Anlass, Jeff Koons' rein künstlerische Motivation der Vorlagenverwendung zu bezweifeln, und führte hierzu aus: „[...] we have been given no reason to question his statement that the use of an existing image advanced his artistic purposes [...]“.⁴²⁵

Für Jeff Koons war es bezüglich seiner Arbeit essentiell, Andrea Blanchs Aufnahme aus dem Modemagazin statt einer selbst angefertigten Fotografie zu nutzen. Er erklärte vor Gericht, es gehe in seinen Werken um die Frage, in welchen Relationen die Dinge miteinander stehen und nicht um Sachen, die er erfindet. Dazu müsse er sich auf Bildlichkeiten aus der wirklichen Welt beziehen, um einerseits Aussagen über die Gesellschaft treffen zu können und andererseits Glaubwürdigkeit in seinen

⁴²³ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (247-248) (2nd Cir. 2006).

⁴²⁴ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (248) (2nd Cir. 2006); vgl. die Abbildungen 19 und 20.

⁴²⁵ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (255) (2nd Cir. 2006).

Darstellungen zu erreichen. Es gehe ihm darum, jene Sachen darzustellen, die Bestandteil der Kommunikation der Massen sind.⁴²⁶

(1) Das Gericht nahm Jeff Koons' Argumentation auf und setzte sich hinsichtlich der Art und Weise der Benutzung der Vorlage in seiner Entscheidung zunächst mit dem Aspekt der Transformativität der Benutzung auseinander. Das Gericht betont den transformativen Charakter des Gemäldes.⁴²⁷ Es führte aus, dass Jeff Koons' Malerei nicht den Gegenstand aus dem Original dupliziere sondern diesen als ein Rohmaterial verwende, um daraus in einer neuen Weise neuartige Informationen, Ästhetiken und Einsichten herzustellen.⁴²⁸ Neben die mediale Überführung von Teilen eines Fotos in die Malerei tritt damit das wesentliche schöpferische Moment, das es dem Gericht ermöglichte, eine transformative Nutzung im Sinne der einschlägigen *Campbell*-Entscheidung des Supreme Courts anzunehmen.⁴²⁹

Weiter betonte das Gericht in seiner Begründung im Hinblick auf Jeff Koons' künstlerisches Anliegen, dass hier ein erheblicher Unterschied zu dem Zweck bestehe, zu welchem Andrea Blanch ihre Fotovorlage erstellt habe, und damit eine völlig neue Bedeutungsintention verbunden wäre.⁴³⁰ Andrea Blanch hätte mit ihrer Arbeit eigenen Angaben zufolge eine gewisse Erotik erzielen wollen.⁴³¹ Jeff Koons hinge-

⁴²⁶ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (255) (2nd Cir. 2006), Jeff Koons erklärte wörtlich: „Although the legs in the Allure Magazine photograph [“Silk Sandals”] might seem prosaic, I considered them to be necessary for inclusion in my painting rather than legs I might have photographed myself. The ubiquity of the photograph is central to my message. The photograph is typical of a certain style of mass communication. Images almost identical to them can be found in almost any glossy magazine, as well as in other media. To me, the legs depicted in the Allure photograph are a fact in the world, something that everyone experiences constantly; they are not anyone's legs in particular. By using a fragment of the Allure photograph in my painting, I thus comment upon the culture and attitudes promoted and embodied in Allure Magazine. By using an existing image, I also ensure a certain authenticity or veracity that enhances my commentary - it is the difference between quoting and paraphrasing - and ensure that the viewer will understand what I am referring to.“

⁴²⁷ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (253) (2nd Cir. 2006): „[...] the use in question was transformative [...]“ oder *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (256) (2nd Cir. 2006): „[...] Koons's appropriation of Blanch's photograph in “Niagara” was intended to be - and appears to be - transformative [...]“.

⁴²⁸ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (253) (2nd Cir. 2006): „[...] the copyrighted work is used as “raw material [...]“; „[...] using Blanch's image as fodder for his commentary on the social and aesthetic consequences of mass media. His stated objective is thus not to repackage Blanch's “Silk Sandals” but to employ it in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings [...]“.

⁴²⁹ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (253) (2nd Cir. 2006): „[...] whether it merely supersedes the objects of the original creation, or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message [...]“; so auch *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (579) (1994).

⁴³⁰ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (252) (2nd Cir. 2006): „The sharply different objectives that Koons had in using, and Blanch had in creating, “Silk Sandals” confirms the transformative nature of the use.“.

⁴³¹ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (248) (2nd Cir. 2006): „She explained that she wanted to show some sort of erotic sense [...]“.

gen wollte den Betrachter seines Gemäldes dazu veranlassen, sich mit den ihn fortwährend umgebenden Bildwelten auseinanderzusetzen.⁴³² Er hätte mit seiner Arbeit Bezug auf unsere in medialen Fotoaufnahmen festgehaltenen Bedürfnisse nach Essen und Unterhaltung genommen.⁴³³

Zudem wäre Jeff Koons' Gemälde als Auftragsarbeit einer Galerie entstanden, die Fotoarbeit von Andrea Blanch hingegen für die Veröffentlichung in einer Zeitschrift vorgesehen gewesen. Auch verbunden mit diesem völlig anderen Verwendungszweck sei Jeff Koons' Handeln ein transformatives.⁴³⁴

Zu dem Aspekt, ob die Bezugnahme auf das Original selbst, etwa durch Kritik oder Kommentierung, erforderlich ist, stellte das Gericht lediglich fest, dass es sich bei Jeff Koons' Arbeit um eine Satire handele,⁴³⁵ diese unabhängig von der verwendeten Werkvorlage stehe und eine Rechtfertigung für die Entlehnung erforderlich sei.⁴³⁶ Eine Beschränkung der Anwendung des *fair use* - Standards auf die Kommentierung oder die Kritik an der Vorlage, etwa eine Parodie, muss danach entfallen.⁴³⁷

(2) Im Lichte der festgestellten Transformativität der Werknutzung durch Jeff Koons hat das Gericht dessen finanziellen Profit, der noch in *Rogers v. Koons* (1992) entscheidendes Argument gegen eine zulässige Benutzung als *fair use* war, hier nur sehr eingeschränkt berücksichtigt. Mit dem Rückgriff auf die Argumentation aus der einschlägigen *Campbell*-Entscheidung des Supreme Courts war der Aspekt der Kommerzialität weit weniger bedeutsam.⁴³⁸ Denn je transformativer eine Aneignung erfolgt ist, desto weniger Berücksichtigung finden die anderen Faktoren der *fair use*

⁴³² *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (248) (2nd Cir. 2006): „[...] his purpose of commenting on the commercial images in our consumer culture [...]“.

⁴³³ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (253) (2nd Cir. 2006): „[...] comment on the ways in which some of our most basic appetites - for food, play [...] - are mediated by popular images [...]“.

⁴³⁴ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (253) (2nd Cir. 2006): „[...] use of a fashion photograph created for publication in a glossy American “lifestyle” magazine [...] painting commissioned for exhibition in a German art-gallery space [...]“.

⁴³⁵ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (254) (2nd Cir. 2006): „“Niagara”, on the other hand, may be better characterized for these purposes as satire - its message appears to target the genre of which “Silk Sandals” is typical, rather than the individual photograph itself [...]“.

⁴³⁶ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (255) (2nd Cir. 2006): „[...] satire can stand on its own two feet and so requires justification for the very act of borrowing [...]“.

⁴³⁷ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (255) (2nd Cir. 2006): „[...] not limited to cases involving parody [...]“.

⁴³⁸ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (579) (1994).

- Analyse, wie etwa die Kommerzialität.⁴³⁹ Der Umstand, dass Künstler für ihre Arbeit bezahlt werden und Galerien an einer öffentlichen Ausstellung verdienen, müsse nach Ansicht des Gerichts vor dem Hintergrund des Nutzens für die Allgemeinheit durch die künstlerische Weiterbildung der Bevölkerung zurücktreten.⁴⁴⁰

(3) Bezüglich der Frage, ob mit der Bearbeitung durch Jeff Koons eine schädliche Auswirkung auf den potentiellen Markt der Originalaufnahme einhergehe, stellte das Gericht darauf ab, dass sich ein Argument gegen *fair use* grundsätzlich allein nur aus der Umlenkung von Gewinnen auf den Zweiturheber, die eigentlich dem Vorlagenschöpfer vorbehalten sind, ergeben kann.⁴⁴¹ Prüfmaßstab seien mit Blick auf den potentiellen Absatzmarkt alle Nutzungsmöglichkeiten, die der Vorlagenschöpfer im Regelfall entfalten oder Dritten gegenüber gewähren würde.⁴⁴² Nach diesen Grundsätzen konnte das Gericht keine Gewinnablenkung feststellen. Der Absatzmarkt für die Aufnahme von Andrea Blanch ist nicht beeinträchtigt. Entsprechendes gilt für den Wert des Fotos sowie das berufliche Fortkommen von Andrea Blanch. Sie habe sich, so das Gericht, zu keiner Zeit bemüht, Dritten Nutzungsrechte an ihrer Arbeit einzuräumen. Zudem sei der Markt, den Jeff Koons bedient, für Andrea Blanch nicht erreichbar.⁴⁴³

(4) Die Bösgläubigkeit im Zusammenhang mit seiner Bearbeitung, die Jeff Koons im Fall *Rogers v. Koons* (1992) durch das Gericht noch vorgeworfen worden war,⁴⁴⁴ konnte das Gericht in *Blanch v. Koons* (2006) mangels Anhaltspunkte nicht feststel-

⁴³⁹ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (254) (2nd Cir. 2006): „The more transformative the new work, the less will be the significance of other factors, like commercialism [...]“.

⁴⁴⁰ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (254) (2nd Cir. 2006): „Notwithstanding the fact that artists are sometimes paid and museums sometimes earn money, the public exhibition of art is widely and we think properly considered to have value that benefits the broader public interest.“.

⁴⁴¹ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (258) (2nd Cir. 2006): „In considering the fourth factor, our concern is not whether the secondary use suppresses or even destroys the market for the original work or its potential derivatives, but whether the secondary use usurps the market of the original work.“.

⁴⁴² *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (258) (2nd Cir. 2006): „The market for potential derivative uses includes only those that creators of original works would in general develop or license others to develop.“.

⁴⁴³ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (258) (2nd Cir. 2006): „[...] it is plain that “Niagara” had no deleterious effect upon the potential market for or value of the copyrighted work [...]“. Bereits das Bundesbezirksgericht in der ersten Instanz wertete *fair use* - Faktor vier für Jeff Koons, da dessen Werke einen Markt erreichen, der für Andrea Blanch unwichtig ist und auf den ihre Arbeiten regelmäßig nicht abzielen. *Blanch v. Koons* 396 F.Supp.2d 476 (482) (S.D.N.Y. 2005): „“Niagara’s” market is one the photograph had no chance to capture.“.

⁴⁴⁴ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (309) (2nd Cir. 1992); vgl. FN 419 Seite 97.

len.⁴⁴⁵ Einen solchen Umstand könne das Ausbleiben der Einholung einer Einverständniserklärung bei Andrea Blanch allein nicht begründen.⁴⁴⁶

(5) Das Gericht verschloss sich zudem der Meinung des erstinstanzlichen Gerichts, dass das durch Jeff Koons entnommene Objekt nur wenig kreativ und daher sehr schwierig urheberrechtlich zu schützen sei.⁴⁴⁷ Die Erstinstanz hatte vertreten, Andrea Blanch habe keine Urheberrechtsinteressen bezüglich der Darstellung der Sandalen als das wohl bedeutendste Element in ihrer Werbefotografie. Ohne den Schuh bliebe indes allein das Frauenbein zurück. Dies jedoch sei nicht genügend originell, um es ausreichend urheberrechtlich schützen zu können.⁴⁴⁸

Die Ablehnung dieser Ansicht durch die Berufungsinstanz hat jedoch keine Auswirkungen auf die übrige *fair use* - Analyse. Einer Entscheidung, ob nun eine kreative Werkvorlage vorliegt oder nicht, bedarf es daher nicht. Denn die Unterscheidung zwischen kreativer und faktischer Werkvorlage hat nur einen geringen Effekt, soweit die Verwendung der Vorlage, auch wenn diese kreativ sein mag, wie hier, als transformativ zu werten ist.⁴⁴⁹

(6) Nach allem vertritt das Gericht zusammenfassend die Ansicht, dass es der Entscheidung des Künstlers vorbehalten bleibt, was er zum Gegenstand seiner Auseinandersetzung machen möchte. Nach einer ausführlichen gerichtlichen Stellungnahme zu Jeff Koons' eigener Einschätzung seiner künstlerischen Motivation zur Vorlagenverwendung schlussfolgerte das Gericht: „[...] *we have been given no reason to question his statement that the use of an existing image advanced his artistic purposes.*“⁴⁵⁰ Hieraus war letztlich die Auffassung zu gewinnen, dass für eine

⁴⁴⁵ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (256) (2nd Cir. 2006): „[...] there is insufficient indication of bad faith [...]“.

⁴⁴⁶ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (256) (2nd Cir. 2006): „In any event, the only act of bad faith alleged here is that Koons used Blanch's photograph without first asking her permission. [...] it can hardly be said to have been an act of bad faith for Koons to have neither sought nor been granted permission for the use of "Silk Sandals" if, as we find, the use is otherwise fair [...]“.

⁴⁴⁷ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (257) (2nd Cir. 2006): „[...] we disagree with the district court's characterization of Blanch's photograph as banal rather than creative.“.

⁴⁴⁸ *Blanch v. Koons* 396 F.Supp.2d 476 (482) (S.D.N.Y. 2005): „[...] the quality of copyright protection for the crossed legs is very weak. Without the Gucci sandals (in which Blanch has no copyright interest) all that is left is a representation of a woman's legs, crossed at the ankle. That is not sufficiently original to deserve much copyright protection.“.

⁴⁴⁹ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (257) (2nd Cir. 2006): „[...] the second factor may be of limited usefulness where the creative work of art is being used for a transformative purpose.“.

⁴⁵⁰ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (257) (2nd Cir. 2006).

als *fair use* zulässige Werknutzung die Einschätzung des betroffenen Künstlers von besonderer Bedeutung sein kann.⁴⁵¹

3. Zusammenfassung und Stellungnahme

a) Wertende Interpretation der Zweitwerke der Appropriationisten

Betrachtet man die beiden Entscheidungen zu den Werken von Jeff Koons, fällt zunächst auf, dass das erkennende Berufungsgericht in *Blanch v. Koons* (2006) der sachverständigen Interpretation des Zweitwerkes einen beträchtlichen Wert beimaß und sich mit dieser geschärften Sensibilität positiv von der Entscheidung *Rogers v. Koons* (1992) abhebt, da eine wertende Betrachtung der wesentlichen schöpferischen Momente in *Rogers v. Koons* (1992) nicht stattfand. Hier haftete das Gericht stattdessen an den traditionellen Vorstellungen künstlerischen Anliegens fest und brachte gar seine negative Voreingenommenheit gegenüber dem künstlerischen Schaffen Jeff Koons' zum Ausdruck, in dem es den unterschiedlichen Sozialstatus der Künstler in den Vordergrund rückte. Hervorgehoben wurde insbesondere Jeff Koons' finanzieller Erfolg gegenüber Art Rogers' niedrigem Verdienst.⁴⁵² Jeff Koons habe einzig aus der Motivation gehandelt, „high-priced art“ zu verkaufen.⁴⁵³

b) Die rechtliche Bindungskraft der Entscheidung *Rogers v. Koons* (1992)

Mit der *Campbell*-Entscheidung des Supreme Courts aus dem Jahr 1994 wurde die Präzedenzkraft der früheren Entscheidung *Rogers v. Koons* (1992) stark eingeschränkt, da in der gerichtlichen Praxis nunmehr auch darauf abgestellt wird, ob der Verwender der Vorlage diese transformiert, also einen eigenen schöpferischen Beitrag leistet. Unabhängig von der geäußerten Kritik bezüglich der sachverständigen Interpretation des Zweitwerkes in *Rogers v. Koons* (1992) ist die rechtliche Bindungskraft dieser Entscheidung damit noch fraglicher geworden.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 79.

⁴⁵² Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 80 f.

⁴⁵³ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (312) (2nd Cir. 1992).

⁴⁵⁴ Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 81.

aa) Die *Campbell*-Entscheidung (1994) und ihre Auswirkungen

Seit der *Campbell*-Entscheidung vertritt der Supreme Court die Ansicht, dass ein Profitzweck eine Privilegierung als *fair use* nicht generell präkludiert.⁴⁵⁵ Damit darf sich die Motivation des Zweitkünstlers, mit seinem Werk finanzielle Einnahmen zu generieren, nicht mehr zwangsläufig zu seinen Lasten auswirken.⁴⁵⁶ In *Rogers v. Koons* (1992) war Jeff Koons' finanzieller Erfolg noch der entscheidende Grund für das Gericht gewesen, gegen *fair use* zu werten.⁴⁵⁷

Diesem Umstand trug das Gericht in *Blanch v. Koons* (2006) Rechnung und maß Jeff Koons' finanzieller Motivation nun weit weniger Gewicht bei.⁴⁵⁸ Vielmehr würde der nunmehr aufgrund der *Campbell*-Entscheidung erstmals auch für die Appropriation Art zu berücksichtigende Aspekt der Transformativität den Gesichtspunkt der Kommerzialität relativieren.⁴⁵⁹

bb) Die Bedeutung der Entscheidung *Blanch v. Koons* (2006)

Durch den Aspekt der Transformativität war es dem Gericht möglich, die konzeptuellen Verschiebungen, die durch die Aneignung fremder Werke oder Werkteile entstehen, rechtlich stärker zu berücksichtigen. Voraussetzung hierfür ist natürlich, dass das anerkennende Gericht den künstlerischen Ansatz des Appropriationisten überhaupt erkennt und in seine Erwägungen einbezieht. In *Blanch v. Koons* (2006) ist dies gelungen. Hieraus kann jedoch nicht auf eine zukünftig generell rechtliche Zulässigkeit künstlerischer Aneignung geschlossen werden. Es muss immer bei einer Einzelfallbetrachtung verbleiben.⁴⁶⁰

Im Vergleich zwischen *Rogers v. Koons* (1992) und *Blanch v. Koons* (2006) darf diesbezüglich nicht vergessen werden, dass sich das Gemälde „Niagara“ weit mehr von seiner Vorlage entfernt als dies bei der Skulptur „String of Puppies“ der Fall ist. In das Gemälde „Niagara“ wurden umfangreich zusätzliche Bildelemente eingefügt, die die übernommenen Damenbeine in einen neuen kompositionellen Zusammen-

⁴⁵⁵ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (579) (1994); vgl Kapitel 2 A.V.3.a)aa) Seite 79.

⁴⁵⁶ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 81.

⁴⁵⁷ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (309) (2nd Cir. 1992); vgl FN 416 Seite 96.

⁴⁵⁸ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (254) (2nd Cir. 2006); vgl FN 439 Seite 101.

⁴⁵⁹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 82.

⁴⁶⁰ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 82.

hang einbinden. Weiter ist die Fotografie „*Silk Sandals by Gucci*“ - anders als das Foto „*Puppies*“, das ebenso wie seine Nachfertigung „*String of Puppies*“ in einem künstlerischen Kontext steht - eine Werbeaufnahme und basiert damit im Hinblick auf das Gemälde „*Niagara*“ bereits auf einem anderen wirtschaftlichen Zusammenhang.⁴⁶¹

Jeff Koons' eigene Einschätzung zum Streitgegenstand hielt das Gericht in *Blanch v. Koons* (2006) für so plausibel, dass es von seiner künstlerischen Motivation zur Vorlagenverwendung überzeugt war. Praktisch oblag damit Andrea Blanch die Darlegungslast, die Überzeugung des Gerichts zu erschüttern.⁴⁶² In *Rogers v. Koons* (1992) hatte das Gericht die Beweislast noch beim Vorlagenverwender gesehen und ausgeführt: „Here there is simply nothing in the record to support a view that Koons produced “String of Puppies” for anything other than sale as high-priced art.“⁴⁶³

Die Entscheidung *Rogers v. Koons* (1992) hat nach allem deutlich an rechtlicher Bindungskraft verloren und ist in wesentlichen Teilen als überholt anzusehen. Die Campbell-Entscheidung (1994) brachte grundlegende Änderungen in der *fair use* - Rechtsprechung, die die Entscheidung *Blanch v. Koons* (2006) umsetzte und für die Appropriation Art konsequent weiter entwickelte.

Ob diese Entwicklung auch ein Gradmesser für die Zukunft sein wird, konnte zumindest nach der die urheberrechtliche Rechtfertigung der Aneignungskunst hingenommene Entscheidung des New Yorker Bundesbezirksgerichts in Sachen *Cariou v. Prince* aus dem Jahr 2011 bezweifelt werden. Der weitere Prozessverlauf dieses Verfahrens, insbesondere die Berufungsentscheidung, hat aber gezeigt, dass das Berufungsgericht seinen mit *Blanch v. Koons* (2006) eingeschlagenen Weg unbeirrt weiter verfolgt. Nachstehend wird aufzuzeigen sein, warum die Entscheidung des New Yorker Bundesbezirksgerichts in Sachen *Cariou v. Prince* aus rechtlichen Gründen nicht haltbar und im Berufungsverfahren durch das Bundesberufungsgerichts des 2. Bezirks eine abändernde Entscheidung zu Gunsten von Richard Prince auszusprechen war.

⁴⁶¹ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 82 f.

⁴⁶² Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 83 f.

⁴⁶³ *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (312) (2nd Cir. 1992).

III. Die Entscheidung zu Richard Prince - *Cariou v. Prince*

1. Die Entscheidung in der ersten Instanz⁴⁶⁴

a) Der Sachverhalt

„There’s a guy on the street who paints copies of my “Nurse” paintings [...]. I think it’s funny. I actually bought one; I thought it was pretty close.“

Richard Prince⁴⁶⁵

Richard Prince stellte zwischen Dezember 2007 und Februar 2008 - gemeinsam mit anderen seiner Werke - eine Collage mit dem Titel *„Canal Zone (2007)“*⁴⁶⁶ im Eden Rock Hotel in St. Barts (USA) aus, welche Kopien von 35 Fotografien enthielt, die Patrick Cariou zuvor im Jahr 2000 in seinem Fotoband *„Yes, Rasta“*⁴⁶⁷ veröffentlicht hatte. Richard Prince übermalte in diesem Zusammenhang einige Teile der in der Collage benutzten Kopien der Fotografien oder verwendete von diesen teilweise nur Ausschnitte, während er andere Kopien der Aufnahmen wiederum zur Gänze bzw fast vollständig in seine Arbeit integrierte. Obwohl Richard Prince einige seiner Arbeiten aus dieser Ausstellung über die Gagosian Gallery veräußerte, betraf dies nicht seine Collage *„Canal Zone (2007)“* selbst. Richard Prince sah in dieser Collage vielmehr einen Einstieg zu den geplanten Arbeiten an der nachfolgenden Werkserie, die er ebenfalls unter dem Titel *„Canal Zone“* im Jahr 2008 fertigstellte. Teile der Collage *„Canal Zone (2007)“* wurden jedenfalls später in einem Artikel veröffentlicht, der die durchgeführte Ausstellung der nachgehenden Werkserie *„Canal Zone“* in der Gagosian Gallery zum Inhalt hatte.⁴⁶⁸

In dieser nachfolgenden Werkserie erstellte Richard Prince insgesamt 29 Arbeiten, wobei er in 28 dieser Arbeiten Kopien von Fotografien aus dem Buch *„Yes, Rasta“* von Patrick Cariou verwendete.⁴⁶⁹ In einigen dieser Arbeiten bildeten dabei jene übernommenen Fotografien fast ausschließlich die Arbeitsgrundlage. Sie erschienen dort jedenfalls als Collagen, vergrößert, abgeschnitten, gefärbt oder über-

⁴⁶⁴ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁶⁵ *Rosenberg*, Artist: Richard Prince, New York Magazin, 21.05.2005, <http://nymag.com/nymetro/art/s/art/11815/> (06.03.2012).

⁴⁶⁶ Abbildung 33.

⁴⁶⁷ Abbildung 34.

⁴⁶⁸ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (343) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁶⁹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (344) (S.D.N.Y. 2011).

malt.⁴⁷⁰ Andere Werke wiederum enthielten nur Teile der beschriebenen Fotografien als Collagenelemente und griffen zudem auf anderes Bildmaterial sowie vermehrt auf malerische Originalelemente zurück.⁴⁷¹ Letztlich übernahm Richard Prince für seine Werkserie *Canal Zone* 41 Kopien von Fotografien aus Patrick Cariou's Buch „*Yes, Rasta*“.⁴⁷²

Die Gagosian Gallery zeigte zwischen dem 08.11.2008 und dem 20.12.2008 in einer ihrer Filialen in New York 22 der 29 Arbeiten aus der „*Canal Zone*“ - Werkserie. Hierzu wurde durch die Galerie auch ein Ausstellungskatalog - ebenfalls unter dem Titel „*Canal Zone*“ - aufgelegt und vertrieben, welcher eine Vielzahl der Arbeiten von Richard Prince enthielt, auch solche, die letztlich nicht Gegenstand der Ausstellung in der Gagosian Gallery selbst waren.⁴⁷³

Aufgrund der „*Canal Zone*“ - Schau in der Gagosian Gallery stoppte die Galeristin Christiane Celle eine geplante Ausstellung und den damit verbundenen beabsichtigten Verkauf der Fotografien von Patrick Cariou in ihrer eigenen New Yorker Galerie noch vor ihrem geplanten Ausstellungstart. Aus ihrer Sicht sollte es für Außenstehende nicht den Anschein haben, dass sie aus der bestehenden Situation Kapital schlagen wolle. Auch wollte sie keine Kunst zeigen, die bereits in der Gagosian Gallery ausgestellt wurde. Ursprünglich sollten zwischen 30 und 40 der Fotografien von Patrick Cariou in ihrer Galerie präsentiert und verschiedene Prints hiervon zwischen 3.000 € und 20.000 € verkauft werden. Außerdem hatte Christiane Celle geplant, das Buch „*Yes, Rasta*“ für ihre Ausstellung neu aufzulegen, um es dort durch Patrick Cariou signieren zu lassen.⁴⁷⁴

Patrick Cariou hatte für die Realisierung seiner Aufnahmen, die später im Buch „*Yes, Rasta*“ veröffentlicht und hiernach Gegenstand der künstlerischen Aneignung durch Richard Prince wurden, ungefähr sechs Jahre mit Rastafaris in Jamaika verbracht. Dabei entstanden sowohl Porträt- als auch Landschaftsaufnahmen. Die durch Richard Prince verwendeten Fotografien sind durch Patrick Cariou zuvor weder verkauft noch für eine Benutzung außerhalb des Buches „*Yes, Rasta*“ lizenziert

⁴⁷⁰ Beispielsweise *Graduation* (2008), Abbildung 31; *Canal Zone* (2008), Abbildung 35.

⁴⁷¹ Beispielsweise *Ile de France* (2008), Abbildung 36.

⁴⁷² *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (344) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁷³ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (344) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁷⁴ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (344) (S.D.N.Y. 2011).

worden. Lediglich ein privater Verkauf einzelner Aufnahmen an ihm bekannte Dritte hatte durch Patrick Cariou stattgefunden.⁴⁷⁵

Vor diesem Hintergrund sah er sich durch die nicht genehmigte Übernahme seiner Fotografien durch Richard Prince in dessen Schaffensprozess und die Ausstellung, den Verkauf und die anderweitige Verbreitung dieser nachgeschaffenen Werke in seinen Urheberrechten verletzt und verlangte im Dezember 2008 die Schließung der „Canal Zone“ - Ausstellung in der Gagosian Gallery. Als die Galerie seinen Forderungen nicht nachkam, erhob Patrick Cariou entsprechend Klage vor dem Bundesbezirksgericht New York und rügte dort die Verletzung seiner Urheberrechte.⁴⁷⁶

b) Die Entscheidung des Gerichts⁴⁷⁷

Nach Auffassung des New Yorker Bezirksgerichts stellt die Verwendung der von Patrick Cariou erstellten Fotografien durch Richard Prince in dessen „Canal Zone“ - Werkserie eine Verletzung der Urheberrechte zu Lasten von Patrick Cariou dar.⁴⁷⁸ Eine Rechtfertigung dieser Urheberrechtsverletzung scheide aus, denn eine als *fair use* zulässige Benutzung der verwendeten Aufnahmen sei nicht gegeben.⁴⁷⁹ Keiner der in 17 USC § 107 niedergelegten vier Abwägungsfaktoren würde die Annahme von *fair use* befürworten.⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (344) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁷⁶ *Huttenlauch*, In Sachen Cariou gegen Prince - Rastalocken für alle, artnet, 28.03.2009, <http://www.artnet.de/magazine/in-sachen-cariou-gegen-prince/> (06.03.2012).

⁴⁷⁷ Die Klage Patrick Carious richtete sich gegen Richard Prince, die Gagosian Gallery Inc. und deren Eigentümer Lawrence Gagosian sowie Rizzoli International Publications Inc., den Verlag des Ausstellungskataloges. Das beklagte Verlagshaus schied jedoch später aufgrund eines Beschlusses des anerkennenden Gerichts als beklagte Partei aus dem Prozess aus, so dass eine Entscheidung nur noch gegen Richard Prince, die Gagosian Gallery Inc. und deren Eigentümer Lawrence Gagosian erging (*Cariou v. Prince* 748 F.Supp.2d 337 [342] FN 1 [S.D.N.Y. 2011]).

⁴⁷⁸ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (355) (S.D.N.Y. 2011): „[...] the Court GRANTS Plaintiff's Motion for Summary Judgment on the issues of copyright infringement, fair use, and liability [...]“. Die direkte Verantwortlichkeit der neben Richard Prince beklagten Parteien, nämlich der Gagosian Gallery mit deren Eigentümer Lawrence Gagosian, ergebe sich nach der Auffassung des Gerichts zunächst aufgrund der Herausgabe des Ausstellungskataloges und der Herstellung und Versendung von Einladungskarten, die allesamt Abbildungen der Fotografien von Patrick Cariou sowie der darauf Bezug nehmenden Arbeiten von Richard Prince enthalten. Hinzu trete die Verantwortlichkeit aufgrund der Ausstellung und Veräußerung der durch Richard Prince autorisierten Werke. Zudem bestehe eine indirekte Verantwortlichkeit, die sich aus der Weisungsgebundenheit von Richard Prince gegenüber der ausstellenden Galerie ergebe. Vgl. *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (354 f) (S.D.N.Y. 2011); vgl. auch FN 487 Seite 110.

⁴⁷⁹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (354) (S.D.N.Y. 2011): „[...] the Court finds that Defendants are not entitled to the defense of fair use [...]“.

⁴⁸⁰ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (353) (S.D.N.Y. 2011): „The Court has considered the four factors set forth in § 107, and found that none favours a finding of fair use.“.

Das Gericht verfügte zudem, dass die Arbeiten aus der „*Canal Zone*“ - Werkserie beschlagnahmt, und wenn es Patrick Cariou wünsche, sogar zerstört werden sollen. Des Weiteren wären alle gegenwärtigen und zukünftigen Eigentümer der als widerrechtlich qualifizierten Werke schriftlich über den Rechtsmissbrauch zu benachrichtigen und davor zu warnen, dass die Arbeiten nicht öffentlich zur Schau gestellt werden dürfen.⁴⁸¹

c) Die Geltendmachung einer Urheberrechtsverletzung

In seiner Entscheidung hatte sich das Gericht eingangs mit der Frage zu beschäftigen, ob Patrick Cariou überhaupt Ansprüche aus einer Urheberrechtsverletzung gegen Richard Prince gerichtlich geltend machen kann. Voraussetzung hierfür war, dass Patrick Cariou wirksamer Urheberrechtsinhaber bezüglich der durch Richard Prince verwendeten Fotoaufnahmen ist und Elemente dieser originalen Werke durch Richard Prince in sein Schaffen übernommen worden sind.⁴⁸²

Um „original“ zu sein, muss ein urheberrechtlich geschütztes Werk in unabhängiger Weise erschaffen worden sein. Zudem muss es sich durch einen minimalen Anteil an Kreativität auszeichnen. Dabei werden keine hohen Anforderungen an das erforderliche Kreativitätslevel gestellt. Auch eine geringe Höhe reicht aus, um von kreativem Schaffen ausgehen zu können.⁴⁸³

Das Gericht erkannte für sich zweifelsfrei, dass Patrick Cariou Inhaber eines wirksamen Urheberrechts bezüglich seiner durch Richard Prince verwendeten Fotoaufnahmen ist.⁴⁸⁴ Die Beklagtenvertreter hingegen vertraten hier die entgegengesetzte Meinung und führten an, Patrick Carious Fotoaufnahmen seien lediglich eine Zusammenstellung von Fakten, die die Rastafarians und die jamaikanische Landschaft betrafen, arrangiert mit einem Minimum an Kreativität, welches typisch sei für diese Art von Fotoaufnahmen und dazu führe, dass diese Fotografien gerade nicht unter den urheberrechtlichen Schutz fallen.⁴⁸⁵ Nach Ansicht des Gerichts vermochte indes nicht zu überzeugen. Vielmehr sei es gefestigtes Recht, dass kreative Foto-

⁴⁸¹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (356) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁸² *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (345) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁸³ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (345) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁸⁴ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (346) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁸⁵ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (346) (S.D.N.Y. 2011).

grafien urheberrechtlich geschützt seien, auch dann, wenn sie reale Personen und natürliche Umgebungen abbilden.⁴⁸⁶

Nicht im Streit befand sich der zweite zu prüfende Umstand, dass Richard Prince Elemente von Patrick Cariou Fotoaufnahmen in sein Schaffen übernommen hat, so dass das Gericht in Summe davon ausging, dass Patrick Cariou dem Grunde nach Ansprüche aus einer Urheberrechtsverletzung gegen Richard Prince gerichtlich geltend machen kann.

d) Die Bewertung der Abwägungsfaktoren

aa) Faktor 1 - Zweck und Art der Werkvorlagenbenutzung

(1) Transformativität

Das Gericht ging nach dieser Feststellung in seiner Entscheidung detailliert auf jeden der vier in 17 USC § 107 niedergelegten Abwägungsfaktoren ein und folgte damit der allgemein anerkannten Überlegung, dass bei der Prüfung des *fair use* - Rechtfertigungstatbestandes eine „Fall-zu-Fall“ - Analyse notwendig ist.⁴⁸⁷ Dabei sind alle vier Faktoren auszuforschen und die jeweiligen Resultate dann im Lichte des Zwecks des Urheberrechts gemeinsam zu gewichten.⁴⁸⁸

Im Rahmen der Bewertung der vier Abwägungsfaktoren fragte das Gericht bezüglich des Zwecks und der Art der Werkvorlagenbenutzung zunächst nach der Transformativität der Werknutzung und verneinte diese für alle Arbeiten von Richard Prince. Der transformative Inhalt der Arbeiten sei bestenfalls minimal. Er variere zudem aufgrund des Ausmaßes der jeweiligen Werkvorlagennutzung von Werk zu

⁴⁸⁶ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (346) (S.D.N.Y. 2011). Das Gericht zitierte für seine Begründung auch die Entscheidung *Rogers v. Koons* 960 F.2d 301 (307) (2d Cir. 1992): „Elements of originality in a photograph may include posing the subjects, lighting, angle, selection of film and camera, evoking the desired expression, and almost any other variant involved.“

⁴⁸⁷ Daneben ging das Gericht auch ausführlich auf die Verantwortlichkeit der Gagosian Gallery Inc. und deren Eigentümer Lawrence Gagosian aufgrund stellvertretender und mittelbarer Verletzung von Urheberrechten ein (*Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 [354 f] [S.D.N.Y. 2011]). Auswirkungen auf die grundsätzliche Problematik der urheberrechtlichen Einordnung der im Streit befindlichen Arbeiten als Appropriation Art haben diese Ausführungen indes keine. Für die direkte Verantwortlichkeit der Gagosian Gallery Inc. und deren Eigentümer Lawrence Gagosian siehe bereits FN 478 Seite 108.

⁴⁸⁸ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (347) (S.D.N.Y. 2011).

Werk und sei damit nicht einheitlich in allen 28 Werken vorhanden.⁴⁸⁹ Weiter sei offensichtlich, dass Richard Prince mit seinen Arbeiten nicht beabsichtigte, Patrick Cariou, dessen Fotografien oder die Aspekte der Kultur, die mit diesen Fotoaufnahmen assoziiert werden könnten, zu kommentieren.⁴⁹⁰ Richard Prince' eigene Einlassungen⁴⁹¹ hätten gezeigt, dass es nicht sein Ziel gewesen sei, transformativ im Sinne der heranzuziehenden *fair use* - Vorschriften zu arbeiten.⁴⁹² Vielmehr habe Richard Prince die gleiche Intension mit der Wahl von Patrick Carious Porträts der Rastafarians verbunden wie Patrick Cariou ursprünglich selbst mit der Bestimmung der Motive für seine Fotoaufnahmen, nämlich den Wunsch mit dem Betrachter über die Rastafarians und ihre Kultur zu kommunizieren.⁴⁹³

(2) Kommerzialität

Im zweiten Punkt der Prüffolge zum Zweck und der Art der Werkvorlagenbenutzung bestätigte das Gericht für alle Arbeiten von Richard Prince zudem die Kommerzialität der Werknutzung.⁴⁹⁴ Das Gericht betonte dabei die Wichtigkeit seiner hierzu getroffenen Feststellungen. Denn je weniger ein Werk transformativ sei, desto wichtiger sei für die Beurteilung, ob nach dem ersten Faktor eine faire Benutzung der

⁴⁸⁹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (350) (S.D.N.Y. 2011). In diesem Zusammenhang könnte diskutiert werden, ob das Gericht eventuell eine differenzierte Betrachtung jedes einzelnen Werkes von Richard Prince hätte vornehmen müssen. Hat es doch selbst festgehalten, dass das Ausmaß der Transformativität von Werk zu Werk variere. Für den Blick auf die Werkserie als Ganzes spricht indes, dass Richard Prince die Intension seiner Arbeit mit der gesamten Serie verbindet. Zudem ist es üblich, dass Künstler in Werkserien arbeiten und ihre Werke in ihrer Gesamtheit einem Publikum zeigen, weil sie nach ihrer Meinung nur dann die bezweckte Wirkung bei dem einzelnen Betrachter erreichen.

⁴⁹⁰ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (349) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁹¹ Richard Prince hatte dem Gericht gegenüber insbesondere mitgeteilt, dass er selbst kein Interesse an den Aussagen der Fotoaufnahmen habe, die er für seine Arbeiten verwende. Auch habe er keine wirkliche Massage, vielmehr versuche er zu kommunizieren, wenn er Kunst schafft. Hieraus leitete das Gericht ab, Richard Prince würde mit seinen im Streit befindlichen Arbeiten nicht beabsichtigen, Aspekte der Werkvorlagen, die er benutzte, oder Kulturen, die mit diesen Werkvorlagen in Verbindung stehen, zu kommentieren (*Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 [349] [S.D.N.Y. 2011]). Vielmehr wollte Richard Prince mit seinen Arbeiten an andere Künstler, beispielsweise Picasso, Cézanne, Warhol und de Kooning erinnern, Bezüge zu musikalischen Themen herstellen und die Gleichheit der Geschlechter betonen (*Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 [349] [S.D.N.Y. 2011]).

⁴⁹² *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (349) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁹³ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (349) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁹⁴ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (351) (S.D.N.Y. 2011): „[...] the facts before the Court show that Defendants' use and exploitation of the Photos was also substantially commercial [...]“.

Werkvorlage vorliegen kann, die Frage, wie viel Kommerzialität sich in dem Zweitwerk wiederfindet.⁴⁹⁵

Ausschlaggebend für das Gericht war, dass aufgrund verschiedener Marketingmaßnahmen⁴⁹⁶ durch die Gagosian Gallery acht Arbeiten aus der „*Canal Zone*“ - Serie zu einem Gesamtkaufpreis in Höhe von 10.480.000 US-Dollar verkauft werden konnten, wobei 60% der Kaufpreiserlöse an Richard Prince gingen, der Rest verblieb bei der Gagosian Gallery.⁴⁹⁷ Außerdem wurden weitere sieben Arbeiten dieser Serie gegen andere Kunst zu einem geschätzten Gesamtwert zwischen sechs und acht Millionen US-Dollar getauscht.⁴⁹⁸ Nach Ansicht des Gerichts sprachen keine Fakten dafür, dass Richard Prince' Arbeiten überhaupt für eine öffentliche Ausstellung vorgesehen waren. Vielmehr seien sie ausschließlich zum Verkauf in der Gagosian Gallery bestimmt gewesen.⁴⁹⁹

(3) Charakter der Benutzung

Richard Prince' Verhalten wertete das Gericht ebenfalls zu Patrick Cariou's Gunsten.⁵⁰⁰ Ausgehend von Richard Prince' Einlassung, es gäbe für ihn keine unterschiedlichen Standards oder differenzierten Gewichtungen bezüglich der Entscheidung, ob er nun für seine Arbeiten urheberrechtlich geschütztes Material verwende oder aber auf urheberrechtsfreie Werkvorlagen zurückgreife, stellte das Gericht zunächst für sich fest, dass Richard Prince seinen Werken schlichtweg Fotografien zugrunde lege, die er mag, unabhängig davon, ob es sich dabei um urheberrechtlich geschütztes Material handle oder nicht.⁵⁰¹ Zudem habe Richard Prince, so das Gericht weiter, Patrick Cariou zu keiner Zeit gefragt, ob dieser ihm Nutzungsrechte

⁴⁹⁵ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (350) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁹⁶ Die Ausstellung wurde in sieben verschiedenen Zeitungen annonciert, fünf der entsprechenden Beiträge enthielten Reproduktionen der Arbeiten von Richard Prince. Zudem versendete die Gagosian Gallery ca 7.500 Einladungen zur Ausstellung an Kunden der Gallery, ebenfalls versehen mit Reproduktionen der Arbeiten von Richard Prince. Übrig gebliebene Einladungen wurden zuletzt an einen Posterproduzenten veräußert (*Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 [350] [S.D.N.Y. 2011]).

⁴⁹⁷ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (350) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁹⁸ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (351) (S.D.N.Y. 2011).

⁴⁹⁹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (351) (S.D.N.Y. 2011).

⁵⁰⁰ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (351) (S.D.N.Y. 2011): „[...] Prince's bad faith is evident [...]“.

⁵⁰¹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (351) (S.D.N.Y. 2011).

an seinen Fotoaufnahmen übertragen könne, obwohl der Bildband „Yes Rasta“ zweifelsfrei Patrick Cariou als den Urheberrechtsinhaber führte.⁵⁰²

Damit wertete das Gericht den ersten Faktor der *fair use* - Analyse hinsichtlich Transformativität, Kommerzialität und Charakter der Benutzung in vollem Umfang zu Ungunsten von Richard Prince.

bb) Faktor 2 - Art des benutzten Werkes

Auch mit Bezug auf die Art des benutzten Werkes versagte das Gericht Richard Prince die Anerkennung seiner Arbeiten auf der Grundlage des *fair use* - Gedanken.⁵⁰³ Es ging in seiner Entscheidung dabei davon aus, dass eine Rechtfertigung des Schaffens von Richard Prince als *fair use* weit einfacher in Betracht kommen könne, wenn es sich bei den Werkvorlagen von Patrick Cariou um faktische oder informatorische Arbeiten handelt. Bei kreativen Werkvorlagen hingegen wäre *fair use* sichtlich schwieriger zu gewähren.⁵⁰⁴ Diesbezüglich stellte das Gericht schlichtweg fest, dass Patrick Carious Fotoaufnahmen hoch originelle und kreative, künstlerische Arbeiten seien.⁵⁰⁵ Aufgrund dessen entschied es auch hier gegen *fair use*.

Die sonst im Rahmen des zweiten Faktors noch zu prüfenden Punkte, die Unterscheidung zwischen veröffentlichten und unveröffentlichten Werkvorlagen und ob die benutzte Werkvorlage noch am frei zugänglichen Markt verfügbar ist, spielten für die gerichtliche Entscheidung keine Rolle.⁵⁰⁶

⁵⁰² *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (351) (S.D.N.Y. 2011). Entsprechend seiner Einschätzungen zum Verhalten von Richard Prince beurteilte das Gericht auch das Gebaren von Lawrence Gagosian und der Gagosian Gallery: „[...] the bad faith of the Gagosian Defendants is equally clear [...]“. Unabhängig davon, dass sich weder Lawrence Gagosian noch die Gagosian Gallery zu keiner Zeit danach erkundigten, ob Richard Prince für seine Arbeiten möglicherweise ohne Genehmigung auf urheberrechtlich geschütztes Material Bezug nahm, hätten sie die kommerzielle Nutzung der Werke von Richard Prince nicht beendet, als sie von der Übernahme der urheberrechtlich geschützten Fotoaufnahmen und deren genehmigungsfreier Verwendung erfuhren. Dies wäre selbst dann nicht geschehen, als Patrick Cariou die Schließung der *Canal Zone* - Ausstellung in der Gagosian Gallery verlangte (*Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 [351] [S.D.N.Y. 2011]).

⁵⁰³ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (352) (S.D.N.Y. 2011).

⁵⁰⁴ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (352) (S.D.N.Y. 2011): „[...] whether the work is expressive or creative, such as a work of fiction, or more factual, with a greater leeway being allowed to a claim of fair use where the work is factual or informational [...]“; vgl auch Kapitel 2 A.V.3.b)aa) Seite 85.

⁵⁰⁵ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (352) (S.D.N.Y. 2011): „[...] highly original and creative artistic works [...]“.

⁵⁰⁶ Vgl hierzu Kapitel 2 A.V.3.b)bb) Seite 86 und Kapitel 2 A.V.3.b)cc) Seite 86.

cc) Faktor 3 - Umfang und Gewichtigkeit der benutzten Vorlage

Weiter ergab nach Ansicht des Gerichts auch die Prüfung des Umfangs und der Gewichtung der benutzten Vorlage, dass die Verwendung der Fotoaufnahmen für Richard Prince nicht als *fair use* gerechtfertigt werden könne.⁵⁰⁷ Dabei bezog sich das Gericht in seiner Prüfung sowohl auf die Quantität als auch auf die Qualität der zu bewertenden Übernahmen.⁵⁰⁸

Es stellte fest, Richard Prince habe sich einerseits in einer Reihe von Arbeiten ganze Fotografien angeeignet (Quantität der Übernahme), während er andererseits in der Mehrzahl seiner Werke auf zentrale Figuren der benutzten Fotoarbeiten zurückgegriffen hätte (Qualität der Übernahme). Und diese zentralen Figuren seien von so besonderer Qualität und Wichtigkeit für Patrick Carious Arbeiten, dass sie das Herzstück seiner Fotowerke bilden würden. Im Hinblick auf die geringe Transformativität seiner Arbeiten habe Richard Prince daher mehr übernommen als für seine künstlerischen Aussagen notwendig gewesen wäre, so dass auch hier ein Rückgriff auf *fair use* unterbleiben müsse.⁵⁰⁹

dd) Faktor 4 - Auswirkung der Benutzung auf das Marktpotential bzw den Wert der benutzten Vorlage

Und auch der letzte der vier Prüfungsschritte zur *fair use* - Analyse enthielt nach Auffassung des Gerichts keine Anhaltspunkte, die die Aneignung der Fotoaufnahmen durch Richard Prince rechtfertigen würden. Die Verwendung der Arbeiten Patrick Carious habe nicht nur den aktuellen und potentiellen originären Markt für diese Fotografien selbst, beispielsweise den Verkauf von Abzügen, in unfairer Weise beschädigt, sondern auch dafür gesorgt, dass selbst eine weiterführende Nutzung der Fotoaufnahmen, etwa im Rahmen von Lizenzierungen, unmöglich werde.⁵¹⁰

Das Gericht stützte seine Erkenntnisse im Wesentlichen auf den Umstand, dass die Galeristin Christiane Celle eine geplante Ausstellung und den damit verbundenen

⁵⁰⁷ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (352) (S.D.N.Y. 2011).

⁵⁰⁸ Vgl hierzu Kapitel 2 A.V.3.c)aa) Seite 87 und Kapitel 2 A.V.3.c)bb) Seite 89.

⁵⁰⁹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (352) (S.D.N.Y. 2011).

⁵¹⁰ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (353) (S.D.N.Y. 2011).

beabsichtigten Verkauf der Fotografien von Patrick Cariou stoppte.⁵¹¹ Darüber hinaus stellte das Gericht heraus, dass die Lizenzierung der Originalwerke für die Weiterverwendung durch andere Künstler die Art von sekundärer Nutzung sei, die Schöpfer der Originale im Normalfall entwickeln, und dass die breite und unlizenzierte Verwendung neuer Kunst den Markt für derartige Lizenzierungen zerstöre.⁵¹²

Zuletzt wurde auch der Einwand der Beklagtenvertreter, Patrick Cariou habe nicht genügend Marketing und Werbung für seine Fotografien betrieben und sei damit selbst für seine Marktsituation verantwortlich, gerichtlich nicht gehört.⁵¹³ Das Gericht begründete seine Zurückweisung damit, dass der potentielle Markt für das originäre Werk und auch für dessen Folgenutzungen selbst dann zu berücksichtigen wäre, wenn der Künstler gar entscheide, sein Werk zu Lebzeiten nicht zu veröffentlichen. Seine Rechte, seine Meinung zur Veröffentlichung jederzeit ändern zu dürfen, und die Möglichkeit, seine Arbeit jederzeit verkaufen zu können, müssten erhalten bleiben.⁵¹⁴ Ob Patrick Cariou also derzeit Marketing und Werbung für seine Fotografien betreiben würde, müsse daher unberücksichtigt bleiben. Letztlich könne er sich jederzeit hierzu entschließen.

2. Das Verfahren in der Berufungsinstanz⁵¹⁵

a) Einleitung und einführender Überblick

Richard Prince und die weiteren Beklagten legten gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung ein. Das Berufungsgericht musste klären, ob das Gericht der ersten Instanz bei der Urteilsfindung alle rechtlichen Bestimmungen beachtet und diese rechtskonform angewandt hat. Betrachtet man die bisherige Entwicklung der US-amerikanischen Rechtsprechung zur Appropriation Art, insbesondere die ihr innewohnenden Veränderungen zugunsten der Aneignungskünstler im Hinblick auf den Wandel der Anwendung des *fair use* - Standards von *Rogers v. Koons* (1992) zu *Blanch v. Koons* (2006), dann konnte und musste dies grundsätzlich für eine Berufungsentscheidung zugunsten von Richard Prince sprechen. Es existiert eine Reihe

⁵¹¹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (353) (S.D.N.Y. 2011). Zu den Gründen des Ausstellungsstopps vgl bereits oben Kapitel 2 B.III.1 Seite 106.

⁵¹² *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (353) (S.D.N.Y. 2011).

⁵¹³ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (353) (S.D.N.Y. 2011).

⁵¹⁴ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (353) (S.D.N.Y. 2011).

⁵¹⁵ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.).

an Gründen, die schon vor der Urteilsfindung des Berufungsgerichts eine Entscheidung entgegen der Argumentation des erstinstanzlichen Urteils nahe legte.

Die Aneignungskunst, der die im Streit stehenden Arbeiten von Richard Prince zuzuordnen sind, ist Teil einer langen Tradition in der bildenden Kunst. Bereits über Jahrzehnte haben Künstler existierende Bilder benutzt, um neue Arbeiten zu schaffen, die originale Eindrücke vermitteln.⁵¹⁶ Die vorliegende erstinstanzliche Gerichtsentscheidung des New Yorker Bezirksgerichts bedrohte diese Tradition durch die Verwendung eines *fair-use* Standards, der konträr zum herrschenden Recht steht. Das Gericht lehnte die Anerkennung eines transformativen Charakters bezogen auf das Zweitwerk außerhalb von direkter Kritik oder Kommentierung ab. Es nahm irrig an, dass der Sinngehalt der Kunst nur durch die Absicht des Künstlers definiert wird, und verkannte die Folgen, wenn der Künstler, wie hier, mit der Erklärung zum Sinngehalt seiner Kunst mit Blick auf die Zufriedenstellung der gerichtlichen Erwartungen scheitert.⁵¹⁷

Der *fair use* - Standard dient hauptsächlich dem Ausgleich der Balance zwischen dem urheberrechtlichen Schutz auf der einen und dem Bedarf nach Raum für Kreativität auf der anderen Seite.⁵¹⁸ Die effektive Sicherung der Grundsätze aus dem Ersten Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten (Erster Verfassungszusatz) erfordert einen flexiblen *fair use* - Standard. Nur dann ist gewährleistet, dass das Urheberrecht nicht jene Kreativität erstickt, die eigentlich gefördert werden soll.⁵¹⁹

Eine *fair use* - Analyse muss auch die Interessen schützen, die über direkte Kritik oder Kommentare hinausgehen. Sie muss berücksichtigen, dass der Sinngehalt der Kunst nicht ausschließlich durch die Einschätzung eines Künstlers bestimmt werden kann. Es muss Platz bleiben dafür, Bilder verwenden zu dürfen, die uns umgeben, um etwas über die Welt sagen zu können. Dabei erzeugt künstlerische Arbeit oft

⁵¹⁶ Zur künstlerischen Tradition vgl Kapitel 1 A.II und A.III Seite 21 ff.

⁵¹⁷ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 4.

⁵¹⁸ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 4.

⁵¹⁹ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (579) (1994): „[...] the goal of copyright, to promote science and the arts [...]“; Erwiderung der Andy Warhol Foundation zum Verfahren 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 4.

einen Sinngehalt, der schwer zu beschreiben ist, was aber nicht zu einer Einschränkung ihrer Anerkennung führen darf.⁵²⁰

b) Die Verwendung bestehender Bilder als künstlerische Ausdrucksform

„Artists have used existing imagery to create new meaning since long before photography was invented.“⁵²¹

Die durch Richard Prince in seinen Arbeiten verwendeten Strategien der Aneignung und Kombination fremder Bildlichkeiten finden ihren Ursprung im Anfang des letzten Jahrhunderts.⁵²² Zu Beginn des 20. Jahrhunderts begannen Künstler damit, Gegenstände in ihre künstlerische Arbeit zu integrieren, um einen direkteren Bezug zu der sie umgebenden Welt und ein Bewusstsein für populärer werdende Medien zu schaffen sowie neue Methoden für einen kreativen Ausdruck zu erkunden. Der Gedanke, existierende Bilder als Grundlage für eine neue Äußerung zu benutzen, entstand mit der Strategie der Readymades. Im Verlauf des 20. Jahrhunderts entfalten sich die Strategien der Aneignung und Kombination fremder Bildlichkeiten immer weiter.⁵²³ Die bildliche Darstellung auf der Grundlage von Fotoaufnahmen und Techniken der Reproduktion wurde allgegenwärtig. Zunehmend verwendeten die Künstler auch die Techniken und Darstellungsformen der Massenmedien.⁵²⁴

Mit Blick auf diese Entwicklungen und verbunden mit den verschiedensten Interpretationsmöglichkeiten beinhalten Collagen und andere Aneignungsstrategien heute ein weites Spektrum an Botschaften und Informationen. Dabei benutzt die Aneignungskunst, ebenso wie viele andere Kunstgenres, immer wieder auch im Rahmen collageartiger Techniken, existierende Bilder sowohl aus der Kunst als auch aus den Massenmedien.⁵²⁵

⁵²⁰ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 5.

⁵²¹ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 6.

⁵²² Vgl hierzu bereits Kapitel 1 A.III Seite 23.

⁵²³ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 6 ff.

⁵²⁴ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 10.

⁵²⁵ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 19.

Die im Streit befindlichen Arbeiten von Richard Prince mussten im Lichte dieser Tradition gesehen und gewertet werden.⁵²⁶ Ein *fair use* - Standard in der Form, wie er in der erstinstanzlichen Entscheidung zur Anwendung kam, und der die Freiheit des Künstlers, existierende Bilder zu verwenden, bedroht, gefährdet diese Tradition und die in ihr verankerten Formen künstlerischen Ausdrucks.⁵²⁷ Ein solcher *fair use* - Standard untergräbt die Ziele des Urheberrechts. Denn das Urheberrecht soll die Gesellschaft dahingehend unterstützen, Kreativität zu schaffen und Zugang zu ihren Produkten zu gewährleisten.⁵²⁸ Bezugnahme, Entlehnung und Veränderung von existierenden Arbeiten sind dabei essentiell für ausdrucksvolle und kreative künstlerische Tätigkeit.⁵²⁹ Tatsächlich können in der Literatur, der Wissenschaft oder der Kunst nur wenige Dinge, wenn überhaupt, im abstrakten Sinn durchweg neu und original sein.⁵³⁰ Nicht nur die Kunst, auch die Literatur und die Wissenschaft leihen, müssen notwendigerweise leihen und benutzen, was bekannt ist und bereits zuvor genutzt wurde.⁵³¹

c) Die Bewertung der Abwägungsfaktoren

aa) Faktor 1 - Zweck und Art der Werkvorlagenbenutzung

(1) Transformativität

*„The fair use analysis advanced by Cariou [...] is contrary to controlling law and would establish an unduly restrictive standard.“*⁵³²

Entgegen der Ansicht der Erstinstanz sind Richard Prince' Arbeiten nach der hier vertretenen Auffassung transformativ und damit durch *fair use* gedeckt. Das Gericht fehlte in seiner Entscheidung zu dieser Frage in zweierlei Hinsicht.⁵³³

⁵²⁶ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (251) (2d Cir. 2006): „[...] the determination of fair use is an open-ended and context-sensitive inquiry [...]“.

⁵²⁷ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 22.

⁵²⁸ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 23.

⁵²⁹ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 24.

⁵³⁰ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (575) (1994): „[...] in truth, in literature, in science and in art, there are, and can be, few, if any, things, which in an abstract sense, are strictly new and original throughout [...]“.

⁵³¹ Brief von Google zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 5.

⁵³² Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 2.

⁵³³ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 26.

(a) Erstens stützte das Gericht seine Einschätzungen zur Transformativität der im Streit stehenden Arbeiten auf die Annahme, dass Richard Prince mit seinen Werken nicht beabsichtigt habe, sich mit Patrick Cariou, dessen Fotografien oder den Aspekten der Kultur, die mit diesen Fotoaufnahmen assoziiert werden könnten, auseinanderzusetzen.⁵³⁴ Mit anderen Worten seien Richard Prince' Arbeiten nur dann transformativ, soweit sie Patrick Carious Fotoaufnahmen auch kommentieren.⁵³⁵ Die transformative Bedeutung soll nach Ansicht von Patrick Cariou auf die Kritik am Original oder dessen Kommentierung beschränkt bleiben. Richard Prince könne die Verwendung der Fotografien nicht rechtfertigen, da sie nicht Thema seiner Arbeiten seien und er sie nicht kommentiere.⁵³⁶

Diese strenge Begrenzung der transformativen Benutzung steht aber konträr zur Flexibilität, die indes die Handhabung des *fair use* - Standards verlangt.⁵³⁷ Die geforderte Transformativität darf nicht auf die direkte Kritik oder den direkten Kommentar bezüglich des Originals limitiert werden. Eine Parodie etwa ist nur ein Beispiel für eine Nachschöpfung mit gesellschaftlichem Nutzen. Es gibt darüber hinaus ein weites Spektrum an anderen Verwendungsmöglichkeiten, die einen neuen Ausdruck oder Sinn oder eine andere Botschaft beinhalten und aufgrund dessen einen wichtigen gesellschaftlichen Zweck erzeugen, ohne das Original selbst zu kritisieren oder zu kommentieren. Kritiken und Kommentare bezogen auf das Original sind nicht die einzigen Aussagen, die ein Zweitwerk mitbringen kann.⁵³⁸

Sogar eine körperliche Abänderung ist nicht für die Annahme einer transformativen Nutzung erforderlich.⁵³⁹ Es ist nicht einmal notwendig, dass die angeeigneten Fotoaufnahmen in Form einer Collage wieder erscheinen. Unerlässlich ist nur eine Meinung, ein Zweck, getrennt und individuell zum Original.⁵⁴⁰ Dies ist gegeben, wenn ein Künstler eine Fotoaufnahme als Grundlage für gesellschaftliche Kommentare

⁵³⁴ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (349) (S.D.N.Y. 2011).

⁵³⁵ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 26.

⁵³⁶ Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 3.

⁵³⁷ Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 4.

⁵³⁸ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (579) (1994); *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (251) (2d Cir. 2006); Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, Seite 27; Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 4.

⁵³⁹ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 27.

⁵⁴⁰ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (252) (2d Cir. 2006); Brief von Google zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 4.

benutzt oder sie als Basis sieht, von der aus er eindeutig kreative und kommunikative Zwecke anstrebt.⁵⁴¹

Und dies trifft auf Richard Prince' Nachschöpfungen eindeutig zu. Patrick Cariou Werkvorlagen sind klassische Porträtfotografien. Unter diese Kategorie fallen die Arbeiten von Richard Prince zweifelsfrei nicht. Vielmehr transportierte er die Rastafarians mit seinen Nachschöpfungen in einen fremdartigen Bereich, der augenfällig nicht dem entspricht, den Patrick Cariou in seinen Aufnahmen darstellt. Richard Prince stellte die Rastafarians in einen unnatürlichen Zusammenhang. Er benutzte dafür doppelte Bildlichkeiten, auffällige Übermalungen und umgab sie mit nackten Frauen in sowohl sexuellen als auch herkömmlichen Posen. Richard Prince nahm in seinen Arbeiten Bezug auf einen sehr weiten künstlerischen Bereich, ausgehend von der Moderne mit Bezügen zu Picasso und de Kooning bis hin zu Amateurerotik und Pornographie.⁵⁴² Patrick Cariou hingegen blieb auf die klassische Porträtfotografie beschränkt und deutet in seinen Arbeiten eine natürliche Reinheit an.⁵⁴³ Richard Prince hat den prägenden Gehalt der Arbeiten von Patrick Cariou geändert und seinen Nachschöpfungen durch den Aufbau und die Präsentation seiner Werke sowie durch die Nebeneinanderstellung von Motiven, die Übertreibung im Ausmaß und die Verwendung von Farben und effektvoller Pinselführung neue substantielle Eindrücke hinzugefügt.⁵⁴⁴ Zwischen den Arbeiten der beiden Künstler bestehen danach einschneidende Unterschiede bezüglich Ausdruck, Sinn und Botschaft.⁵⁴⁵

(b) Zweitens führte das Gericht seine ablehnende Haltung zur Transformativität auf den Umstand zurück, dass Richard Prince die Aussagen seiner Arbeiten offenbar nicht zur Zufriedenheit des Gerichts verbalisieren konnte.⁵⁴⁶ Nach Ansicht des Gerichts hätten Richard Prince' eigene Einlassungen gezeigt, dass es nicht sein Ziel gewesen sei, transformativ im Sinne der heranzuziehenden *fair use* - Vorschriften zu arbeiten.⁵⁴⁷

⁵⁴¹ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (253) (2d Cir. 2006); Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 28.

⁵⁴² Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 29.

⁵⁴³ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 29 f.

⁵⁴⁴ Abbildung 37.

⁵⁴⁵ Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 2 f.

⁵⁴⁶ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 31.

⁵⁴⁷ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (349) (S.D.N.Y. 2011).

Dass der Sinngehalt der Nachschöpfungen nicht jedem Betrachter sofort klar erscheint, kann indes keinen Einfluss darauf haben, ob diese Arbeiten transformativ sind oder nicht.⁵⁴⁸ Hieraus folgt einfach nur, dass Sinngehalt und Botschaft der bildenden Kunst nicht immer in Worte gefasst werden können.⁵⁴⁹

Stattdessen ist der transformative Charakter einer Nachschöpfung zuerst und führend aufgrund der Betrachtung der in Streit stehenden Arbeiten selbst und ihrer Wahrnehmung durch einen verständigen Betrachter zu beurteilen. Sinn und Botschaft der Kunst können nicht allein aus der Intention des Künstlers selbst oder aus Spekulationen hierüber abgeleitet werden. Sie sind selbst Funktionsinhalt der betroffenen künstlerischen Arbeit und werden durch die Reaktion des jeweiligen Betrachters bestimmt,⁵⁵⁰ durch seine Persönlichkeit, seine Gefühle, seine Erfahrungen und sein Wissen, nicht durch das Gericht oder den Künstler selbst.⁵⁵¹

Die Intention des Künstlers kann zwar helfen, den transformativen Sinngehalt des Zweitwerkes zu identifizieren. Sie ist hierfür aber nicht notwendige Bedingung.⁵⁵² Denn kann der Künstler den Sinn seiner Arbeiten dem Gericht nicht erläutern, könnte er sich dazu genötigt sehen, sich eine entsprechende Erklärung zurecht zu legen, um den rechtlichen Erfordernissen an eine urheberrechtliche Anerkennung seiner Arbeiten dennoch gerecht zu werden.⁵⁵³

Beide hier aufgeführten Aspekte - die Begrenzung einer transformativen Nutzung auf die Kritik oder den Kommentar bezüglich des Originals und die ausschließliche Bezugnahme auf die Intention des Appropriationisten zur Feststellung von Sinn und Botschaft der Kunst - stehen konträr zum herrschenden Recht und begrenzen die *fair use* - Analyse in einer Weise, die nicht mit ihrer Funktion, die ihr aus dem Ersten

⁵⁴⁸ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 31.

⁵⁴⁹ Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 5.

⁵⁵⁰ Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 6 f: „Nothing inside the author - his or her intentions or feelings - is now believed to serve as a guarantee of the work’s meaning; rather, that meaning is dependent on the interchange that occurs in the public space of the work’s connection to its viewers.“.

⁵⁵¹ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 32.

⁵⁵² *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (255) (2d Cir. 2006).

⁵⁵³ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 32.

Verfassungszusatz zukommt, vereinbar ist.⁵⁵⁴ Die Arbeiten von Richard Prince sind transformativ.⁵⁵⁵

(2) Kommerzialität

Das Gericht irrte weiter in seiner Annahme, dass auch die Kommerzialität der Arbeiten von Richard Prince gegen eine Annahme von *fair use* spräche. Diese Sichtweise zur Kommerzialität der Nutzung bezog das Gericht auf seine verfehlte Feststellung, dass Richard Prince' Arbeiten nicht transformativ seien. Es ging bei seinen Überlegungen davon aus, dass je weniger ein Werk transformativ sei, desto wichtiger sei für die Beurteilung, ob nach dem ersten Faktor eine faire Benutzung der Werkvorlage vorliegen könne, die Frage, wie viel Kommerzialität sich in dem Zweitwerk wiederfinde.⁵⁵⁶

Da Richard Prince' Arbeiten aber - wie dargelegt - entgegen der Meinung des Gerichts transformativ sind, darf in der *fair use* - Analyse die Kommerzialität der Nutzung weit weniger Berücksichtigung finden, als dies hier in der Erstinstanz der Fall war. Denn anderenfalls würde sogar in den gesetzlichen Beispielsfällen des ersten Satzes von 17 USC § 107 kaum je ein *fair use* anzunehmen sein, da auch in diesen Fällen meist Profitzwecke eine Rolle spielen.⁵⁵⁷ Die Rechtsprechungspraxis bringt der Kommerzialität der Vorlagenbenutzung daher grundsätzlich nur noch eine untergeordnete Rolle entgegen. Das muss insbesondere dann gelten, wenn - wie hier - im Rahmen des ersten Faktors mit Blick auf die Transformativität der Verwendung bereits eine klare Tendenz zu Gunsten der *fair use* - Einwendung besteht.⁵⁵⁸ Der Umstand, dass Künstler und Galerie durch künstlerische Arbeit verdienen, muss vor dem Hintergrund des Nutzens für die Allgemeinheit durch die künstlerische Weiter-

⁵⁵⁴ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 26.

⁵⁵⁵ Der Schutz transformativer Benutzung ist natürlich nur ein Weg, auf dem der *fair use* - Standard die Zwecke des Urheberrechts erfüllt. Eine Aneignung muss nicht transformativ sein, damit sie auch nach *fair use* gerechtfertigt werden kann. Soweit eine Aneignung nur einen minimalen Effekt auf den Markt des benutzten Werkes ausübt, kann sie trotzdem durch *fair use* gedeckt sein, auch wenn es an Transformativität fehlt. Vgl Brief von Google zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 6 FN 4.

⁵⁵⁶ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (350) (S.D.N.Y. 2011).

⁵⁵⁷ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (584) (1994): "If, indeed, commerciality carried presumptive force against a finding of fairness, the presumption would swallow nearly all of the illustrative uses listed in the preamble paragraph of § 107 [...], since these activities are generally conducted for profit in the country [...]".

⁵⁵⁸ Vgl Kapitel 2 A.V.3.a)bb) Seite 81.

bildung der Bevölkerung zurücktreten.⁵⁵⁹ Zuletzt darf nicht verkannt bleiben, dass auch Patrick Cariou durch eine kommerzielle Handlungsweise getrieben war. Beispielsweise veröffentlichte er seine Aufnahmen in einem Fotoband. Patrick Cariou räumte ein, er habe die Fotografien aufgenommen, um sie in diesem Buch zu veröffentlichen.⁵⁶⁰

(3) Charakter der Benutzung

Auch der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts, das Verhalten von Richard Prince wäre im Rahmen der *fair use* - Analyse zu seinen Ungunsten zu werten, kann nicht gefolgt werden.

Das Gericht führte seine Einschätzung darauf zurück, dass Richard Prince seinen Werken Fotografien zugrunde legte, die er mag, unabhängig davon, ob es sich dabei um urheberrechtlich geschütztes Material handelt oder nicht.⁵⁶¹ Zudem habe Richard Prince Patrick Cariou zu keiner Zeit gefragt, ob dieser ihm Nutzungsrechte an seinen Fotoaufnahmen übertragen könne.⁵⁶² Aus diesen Äußerungen des Gerichts kann geschlussfolgert werden, dass es Richard Prince eine gewisse Bösgläubigkeit attestierte, ging es doch in seiner Argumentation davon aus, dass er sich aus bestehenden Urheberrechten wenig mache.

Bezüglich dieser gerichtlichen Würdigung muss zunächst in Zweifel gezogen werden, ob moralische Gesichtspunkte im Rahmen einer *fair use* - Prüfung überhaupt Berücksichtigung finden sollten. Bei der Entstehung des US-amerikanischen Copyright-Laws spielten sie kaum eine Rolle.⁵⁶³ Auch der Eingriff von Urheberrechtsschranken wie des *fair use defense* sei daher ohne Beachtung moralisch-korrekten Verhaltens zu prüfen.⁵⁶⁴ Überlegungen hierzu sollten vielmehr im Rahmen der

⁵⁵⁹ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (254) (2nd Cir. 2006): „Notwithstanding the fact that artists are sometimes paid and museums sometimes earn money, the public exhibition of art is widely and we think properly considered to have value that benefits the broader public interest.“

⁵⁶⁰ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 34.

⁵⁶¹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (351) (S.D.N.Y. 2011).

⁵⁶² *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (351) (S.D.N.Y. 2011).

⁵⁶³ Förster, Fair Use (2008) 53.

⁵⁶⁴ Förster, Fair Use (2008) 53; Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harvard Law Review 1990, 1105 (1126): „Copyright is not a privilege reserved for the well-behaved.“

Rechtsfolgen einer Urheberrechtsverletzung oder bei der Bestimmung der Haftung angestellt werden.⁵⁶⁵

Zudem kann sich die gerichtlich angenommene Bösgläubigkeit im Verhalten von Richard Prince nicht allein aus dem Umstand gewinnen lassen, dass er für seine Nutzung keine Einverständniserklärung beim Urheberrechtsinhaber Patrick Cariou eingeholt hatte,⁵⁶⁶ oder dass er seinen Arbeiten Fotografien zugrunde legte, die er mag, unabhängig davon, ob es sich dabei um urheberrechtlich geschütztes Material handelt oder nicht. Denn wenn die Aneignung im Übrigen durch den *fair use* - Standard gedeckt ist, dann ist für die Benutzung auch keine Genehmigung einzuholen oder zu gewähren.⁵⁶⁷

Damit durften weder die Transformativität noch die Kommerzialität oder der Charakter der Benutzung im Rahmen der *fair use* - Analyse zum Nachteil von Richard Prince gewertet werden.

bb) Faktor 2 - Art des benutzten Werkes

Ebenso kann die erstinstanzliche Einschätzung, wonach Richard Prince der Schutz durch *fair use* in Bezug auf die Art des benutzten Werkes versagt werden müsse, keine Anerkennung finden. Allein die gerichtliche Feststellung, Patrick Carious Werkvorlagen seien hoch originelle und kreative, künstlerische Arbeiten, kann diese Annahme nicht stützen.

Zunächst ging das Gericht in seiner Entscheidung richtigerweise davon aus, dass kreativen Werkvorlagen eine höhere Schöpfungsebene zukommt, so dass urheberrechtliche Eingriffe bei Werken, die faktischer Natur sind, die also auf rein tatsächli-

⁵⁶⁵ Förster, Fair Use (2008) 53; vgl auch Kapitel 2 A.V.3.a)cc) Seite 84.

⁵⁶⁶ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (256) (2nd Cir. 2006): „In any event, the only act of bad faith alleged here is that Koons used Blanch's photograph without first asking her permission. [...]“.

⁵⁶⁷ *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (256) (2d Cir. 2006): „[...] it can hardly be said to have been an act of bad faith for Koons to have neither sought nor been granted permission for the use of „Silk Sandals“ if, as we find, the use is otherwise fair [...]“; *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (585) (1994): “If the use is otherwise fair, then no permission need to be sought or granted.”; Brief von Google zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 17 f.

chen Grundlagen beruhen, in größerem Umfang zulässig sind.⁵⁶⁸ Mit der nachfolgenden einfachen Feststellung, Patrick Carious Fotoaufnahmen seien kreativ und die Anwendung von *fair use* daher ausgeschlossen, schränkte das Gericht den Prüfungsumfang der *fair use* - Analyse indes in unzulässigem Ausmaß ein.⁵⁶⁹ Denn soweit die Originalvorlage als kreativ verstanden werden kann, was hier mit Bezug auf Patrick Carious Fotoaufnahmen zweifelfrei der Fall ist, wird die Anwendung von *fair use* nicht generell ausgeschlossen, sondern lediglich erschwert.⁵⁷⁰

Die schlichte Argumentation des Gerichts, „[...] Cariou’s photos are highly original and creative artistic works and [...] thus fall within the core of the copyright’s protective purpose [...]“,⁵⁷¹ legt jedoch den Schluss nahe, dass es hier indes zu einer direkten Ablehnung der Anwendung von *fair use* für Richard Prince ganz allein auf der Grundlage des Umstandes kam, dass die benutzten Werkvorlagen an sich kreativ sind. Die Verwendung kreativer Werkvorlagen schließt aber einen Rückgriff auf die Rechtfertigungsgründe des *fair use* - Standards nicht per se aus. Das Gericht lässt hier eine wertende Betrachtung vermissen, aus der hervorgeht, warum seiner Meinung nach die Benutzung der kreativen Werkvorlagen, für die der Zugang zu *fair use* nicht generell ausgeschlossen, sondern lediglich erschwert wird, in diesem konkreten Fall nicht durch *fair use* gedeckt ist.

Wie bereits mehrfach betont, ist die Benutzung existierender Bilder sowohl aus der Kunst als auch aus den Massenmedien, ebenso wie in vielen anderen Kunstgenres, wesentlicher Bestandteil der Aneignungskunst.⁵⁷² Diesen Umstand hat das Gericht nicht berücksichtigt. Genau wie die Parodie lebt die Aneignungskunst gerade vom Rückgriff auf bestehende, bekannte und kreative Werkvorlagen. Nur der Umstand

⁵⁶⁸ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (352) (S.D.N.Y. 2011): „[...] whether the work is expressive or creative, such as a work of fiction, or more factual, with a greater leeway being allowed to a claim of fair use where the work is factual or informational [...]“; vgl. auch *New Era Publications v. Carol Publishing* 904 F.2d 152 (157) (2d Cir. 1990): „[...] the scope of fair use is greater with respect to factual than non-factual works [...]“.

⁵⁶⁹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (352) (S.D.N.Y. 2011): „[...] Cariou’s photos are highly original and creative artistic works and [...] thus fall within the core of the copyright’s protective purpose [...]“.

⁵⁷⁰ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (586) (1994): „This factor calls for recognition that some works are closer to the score of intended copyright protection than others, with the consequence that fair use is more difficult to establish when the former works are copied.“; *Sony v. Universal* 410 U.S. 417 (455) (1984): „[...] contrasting motion pictures with new broadcasts [...]“; *Stewart v. Abend* 495 U.S. 207 (237 f) (1990): „[...] contrasting factual short story with factual works [...]“.

⁵⁷¹ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (352) (S.D.N.Y. 2011).

⁵⁷² Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2d Cir.), 02.11.2011, 19.

eines solchen Rückgriffs allein rechtfertigt hier nicht den Ausschluss von *fair use*.⁵⁷³ Eine derartige strikte Handhabe, also die Begrenzung des *fair use* - Standards auf Werke, die faktischer Natur sind, die auf rein tatsächlichen Grundlagen beruhen, würde dem Sinn der Urheberrechts zuwider laufen, soll es doch die kreative künstlerische Entfaltung fördern und nicht ersticken.⁵⁷⁴

Auch aus der Art des benutzten Werkes ergaben sich daher keine Anhaltspunkte, Richard Prince die urheberrechtliche Rechtfertigung seiner Arbeiten zu verwehren.

cc) Faktor 3 - Umfang und Gewichtigkeit der benutzten Vorlage

Ebenfalls kann der gerichtlichen Ansicht nicht gefolgt werden, wonach die Verwendung von Patrick Carious Fotoaufnahmen in Hinsicht auf Umfang und Gewichtung der benutzten Vorlage nicht als *fair use* gerechtfertigt werden kann.

Das Gericht begründete seine Einschätzung damit, Richard Prince habe sich in einer Reihe von Arbeiten ganze Fotografien angeeignet, während er in der Mehrzahl seiner Werke zudem auf zentrale Figuren der benutzten Fotoarbeiten zurückgegriffen hätte. Dieser Überlegung liegt die allgemeine Auffassung zugrunde, dass die Möglichkeiten einer fairen Benutzung abnehmen, je umfangreicher das Originalwerk bei der Übernahme in Anspruch genommen wird.⁵⁷⁵

Zu dieser generellen Annahme führen in erster Linie wirtschaftliche Aspekte. Denn nach dem Verständnis des US-amerikanischen Copyright-Laws steigt beim Vorlagenschöpfer die Wahrscheinlichkeit registrierbarer ökonomischer Auswirkungen, je mehr durch den Vorlagenbenutzer verwendet wird.⁵⁷⁶ Das Ausmaß der Inanspruchnahme in der *fair use* - Analyse kann also immer dann keine Rolle spielen, wenn tatsächlich ökonomische Auswirkungen durch die Verwendung nicht nachgewiesen sind.⁵⁷⁷ Das ist hier der Fall. Denn ohne einen Vorgriff auf die noch folgende Auseinandersetzung mit dem vierten Abwägungsfaktor vornehmen zu wollen, muss aus

⁵⁷³ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (586) (1994): „This fact, however, is not much help in this case [...], since parody almost invariably copy publicly known, expressive works [...]“.

⁵⁷⁴ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (579) (1994): „[...] the goal of copyright, to promote science and the arts [...]“.

⁵⁷⁵ Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 Harvard Law Review 1990, 1105 (1122); *Association of American Medical Colleges v. Mikaelian* 571 F.Supp. 144 (153) (E.D. Pa.).

⁵⁷⁶ Förster, *Fair Use* (2008) 62.

⁵⁷⁷ Leval, *Fair Use or Foul?* 36 Journal of the Copyright Society of the USA 1989, 167 (174): „This factor is probably significant only as a clue to the final factor - market impact.“.

gegebenem Anlass an dieser Stelle bereits jetzt festgehalten werden, dass Richard Prince - ebenfalls entgegen der Auffassung des Gerichts - mit seinen Arbeiten weder den aktuellen noch den potentiellen originären oder sekundären Markt für Patrick Carious Fotoaufnahmen nachweislich beschädigt hat.⁵⁷⁸

Aus dieser unverkennbaren Nähe des dritten Faktors zum noch folgenden vierten Prüfungsschritt ergibt sich für die *fair use* - Analyse ferner, dass dem dritten Faktor im Vergleich zu den weiteren Faktoren keine allein entscheidende Bedeutung zukommen kann. Er ist im Lichte der übrigen Faktoren zu werten. Der Umfang der Übernahme ist nur ein Teil einer weitaus umfassenderen *fair use* - Prüfung. Das Verhältnis zwischen Vorlage und Nachschöpfung allein kann daher nicht per se den Ausschlag für oder gegen eine zulässige Benutzung der Originalschöpfung geben.⁵⁷⁹ So kann es letztlich nicht verwundern, dass in Einzelfällen gar die komplette Übernahme des Ursprungswerkes zulässig sein kann.⁵⁸⁰

Zuletzt wurde bereits bezüglich der Transformativität der Nutzung deutlich herausgestellt, dass die ausschließliche Bezugnahme auf die Intention des Appropriationisten zur Feststellung von Sinn und Botschaft der Kunst nicht ausreichen kann.⁵⁸¹ Und so dürfen ebenfalls nicht schon allein aus dem Umstand, dass der Vorlagenverwender es im Rahmen seiner Arbeit für wichtig hält, ganz bestimmte Werkelemente aus der Vorlage zu übernehmen, Rückschlüsse auf deren Wichtigkeit im Allgemeinen gezogen werden.⁵⁸² Diesbezüglich hat das Gericht jedoch keine Ausforschung betrieben.

Nach allem kann sich auch aus dem Ausmaß der Verwendung die Zurückweisung der Rechtfertigung nach *fair use* für Richard Prince nicht ergeben.

⁵⁷⁸ Ausführlich dazu folgend unter Kapitel 2 B.III.2.c)dd) Seite 128.

⁵⁷⁹ Förster, Fair Use (2008) 62.

⁵⁸⁰ *Sega Enterprises v. Accolade* 977 F.2d 1510 (1526) (9th Cir. 1992): „The fact that an entire work was copied does not, however, preclude a finding a fair use.“; *Sony v. Universal* 464 U.S. 417 (449 f) (1984): „[...] reproduction of entire work does not have its ordinary effect of militating against a finding of fair use [...]“; *Harper & Row v. Nation Enterprises* 471 U.S. 539 (564) (1985): „[...] even substantial quotations might qualify as fair use in a review of a published work or a news account of a speech [...]“.

⁵⁸¹ Vgl Kapitel 2 B.III.2.c)aa)(1) Seite 118.

⁵⁸² *Nimmer/Nimmer, Nimmer on Copyright*, § 13.05 (A) (3); *Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting* 305 F.3d 924 (941) (9th Cir. 2002).

**dd) Faktor 4 - Auswirkung der Benutzung auf das Marktpotential
bzw den Wert der benutzten Vorlage**

Zuletzt wertete das Gericht auch die Auswirkung der Benutzung auf das Marktpotential bzw den Wert der benutzten Vorlage gegen Richard Prince. Und auch in diesem letzten Prüfungspunkt zur *fair use* - Analyse kann die gerichtliche Auffassung aus der ersten Instanz nicht halten.

Denn das Gericht stützte seine Erkenntnisse mit Blick auf den originären Markt der Werkvorlage nur auf den Umstand, dass eine geplante Ausstellung und der damit verbundene Verkauf der Fotografien in Christiane Celles New Yorker Galerie nicht stattfanden.⁵⁸³ Bezüglich des sekundären Marktpotentials führte das Gericht der ersten Instanz aus, dass die breite und unlizenzierte Verwendung neuer Kunst den Markt für solche Lizenzierungen der Originalwerke zerstöre, die für die Weiterverwendung durch andere Künstler jene Art von sekundärer Nutzung sei, die Schöpfer der Originale im Normalfall entwickeln. Dabei sei der potentielle Markt für das originäre Werk und auch für dessen Folgenutzungen selbst dann zu berücksichtigen, wenn der Künstler gar entscheide, sein Werk zu Lebzeiten nicht zu veröffentlichen. Seine Rechte, seine Meinung zur Veröffentlichung jederzeit ändern zu dürfen, und die Möglichkeit, seine Arbeit jederzeit verkaufen zu können, müssten erhalten bleiben.⁵⁸⁴

Der öffentliche Nutzen aus der Zulassung der Verwendung von Fotografien in neuen Arbeiten ist offensichtlich und substantiell.⁵⁸⁵ Die Grundlage hierfür bildet das Informationsrecht der Öffentlichkeit und das Bedürfnis nach Bewahrung des freien und offenen Austauschs von Ideen als Ausfluss des Ersten Verfassungszusatzes.⁵⁸⁶ Demgegenüber bleiben die Auswirkungen durch die Vorlagenverwendung auf den Markt für die Arbeiten von Patrick Cariou rein spekulativ. Selbst wenn Patrick Cariou tatsächlich eine Möglichkeit zu einer Ausstellung mit verbundenem Verkauf seiner Arbeiten in einer bestimmten Galerie verloren haben sollte, gibt es keine Hinweise darauf, dass der Wert von Patrick Carious Arbeiten oder der Markt für deren Verkauf beeinflusst wurden.⁵⁸⁷ Vielmehr räumte Patrick Cariou ein, er habe die Fotogra-

⁵⁸³ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (353) (S.D.N.Y. 2011).

⁵⁸⁴ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (353) (S.D.N.Y. 2011).

⁵⁸⁵ Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 8.

⁵⁸⁶ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 35.

⁵⁸⁷ Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 8.

fien aufgenommen, um sie in einem Buch zu veröffentlichen. Zum Umfang des individuellen Verkaufs der Fotoaufnahmen legte Patrick Cariou lediglich dar, dass er nur sporadische Verkäufe an ihm privat bekannte Personen getätigt habe.⁵⁸⁸ Es gibt keinen tatsächlichen Nachweis dafür, dass Patrick Cariou jemals Abzüge seiner Arbeiten in der Öffentlichkeit verkauft hat.⁵⁸⁹ Es gibt auch keinen konkreten Nachweis dazu, dass Patrick Cariou irgendeinen Verkauf seiner Aufnahmen nicht hätte tätigen können oder dass der Wert dieser Verkäufe irgendwie gemindert wurde.⁵⁹⁰

Tatsächlich wurden durch die Benutzung der Fotoaufnahmen durch Richard Prince und den hieraus folgenden Gerichtsprozess mehr Menschen auf Patrick Carious Arbeiten aufmerksam. Durch Richard Prince' Handlungen entstand kein nachweisbarer Schaden für Patrick Carious Karriere und der Wert der Fotoaufnahmen wurde schlichtweg nicht geschwächt.⁵⁹¹ Richard Prince' Arbeiten bedienen einen Markt, der den von Patrick Carious Fotografien nicht tangiert und den Patrick Cariou selbst mit Lizenzierungen seiner Fotoaufnahmen nicht erreichen würde.⁵⁹²

Damit hat Richard Prince mit seinen Arbeiten auch den sekundären Markt für Patrick Carious Fotoaufnahmen nicht beschädigt. Nicht nur, weil er ihn nicht erreicht, sondern insbesondere auch, weil dies im Übrigen voraussetzen würde, dass man alle sekundären Märkte vor Nachteilen schützen könne.⁵⁹³ Das ist aber unmöglich. Der sekundäre Markt ist nicht nur nicht für Kritiken schützbar.⁵⁹⁴ Er ist auch bei transformativer Aneignung nicht für die Urheberrechtsinhaber reserviert. Denn anderenfalls könnten die Rechteinhaber immer die Benutzung ihrer Fotoaufnahmen in Medien wie der Collage im Rahmen neuer Werke, die sie nicht mögen, verhindern.⁵⁹⁵ Das würde indes der Entwicklung der Kunst und den Aufgaben, die die Kunst in der Gesellschaft übernimmt, entgegenstehen. Dem Künstler kann mit Blick auf den Ersten Verfassungszusatz nicht abverlangt werden, dass er für eine Vielzahl der Fotoaufnahmen, die er verwenden möchte, erhebliche Kosten für eine Li-

⁵⁸⁸ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 35.

⁵⁸⁹ Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 8.

⁵⁹⁰ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 35.

⁵⁹¹ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 35.

⁵⁹² Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 9.

⁵⁹³ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 36.

⁵⁹⁴ *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (592) (1994): „[...] there is no protectable derivative market for criticism [...]“.

⁵⁹⁵ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 36 f.

zenzierung einplant und zudem im Zweifelsfall jedes Mal einen Anwalt konsultiert, um die urheberrechtlichen Gegebenheiten abzuklären. Seine künstlerische Freiheit wäre zu weit limitiert. Nur kommerziell erfolgreiche Künstler, wie etwa Richard Prince, könnten derartige Aufwände tragen.⁵⁹⁶

ee) Zusammenfassende Einschätzung

Nach allem ist die bisherige Anwendung des *fair use* - Standards durch das Gericht der ersten Instanz nicht mit den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen und den zuvor entsprechend mit Präzedenzkraft ergangenen Gerichtsentscheidungen vereinbar. Eine Beibehaltung der Auslegungsregel aus der ersten Instanz würde einen unangemessen restriktiven *fair use* - Standard begründen.⁵⁹⁷ Die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts war in diesem Sinn und im Einklang mit dem geltenden Recht abzuändern.

Grundsätzlich müssen auch die öffentlichen Interessen und die Interessen des dem Vorwurf der Urheberrechtsverletzung ausgesetzten Künstlers in der *fair use* - Analyse ausreichend Beachtung finden. Das Gericht muss einen klaren Hinweis darauf finden, dass durch die geltend gemachte Urheberrechtsverletzung spezielle und irreparable Schäden entstanden sind, die diese Interessen merklich überstrahlen.⁵⁹⁸ Dies ist hier dem Gericht in der ersten Instanz nicht gelungen.

Auf der Grundlage des Ersten Verfassungszusatzes, des hieraus folgenden Informationsrechts der Öffentlichkeit und des damit verbundenen Bedürfnisses nach Bewahrung des freien und offenen Austauschs von Ideen, hat zunächst die Öffentlichkeit selbst ein besonderes Interesse am Zugang zur Kunst. Diese Interessen werden nicht vermindert, nur weil ein Urheberrecht geltend gemacht wird. Sie bleiben bestehen, soweit die Arbeit des vermeintlichen Urheberrechtsverletzers zusätzliche Eindrücke vermittelt.⁵⁹⁹ Die Öffentlichkeit hat ein wesentliches Interesse daran, den Ausdruck und die Vorstellungen, die mit Richard Prince' Arbeiten verbunden

⁵⁹⁶ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 37.

⁵⁹⁷ Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, 2.

⁵⁹⁸ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 39.

⁵⁹⁹ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 40.

sind, zu entdecken und kennenzulernen. Das gilt sogar dann, wenn die Urheberrechtsverletzung tatsächlich gerichtlich festgestellt worden wäre.⁶⁰⁰

Mit Blick auf Richard Prince ignorierte das anerkennende Gericht der ersten Instanz dessen Rechte auf freie Meinungsäußerung sowie seine gesetzlichen Urheberrechte und wirtschaftlichen Interessen. Der Umstand, dass der Inhalt oder der Sinn der Arbeiten von Richard Prince möglicherweise schwer zu erkennen sind, vermag diese Rechte und Interessen nicht einzuschränken, auch wenn er bei seinen künstlerischen Äußerungen zum Teil auf Elemente von Patrick Cariou Fotoaufnahmen zurückgriff.⁶⁰¹

Richard Prince muss aufgrund der bestehenden Umstände das Recht verbleiben, seine Ansichten zu teilen, seine Sicht wiedergeben zu dürfen, die er sich mit Hilfe von Patrick Cariou Fotoaufnahmen erarbeitet hat. Bezüglich seiner wirtschaftlichen Interessen mag man trefflich darüber streiten können, welcher Anteil an den hohen Verkaufserlösen seiner Kreativität und Ausdrucksweise zufällt und wie viel hiervon letztlich auf seine zwischenzeitlich erlangte Reputation zurückzuführen ist. Sicher ist indes, dass das Gericht den gesamten Wert der Arbeiten zum Vorlagenschöpfer hin verlagerte, indem es aussprach, Richard Prince habe seine Arbeit komplett abzuliefern und sie an Patrick Cariou zu übergeben.⁶⁰² Schließlich sollte dem erstinstanzlichen Urteil zufolge Patrick Cariou selbst entscheiden, wie mit den Arbeiten verfahren werden soll.⁶⁰³ Dies stellte für ihn einen unerwarteten wirtschaftlichen Gewinn dar, der mit den finanziellen Ausgleichsmöglichkeiten, welche im Copyright Act mit Hinblick auf 17 USC § 504 vorgesehen sind, nicht vereinbar ist. Dort geht das Gesetz davon aus, dass der erlangte Profit aufgrund einer Rechtsverletzung dieser zurechenbar sein muss („[...] any profits of the infringer that are attributable to the infringement [...]“).⁶⁰⁴

Durch die gerichtliche Anordnung, dass Richard Prince' Arbeiten zu zerstören sind, soweit Patrick Cariou keine anderslautende Verfahrensweise wähle, wurde Richard Prince zudem das gesetzlich verbriefte Recht genommen, eine solche Zerstörung

⁶⁰⁰ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 41.

⁶⁰¹ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 42.

⁶⁰² Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 43.

⁶⁰³ *Cariou v. Prince* 784 F.Supp.2d 337 (355) (S.D.N.Y. 2011): „The Defendants shall [...] deliver up for impounding, destruction, or other disposition, as Plaintiff determines, all infringing copies of the Photographs [...]“.

⁶⁰⁴ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 43.

zu verhindern. 17 USC § 106A schreibt vor, dass der Autor eines Werkes das Recht haben sollte, jede Zerstörung seiner Arbeit verhindern zu können („[...] the author of a work of visual art [...] shall have the right [...] to prevent any destruction of a work of recognized stature [...]").⁶⁰⁵

Patrick Cariou lieferte keinen Nachweis, durch das Verhalten von Richard Prince eingeschränkt zu sein. Er konnte seine Meinung frei äußern. Er konnte seine Fotografien ohne Bedrängnis aufnehmen und publizieren. Er kann sie ausstellen und verkaufen. Er hat keinen erkennbaren und spezifischen Schaden erlitten.⁶⁰⁶ Aber nur die klare Demonstration eines solchen erkennbaren und spezifischen Schadens kann hier die öffentlichen Interessen und die von Richard Prince verdrängen.⁶⁰⁷

Patrick Cariou konnte seinen Angaben zufolge nur eine Galerie nennen, in der es vorübergehend unmöglich war, seine Arbeiten zu zeigen. Die gerichtliche Entscheidung in der ersten Instanz versuchte daraufhin den Eindruck zu vermitteln, dass er allein auf diese Konsequenzen beschränkt bleiben und für seine Arbeiten zukünftig keine Ausstellungen, Verkäufe oder Lizenzierungen mehr realisieren würde. Ganz im Gegenteil aber kann aus diesen Umständen gerade keine allgemeine Einschränkung dieser Rechte und Möglichkeiten gefolgert werden. Vielmehr hat Patrick Cariou darüber hinaus zu keiner Zeit dargetan oder erklärt, inwieweit Richard Prince' Arbeiten einen Ersatz seiner Fotoaufnahmen oder seines Buches bilden und ihm dadurch ein Schaden entstanden ist.⁶⁰⁸ Patrick Cariou hat mit seinen Fotografien komplett andere Arbeiten erstellt als Richard Prince mit seinen Werken.⁶⁰⁹

d) Die Entscheidung des Berufungsgerichts

Allen bis hierher aufgeführten Argumenten verschloss sich auch das Berufungsgericht nicht. Es stellte schlicht fest: „[...] the district court's legal premise was not correct.“⁶¹⁰

(1) Das Berufungsgericht bestätigte, dass das Urheberrecht für die Transformativität des Zweitwerkes keinen Kommentar gegenüber dem Ursprungswerk oder dessen

⁶⁰⁵ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 44.

⁶⁰⁶ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 44.

⁶⁰⁷ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 45.

⁶⁰⁸ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 46.

⁶⁰⁹ Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, 47.

⁶¹⁰ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 12 Zeilen 7-8.

Autor fordert. Ein Zweitwerk könne eine faire Benutzung darstellen, auch wenn ein von der Kritik verschiedener Zweck verfolgt wird.⁶¹¹ Gefordert ist nur, dass die Nachschöpfung einen neuen Ausdruck, eine neue Meinung oder Message vermitteln muss.⁶¹² Auf der Grundlage dieser Überlegungen hielt das Berufungsgericht fest, dass bis auf fünf Arbeiten, die einer separaten Diskussion zugeführt werden sollen, alle weiteren 25 Werke von Richard Prince zweifelsfrei transformativ sind, da sie eine von Patrick Carious Fotoaufnahmen vollständig verschiedene Ästhetik manifestieren.⁶¹³ Die ruhigen und bewusst komponierten Porträt- und Landschaftsfotografien Patrick Carious zeigen die natürliche Schönheit der Rastafarians und die sie umgebende Umwelt. Richard Prince' schrille und grelle Arbeiten dagegen sind hektisch und provokant.⁶¹⁴ Patrick Carious schwarz-weiß Fotoaufnahmen wurden in einem Buch abgedruckt. Richard Prince hingegen erstellte bis zu hundertfach vergrößerte, farbige Collagen auf Leinwänden, die Menschen verfälscht und zusätzliche Formen und Situationen abbilden. Richard Prince' Kompositionen sind gegenüber Patrick Carious Arbeiten fundamental unterschiedlich und neu.⁶¹⁵

(2) Entgegen der Ansicht der ersten Instanz und der Patrick Carious ist nicht nur keine Kommentierung der Fotoaufnahmen Patrick Carious oder eine Bezugnahme auf Patrick Cariou als deren Autor in Richard Prince' Werken gefordert. Es kommt nicht einmal darauf an, was Richard Prince als Ersteller der Nachschöpfung selbst über seine Arbeiten aussagt. Ausschlaggebend allein ist, wie das Zweitwerk einem vernünftigen Betrachter erscheint.⁶¹⁶ „Rather than confining our inquiry to Richard Prince's explanations of his artworks, we instead examine how the artworks may “reasonably be perceived” in order to assess their transformative nature. [...] The focus of our infringement analysis is primarily on the Richard Prince artworks themselves, and we see twenty-five of them as transformative as a matter of law.”⁶¹⁷

⁶¹¹ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 12 Zeilen 8-10.

⁶¹² *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 12 Zeilen 13-14; so auch *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (579) (1994); *Blanch v. Koons* 467 F.3d 244 (253) (2nd Cir. 2006); *Castle Rock v. Carol Publishing Group* 150 F.3d 132 (142) (2d Cir. 1994).

⁶¹³ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 12 Zeilen 18-19.

⁶¹⁴ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 12 Zeilen 19-22.

⁶¹⁵ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 12 Zeile 22 bis Seite 13 Zeile 4.

⁶¹⁶ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 14 Zeilen 4-7.

⁶¹⁷ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 14 Zeilen 8-13.

(3) Aufgrund seiner Feststellungen zur Transformativität der durch Richard Prince erfolgten Werknutzung maß das Berufungsgericht dem kommerziellen Charakter der Nachschöpfung keine große Relevanz mehr bei. Mit den Maßgaben des Supreme Courts stellte das Gericht darauf ab, dass die Kommerzialität der Nutzung umso mehr an Signifikanz für die urheberrechtliche Einordnung von Richard Prince' Arbeiten verliert, je transformativer die zu bewertenden Arbeiten sind.⁶¹⁸ Mit der konstatierten Transformativität der Nachschöpfungen blieb deren kommerzieller Charakter damit ohne Auswirkungen auf die Entscheidung.⁶¹⁹

(4) Entgegen der Auffassung der ersten Instanz stellte das Berufungsgericht weiter heraus, dass es bei der Beurteilung der Auswirkungen der Nachschöpfung auf den Markt der Werkvorlage nicht darauf ankommen kann, ob das Zweitwerk jenen Markt des Ausgangswerks verdrängt oder gar zerstört. Allein entscheidend ist, ob die Nachschöpfung sich dieses Marktes bemächtigt, sich ihn aneignet, ihn übernimmt.⁶²⁰ Dies könne nach Einschätzung des Berufungsgerichts nur dann der Fall sein, wenn sich das Zielpublikum und die Inhalte von Werkvorlage und Nachschöpfung gleichen.⁶²¹ Das trifft für Richard Prince' Arbeiten nicht zu, auch wenn er bedeutsame Teile der Fotografien Patrick Carious übernommen hat. Das Publikum beider Künstler ist absolut verschieden. Es gibt auch keine Anhaltspunkte, dass Richard Prince' Werke den Markt für Patrick Carious Arbeiten je berührt haben.⁶²²

(5) Und auch die Ansicht der ersten Instanz, Richard Prince' Übernahmen gingen weiter als für seine Arbeiten notwendig, konnte das Berufungsgericht nicht teilen. „In

⁶¹⁸ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 16 Zeilen 1-3; *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (579) (1994).

⁶¹⁹ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 16 Zeilen 3-5: „Although there is no question that Prince's artworks are commercial, we do not place much significance on that fact due to the transformative nature of the work.”

⁶²⁰ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 16 Zeilen 15-19.

⁶²¹ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 16 Zeile 22 bis Seite 17 Zeile 2.

⁶²² *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 18 Zeile 1-13: „Prince's work appeals to an entirely different sort of collector than Cariou's. Certain of the Canal Zone artworks have sold for two million or more dollars. The invitation list for a dinner that Gagosian hosted in conjunction with the opening of the Canal Zone show included a number of the wealthy and famous such as the musicians Jay-Z and Beyonce Knowles, artists Damien Hirst and Jeff Koons, professional football player Tom Brady, model Gisele Bundchen, Vanity Fair editor Graydon Carter, Vogue editor Anna Wintour, authors Jonathan Franzen and Candace Bushnell, and actors Robert DeNiro, Angelina Jolie, and Brad Pitt. Prince sold eight artworks for a total of \$10,480,000, and exchanged seven others for works by painter Larry Rivers and by sculptor Richard Serra. Cariou on the other hand has not actively marketed his work or sold work for significant sums, and nothing in the record suggests that anyone will not now purchase Cariou's work, or derivative non-transformative works (whether Cariou's own or licensed by him) as a result of the market space that Prince's work has taken up. This fair use factor therefore weighs in Prince's favour.”

any event, the law does not require that the secondary artist may take no more than is necessary.⁶²³ Nicht nur die Quantität, sondern auch die Qualität und die Bedeutung des übernommenen Materials für die Werkvorlage sind zu berücksichtigen.⁶²⁴ Der Nachschöpfung muss belassen werden, genug der Vorlage entnehmen zu dürfen, um für sich selbst einen transformativen Charakter erzeugen zu können.⁶²⁵ Auch wenn Richard Prince Schlüsselteile aus bestimmten Arbeiten Patrick Carious für sich benutzte, überführte er diese Fotografien doch in etwas Neues, von den Werkvorlagen Verschiedenes.⁶²⁶

(6) Dies stellte die Berufungsinstanz jedenfalls für 25 der 30 Arbeiten zweifelsfrei fest. Nach Ansicht des Gerichts bedürfen jedoch noch fünf der Arbeiten von Richard Prince⁶²⁷ einer genaueren Untersuchung. Denn sie unterscheiden sich aus gerichtlicher Sicht nicht in einer Weise von ihren Werkvorlagen, aus der sicher entschieden werden könne, ob bei diesen Nachschöpfungen ein transformativer Charakter als Voraussetzung für ihre urheberrechtliche Anerkennung vorläge. Obwohl Richard Prince auch in diesen fünf Einzelfällen minimale Änderungen vorgenommen hat, die seine Arbeiten auch hier in einem anderen Zusammenhang als Patrick Carious klassische Porträt- und Landschaftsfotografien erscheinen lassen, wollte das Gericht nicht entscheiden, ob auch diese Werke - wie die übrigen Arbeiten - einen neuen Eindruck, eine neue Meinung oder Message vermitteln.⁶²⁸

Das Berufungsgericht hat die gerichtliche Entscheidung bezüglich dieser fünf Arbeiten stattdessen an die erste Instanz zurückverwiesen.⁶²⁹ Die entsprechende Urteilsfindung steht noch aus. Sie wird klären müssen, ob auch relativ geringe Änderungen in der Nachschöpfung im Hinblick auf die Werkvorlage einen transformativen Charakter des Zweitwerkes erzeugen können und damit eine Rechtfertigung durch *fair use* erreicht werden kann.

⁶²³ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 20 Zeilen 3-4; vgl. auch *Campbell v. Acuff-Rose* 510 U.S. 569 (588) (1994); *Leibowitz v. Paramount Pictures* 137 F.3d 109, 114 (2d Cir. 1998).

⁶²⁴ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 20 Zeilen 4-6.

⁶²⁵ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 20 Zeilen 6-7.

⁶²⁶ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 20 Zeilen 8-10.

⁶²⁷ Hierbei handelt es sich um die Arbeiten *Graduation*, Abbildung 31; *Canal Zone (2007)*, Abbildung 33; *Canal Zone (2008)*, Abbildung 35; *Meditation*, Abbildung 38; *Charlie Company*, Abbildung 39.

⁶²⁸ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 20 Zeilen 12-19.

⁶²⁹ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 22 Zeilen 7-10; Seite 23 Zeilen 5-7.

C. Zusammenfassung zu Kapitel 2

Im US-amerikanischen Copyright-Law muss sich die Zulässigkeit der Aneignungskunst an den Vorschriften des *fair use defense* nach 17 USC § 107 messen lassen. Hierbei handelt es sich um einen einfachgesetzlichen Rechtfertigungstatbestand, der im Wesentlichen durch vier Abwägungsfaktoren gekennzeichnet ist; den Zweck und die Art der Vorlagenverwendung, die Art des benutzten Werkes, den Umfang und die Gewichtigkeit der gebrauchten Vorlage sowie die Auswirkung der Benutzung auf das Marktpotential bzw den Wert der verwendeten Erstschöpfung.

Unabhängig von diesen gesetzlich vorgegebenen Prüfungspunkten verbleibt es im Rahmen jeder *fair use* - Analyse immer bei einer Einzelfallentscheidung, in der alle bestehenden Umstände der richterlichen Abwägung zugeführt werden müssen. Diese Abwägung hat im Lichte der Verfassung und des Zwecks des Copyright-Laws, nämlich der Förderung kreativer künstlerischer Entfaltung, zu erfolgen. Die bisherige gerichtliche Praxis zeigt, dass die Diskussion über die rechtliche Einordnung der Appropriation Art in das System des Copyright-Laws bereits eine Vielzahl an Erkenntnissen zutage gefördert hat, jedoch bis heute noch zu keinem Abschluss gekommen ist.

In *Rogers v. Koons*, der ersten bemerkenswerten Entscheidung zur Aneignungskunst in der US-amerikanischen Rechtsprechungspraxis, versagte das urteilende Gericht der Appropriation Art noch jegliche urheberrechtliche Anerkennung und stützte seine Überlegungen dabei im Wesentlichen auf den Umstand der Kommerzialisierung der Nachschöpfung. In der Folgezeit bestätigte der Supreme Court in *Campbell v. Acuff-Rose* indes, dass ein Profitzweck allein eine Privilegierung als *fair use* nicht generell auszuschließen vermag. Vielmehr würde der in der *fair use* - Analyse zu berücksichtigende Aspekt der Transformativität den Gesichtspunkt der Kommerzialisierung relativieren.

Unter diesen Umständen verlor die Entscheidung *Rogers v. Koons* wesentlich an rechtlicher Bindungskraft. In *Blanch v. Koons* wendete das Gericht dann die durch den Supreme Court in *Campbell v. Acuff-Rose* aufgestellten Grundsätze erstmals auf die Appropriation Art an und wertete die *fair use* - Betrachtung nun zu Gunsten der Aneignungskunst. Dabei bezog das Gericht im Rahmen der Prüfung der Transformativität der Werknutzung insbesondere auch die konzeptuellen Verlagerungen,

die durch die Aneignung fremder Werke oder Werkteile entstehen, in seine Überlegungen mit ein. Dem hingegen maß es der finanziellen Motivation der Aneignung nunmehr weit weniger Gewicht bei.

Dieser Entwicklung in der Rechtspraxis entgegen steht zunächst die Entscheidung zur Aneignungskunst durch das Bundesbezirksgericht New York in Sachen *Cariou v. Prince* aus dem Jahr 2011, wo sich das Gericht wiederum gegen die Anerkennung der Werkaneignung im Rahmen von *fair use* aussprach. Die Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung hat jedoch gezeigt, dass die *fair use* - Analyse hier im Ergebnis zugunsten des Aneignungskünstlers hätte ausfallen müssen.

Zwar hatte das Gericht in *Cariou v. Prince* die Transformativität der Werknutzung in seine Überlegungen einbezogen und war damit den grundsätzlichen Vorgaben des Supreme Courts aus *Campbell v. Acuff-Rose* gefolgt. Jedoch begrenzte es die transformative Nutzung auf die Kritik oder den Kommentar bezogen auf das Original und erkannte nicht, dass stattdessen eine Meinung, ein Zweck, getrennt und individuell zum Original für die Annahme eines transformativen Charakters der Werkaneignung ausreicht. Fehlerhaft war zudem die ausschließliche Bezugnahme auf die Intention des Aneignungskünstlers zur Feststellung von Sinn und Botschaft der Kunst. Auf diese Weise war es dem Gericht nicht möglich, die konzeptuellen Verlagerungen als Charakter der Aneignungskunst zu erkennen und richtig zu werten. Denn der transformative Ausdruck einer Nachschöpfung kann grundsätzlich nur aufgrund der Untersuchung der Arbeit selbst und ihrer Wahrnehmung durch einen verständigen Betrachter herausgearbeitet werden. Die Intention des Künstlers kann das Gericht dabei nur unterstützen, den transformativen Sinngehalt des Zweitwerkes zu erfassen. Ausgehend vom Verkennen der Transformativität der Nutzung räumte das Gericht dann der Kommerzialität der Verwertung einen viel zu weiten Spielraum ein, den es aber aufgrund der Präzedenzkraft der *Campbell*-Entscheidung des Supreme Courts gar nicht gibt. Das Gericht übersah, dass die Nachschöpfungen einen Markt bedienen, den die Vorlage nicht erreichen würde.

Nach allem sind die entscheidenden Anknüpfungspunkte bei der Prüfung des *fair use* - Standards im Rahmen der urheberrechtlichen Anerkennung der Appropriation Art einerseits die Transformativität der Aneignung, bei der es nicht darauf ankommt, ob die Nachschöpfung das Original direkt kommentiert, sondern es ausreicht, dass eine allgemeine und von einem künstlerischen Zweck getragene Aussage getroffen

wird, und andererseits die Frage danach, ob mit der Aneignung eine schädliche Auswirkung auf den potentiellen Markt der Vorlage einhergehe, was allein dann der Fall ist, wenn das Folgewerk einen wirtschaftlichen Ersatz für die Vorlage darstellt.

Diese Aspekte wurden durch das Bundesberufungsgerichts des 2. Bezirks in Sachen *Cariou v. Prince* allesamt aufgegriffen und führten in der Berufungsinstanz zu einer Abänderung der Entscheidung aus der ersten Instanz. Nach Auffassung des Gerichts bedürfen lediglich noch fünf der 30 Arbeiten von Richard Prince einer weiteren Untersuchung hinsichtlich ihres transformativen Charakters und ihrer damit verbundenen Möglichkeit einer urheberrechtlichen Rechtfertigung nach *fair use*. Da aber, wie vom Berufungsgericht selbst festgestellt,⁶³⁰ auch diese Arbeiten, wenn auch nur geringe, Änderungen im Hinblick auf die Werkvorlage aufweisen, wird schwer von der Hand zu weisen sein, dass auch sie einem verständigen Betrachter einen neuen Eindruck vermitteln und sie damit, wie alle anderen 25 Arbeiten auch, einen transformativen Charakter erhalten, der ihre urheberrechtliche Rechtfertigung nach *fair use* schlussendlich ebenfalls ermöglicht.

⁶³⁰ *Cariou v. Prince* 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite 22 Zeile 8: „[...] such relatively minimal alterations [...]“.

Kapitel 3

Appropriation Art im österreichischen Urheberrecht

A. Gesetzliche Grundlagen zur Untersuchung des österreichischen Rechts

I. Urheberrechtliche Grundlagen zur Einordnung der Appropriation Art

1. Urheberververwertungsrechte

„Plagiiere ist notwendig, Fortschritt setzt es voraus.“

Michaelis Pichler⁶³¹

„Eine Sonderregelung [...] zugunsten der Appropriation Art kennt die österreichische Rechtsordnung nicht.“⁶³² Die Zulässigkeit der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke im Rahmen der Appropriation Art gründet sich stattdessen grundsätzlich auf die allgemeinen Bestimmungen, im Besonderen auf die §§ 1, 5, 14 ff, 21 und 60 UrhG. Fraglich und hieran zu messen ist, „[...] unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang ein zustimmungs- und vergütungsfreier Zugriff auf fremdgeschaffene Werke erlaubt ist [...]“.⁶³³ „Wann handelt es sich um eine unfreie Bearbeitung im Sinn der §§ 5 Abs 1 und 21 Abs 1 UrhG [...] und wann um eine sogenannte "freie Benutzung", bei der in Anlehnung an das Originalwerk ohne Zustimmung des Urhebers ein völlig neues Werk im Sinn des § 5 Abs 2 UrhG [...] geschaffen wird?“⁶³⁴ Möglicherweise kann gar die analoge Anwendung des Zitatrechts im Sinne der §§ 46 Z 1, 54 Abs 1 Z 3a UrhG für die Rechtfertigung der Appropriation Art herangezogen werden.

2. Urheberpersönlichkeitsrechte

Neben der Verletzung der Verwertungsrechte des Vorlagenschöpfers können durch die Aneignung seiner Vorlage auch dessen Urheberpersönlichkeitsrechte beeinträchtigt sein. Diese umfassen neben der Befugnis des Veröffentlichungsrechts

⁶³¹ Pichler, Statements zur Appropriation, Statement 11, http://www.geisteswissenschaften.fu-berlin.de/we03/veranstaltungen/Workshop/Workshop_Literaturwerkstatt/Pichler_Statements_on_Appropriation.pdf, (07.03.2013).

⁶³² Anderl/Schmid, Appropriation Art, *ecolex* 2009, 49 (49).

⁶³³ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 86.

⁶³⁴ Schmidtmayr/Knyrim, Freie Werknutzung (Panoramafreiheit) in der virtuellen Realität, <http://www.jurpc.de/aufsatz/20010071.htm> (06.09.2012) 18.

nach § 9 Abs 1 UrhG vor allem den Schutz der Urheberschaft (§ 19 UrhG), der Urheberbezeichnung (§ 20 UrhG) und den Werkschutz (§ 21 UrhG).

II. Verfassungsrechtliche Grundlagen zur Einordnung der Appropriation Art

Die rechtliche Beurteilung und Einordnung der Appropriation Art muss zudem unter Beachtung der in diesem Zusammenhang verfassungsrechtlich geschützten Interessen erfolgen: dem Urheberpersönlichkeitsrecht als Ausfluss des Grund- und Menschenrechts auf Schutz des Eigentums (Art 5 StGG) und der Persönlichkeit (§ 16 ABGB) des Vorlagenschöpfers einerseits und den Grundrechten auf Kunstfreiheit (Art 17a StGG) und Kommunikationsfreiheit (Art 13 StGG) des Aneignungskünstlers andererseits.⁶³⁵ Zudem steht dem Vorlagenschöpfer ebenfalls das Grundrecht auf Kunstfreiheit (Art 17a StGG), nämlich der Schutz seiner Vorlage, zur Seite.⁶³⁶ „So kommt es schlussendlich auch zu einer Abwägung ein und desselben Grundrechts auf beiden Seiten gegeneinander.“⁶³⁷

B. Der urheberrechtliche Schutz des Ausgangswerkes

I. Der allgemeine Schutzgegenstand im Sinne von § 1 UrhG

1. Die Schöpfung

Die Einordnung der Werke der Appropriation Art in den urheberrechtlichen Zusammenhang mit Bezug zur benutzten Vorlage ist grundsätzlich nur dann zu diskutieren, wenn dem Ausgangswerk selbst urheberrechtlicher Schutz zukommt. Nur dann „wirft die Aneignung selbst Fragen nach ihrer eigenen urheberrechtlichen Zulässigkeit auf [...]“.⁶³⁸

Nach § 1 Abs 1 UrhG sind Eigentümliche geistige Schöpfungen auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der Filmkunst urheberrechtlich geschützt. Derartige Schöpfungen genießen nach § 1 Abs 2 UrhG sowohl als

⁶³⁵ Anderl/Schmid, Appropriation Art, ecolex 2009, Seite 49 (49 f).

⁶³⁶ Anderl/Schmid, Appropriation Art, ecolex 2009, Seite 49 (51).

⁶³⁷ Anderl/Schmid, Appropriation Art, ecolex 2009, Seite 49 (51).

⁶³⁸ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 87.

Ganzes als auch in ihren Teilen urheberrechtlichen Schutz und werden in der Terminologie des Urhebergesetzes als Werke bezeichnet.⁶³⁹

Gemäß § 10 Abs 1 UrhG wird das Urheberrecht zunächst dem Schöpfer des Werkes zugeordnet. Ohne jedoch zunächst eine Idee zu fassen, ist eine Schöpfung im Sinne des geltenden Urheberrechts wohl nur schwer denkbar. Der Urheberrechtsschutz könnte daher theoretisch bereits bei der Idee ansetzen und diese vollständig ihrem Schöpfer zuordnen.⁶⁴⁰

Schutzobjekt des Urheberrechts soll aber nicht der dem Werk zu Grunde liegende, noch ungeformte Gedanke als solcher sein.⁶⁴¹ Abstrakte Gedanken sowie bloße Ideen und Vorstellungen werden als urheberrechtlich nicht schutzfähig qualifiziert.⁶⁴² Der Schutz der bloßen Idee wird allgemein abgelehnt.⁶⁴³

Eine Schöpfung im urheberrechtlichen Sinn kann erst entstehen, wenn die Idee in eine konkrete Form umgesetzt wird.⁶⁴⁴ Nur der Form gewordene Gedanke ist Schutzobjekt des Urheberrechts.⁶⁴⁵ Erst der jeweilige Gegenstand, eine bestimmte Formung des Stoffes, ist geschützt.⁶⁴⁶ Indes reicht es nicht, wenn die bloße Idee im Kopf des Urhebers geformt und festgehalten wird.⁶⁴⁷ Vielmehr muss das Ergebnis der Gestaltung eines bestimmten Vorstellungsinhalts für die Außenwelt wahrnehm-

⁶³⁹ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² (2012) 161.

⁶⁴⁰ Kucsko in Kucsko, urheber.recht (2008) 85.

⁶⁴¹ Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 1 Rz 6.

⁶⁴² OGH 4 Ob 2085/96p MR 1996, 241 (241); OGH 4 Ob 41/06t MR 2006, 204 (204).

⁶⁴³ Ahlberg in Möhring/Nicolini, UrhG² § 2 Rz 46; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhR § 2 Rz 47; v Gamm in Mestmäcker/Schulze, UrhKomm I § 2 Rz 23. Dagegen OLG Düsseldorf 20 U 54/87 GRUR 1990, 263 (264), dass den Gedankeninhalt des Spiel- und Gewinnplans eines Spielautomaten für schutzfähig erachtet.

Der urheberrechtliche Schutz darf nach der hier vertretenen Auffassung und mit der hM (vgl Ahlberg in Möhring/Nicolini, UrhG² § 2 Rz 46; Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhR § 2 Rz 47; v Gamm in Mestmäcker/Schulze, UrhKomm I § 2 Rz 23) auf bloße Ideen nicht ausgeweitet werden, da dies zu weitreichenden Einschränkungen sowohl in der kreativen als auch der wirtschaftlichen Betätigung führen würde (Kucsko in Kucsko, urheber.recht (2008) 85). Eine gewisse Idee darf nicht monopolisiert werden (Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 1 Rz 7). Ausführlich zu den Schranken des urheberrechtlichen Ideenschutzes: Oechsler, Die Idee als persönliche geistige Schöpfung - Von Fichtes Lehre vom Gedankeneigentum zum Schutz von Spielideen, GRUR 2009, 1101.

⁶⁴⁴ Kucsko in Kucsko, urheber.recht (2008) 86.

⁶⁴⁵ OGH 4 Ob 17/97x MR 1997, 98 (98).

⁶⁴⁶ OGH 4 Ob 98/06z MR 2006, 319 (320); OGH 4 Ob 229/02h MR 2003, 41 (41); OGH 4 Ob 282/99w MR 1999, 346 (346).

⁶⁴⁷ Kucsko in Kucsko, urheber.recht (2008) 86.

bar sein.⁶⁴⁸ Dabei ist der urheberrechtliche Schutz jedoch nicht an die körperliche Festlegung der Schöpfung gebunden.⁶⁴⁹

2. Die geistige Schöpfung

Die Schöpfung wird nur als geistige Schöpfung urheberrechtlich geschützt. Voraussetzung ist die Leistung eines menschlichen Geistes. „Die Schöpfung muss das Ergebnis eines Denkprozesses sein.“⁶⁵⁰ Dabei soll auch das spontane, aus einer Intuition schöpfende Schaffen auf eine individuelle menschlich-geistige Leistung rückführbar und damit schutzfähig sein.⁶⁵¹

Diskutiert wird die Annahme, dass das auf einer Handlung beruhende zufällige Ergebnis mangels eines geistigen Schaffensprozesses urheberrechtlich bedeutungslos ist.⁶⁵² Grundsätzlich sei zwar zielgerichtetes Schaffen nicht erforderlich, wohl aber müsste der Vorgang vom Menschen steuerbar sein.⁶⁵³ Doch gerade im gezielten Einsatz des Zufalls können aber das künstlerische Konzept und damit der schöpferische Akt zu finden sein.⁶⁵⁴

⁶⁴⁸ Loewenheim in *Schricker*, Urheberrecht³ § 2 Rz 20; v. Gamm in *Mestmäcker/Schulze*, UrhKomm I § 2 Rz 10. Abweichend Ahlberg in *Möhring/Nicolini*, UrhG² § 2 Rz 44, wonach die wahrnehmbare Formgestaltung keine Frage des Werkbegriffs sondern des Entstehens eines Urheberrechtsschutzes ist.

⁶⁴⁹ Kucsko in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 86.

⁶⁵⁰ Kucsko in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 87.

⁶⁵¹ Kucsko in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 87 f.

⁶⁵² Dreyer in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR § 2 Rz 20; v. Gamm in *Mestmäcker/Schulze*, UrhKomm I § 2 Rz 7; Ahlberg in *Möhring/Nicolini*, UrhG² § 2 Rz 50.

⁶⁵³ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² (2012) 162.

⁶⁵⁴ Kucsko in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 88.

Die hM geht davon aus, dass eine auf Zufall beruhende Leistung nicht das Ergebnis menschlich-gestalterischen Schaffens ist (*Dreyer in Dreyer/Kotthoff/Meckel*, UrhR § 2 Rz 20; v. Gamm in *Mestmäcker/Schulze*, UrhKomm I § 2 Rz 7; Ahlberg in *Möhring/Nicolini*, UrhG² § 2 Rz 50). Nach anderer Auffassung hingegen wäre menschlich-gestalterisches Schaffen nicht Voraussetzung für die Entstehung eines Werkes (*Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk [1968] 75 ff). Demnach soll es neben dem Erfordernis der Individualität ausreichen, dass etwas Vorgefundenes als Werk präsentiert wird (*Loewenheim in Schricker*, Urheberrecht³ § 2 Rz 16). Gemäß einer weiteren, im Ergebnis ähnlichen Ansicht müsse das Werk nicht auf einer bewusst geplanten handwerklichen Herstellung beruhen (*Schmieder*, Geistige Schöpfung als Auswahl und Bekenntnis, UFITA 52 [1969], 107). Hiernach soll die individuelle Auswahl und Präsentation eines außerpersonalen Produkts ausreichen, soweit sich der Urheber zu diesem Produkt als Werk bekennt (*Loewenheim in Schricker*, Urheberrecht³ § 2 Rz 16). Vgl hierzu ausführlich Kapitel 3 B.III.2.b) Seite 146 ff.

3. Die eigentümliche geistige Schöpfung

Die geistige Schöpfung muss auch eigentümlich sein, um vom Urheberrechtsschutz erfasst zu werden. Eigentümlichkeit liegt vor, wenn die Individualität des Werkes, welche es von anderen Werken unterscheidet, auf die Persönlichkeit des Schöpfers zurückgeht.⁶⁵⁵ Geschützt ist nur eine individuell eigenartige Leistung, die sich vom Alltäglichen, Landläufigen, üblicherweise Hervorgebrachten abhebt.⁶⁵⁶

4. Die Werkhöhe

In diesem Zusammenhang geht das Urheberrecht heute von einem einheitlichen Werkbegriff aus, der nicht von den einzelnen Werkkategorien abhängt.⁶⁵⁷ Für einzelne dieser Werkkategorien dürfen daher im Vergleich zu den anderen Werkkategorien keine abweichenden oder strengeren Maßstäbe an die Schutzvorschriften angelegt werden.⁶⁵⁸ Insbesondere für die Werke der bildenden Künste nach § 3 UrhG wird daher heute auf eine besondere, über die Bedürfnisse von § 1 UrhG hinausgehende, Werkhöhe verzichtet.⁶⁵⁹ Ausschlaggebend ist allein die Individualität des Werkes auf der Grundlage der Persönlichkeit des Schöpfers.⁶⁶⁰

„Die Aufgabe des Begriffs der Werkhöhe bedeutet allerdings nicht, dass es keine Untergrenze für den Schutz mehr gibt und dass das Maß an Eigentümlichkeit (Individualität) ohne Bedeutung wäre.“⁶⁶¹ Der urheberrechtliche Schutz erfordert ein Mindestmaß an Individualität. Besondere Anforderungen an die künstlerische Gestaltung werden zwar nicht gestellt. Verlangt wird zumindest eine einfache, gerade noch geschützte geistige Schöpfung.⁶⁶² „Einigkeit besteht darüber, dass die Eigentümlichkeit über dem mechanisch-technischen bzw routinemäßigen Gestalten, dem

⁶⁵⁵ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² (2012) 162.

⁶⁵⁶ OGH 4 Ob 98/06z MR 2006, 319 (320); OGH 4 Ob 19/06g MR 2006, 264 (264); OGH 4 Ob 201/04v MR 2005, 319 (319).

⁶⁵⁷ Kucsko in Kucsko, urheber.recht (2008) 91.

⁶⁵⁸ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² (2012) 163.

⁶⁵⁹ OGH 4 Ob 36/92 MR 1992, 199 (199); OGH 4 Ob 94/01d MR 2001, 234 (234).

⁶⁶⁰ OGH 4 Ob 162/08i MR 2008, 362 (364).

⁶⁶¹ Kucsko in Kucsko, urheber.recht (2008) 91.

⁶⁶² Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² (2012) 163.

handwerklichen Können bzw dem Alltäglichen liegen muss.“⁶⁶³ Die Untergrenze der Eigentümlichkeit einer geistigen Schöpfung wird als „kleine Münze“ bezeichnet.

II. Die Werkkategorien

Eine eigentümliche geistige Schöpfung findet ihren urheberrechtlichen Schutz nur dann, wenn sie in eine der in § 1 Abs 1 UrhG erschöpfend aufgezählten und in den §§ 2 bis 4 UrhG konkretisierten vier Werkkategorien fällt: Literatur, Tonkunst, bildende Künste und Filmkunst.⁶⁶⁴

Die der Appropriation Art zugrunde liegenden Vorlagen sind in der Regel der Werkkategorie der bildenden Künste zuzuordnen, wobei auch Lichtbildwerke hierunter einzuordnen sind (§ 3 Abs 1 UrhG).⁶⁶⁵ Ein Werk der bildenden Künste liegt vor, „[...] wenn das Schaffensergebnis objektiv als Kunst interpretierbar ist, es also mit den Darstellungsmitteln der bildenden Künste durch formgebende Tätigkeiten hervorgebracht und zum Anschauen bestimmt ist, ohne Rücksicht darauf, ob es auch einen praktischen Gebrauchswert hat.“⁶⁶⁶ Werke der Lichtbildkunst (Lichtbildwerke) sind gemäß § 3 Abs 2 UrhG durch ein fotografisches oder durch ein der Fotografie ähnliches Verfahren hergestellte Werke.

An die Werke der bildenden Künste wie an die der Lichtbildkunst werden geringe Schutzanforderungen bezüglich ihrer Schöpfungshöhe gestellt. Dies hat zur Folge, dass „[...] die meisten Zeichnungen, Gemälde, Stiche, Plastiken und Skulpturen ebenso wie Fotografien - und damit ein Großteil der in der Appropriation Art verwendeten Bildvorlagen - urheberrechtlichen Schutz [...]“ genießen.⁶⁶⁷

⁶⁶³ *Ahlberg in Möhring/Nicolini*, UrhG² § 2 Rz 77.

⁶⁶⁴ Diese feststehenden und nicht erweiterbaren Kategorien hat der Gesetzgeber geschaffen, „[...] um je nach Werkkategorie eine sachgerechte besondere Behandlung, vor allem im Bereich der freien Werknutzungen, zu finden.“ (*Dillenz/Gutman*, UrhG² [2004] § 1 Rz 3). Unabhängig von ihrem durch den Gesetzgeber gewollten Charakter, handelt es sich bei diesen Werkkategorien nicht um ein verbindlich-starres System, sondern um einen anpassungsfähigen, technologieneutralen Rahmen (*Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² [2012] 164).

⁶⁶⁵ Für die in dieser Arbeit im Rahmen des US-amerikanischen Copyright-Laws besprochenen Werkvorlagen von Art Rogers, Andrea Blanch und Patrick Cariou, die Gegenstand der Appropriation Art wurden, gilt dies ausnahmslos.

⁶⁶⁶ *Tonninger in Kucsko*, urheber.recht (2008) 133; OGH 4 Ob 36/92 MR 1992, 199 (199).

⁶⁶⁷ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 89.

III. Ausgangswerke ohne Urheberrechtsschutz

1. Die fehlende urheberrechtliche Schutzfähigkeit

Es gibt indes eine Reihe von Ausgangswerken, die die Appropriation Art zwar als Werkvorlagen benutzt, die jedoch für sich keinen urheberrechtlichen Schutz genießen. Das hat zur Folge, dass die entsprechenden Nachschöpfungen durch künstlerische Aneignung nicht in die Urheberrechte des Vorlagenschöpfers eingreifen. Dies ist einerseits die Folge daraus, dass der urheberrechtliche Werkbegriff sich nicht mit dem Werkbegriff im künstlerischen Fachverständnis deckt.⁶⁶⁸ Andererseits stehen gemeinfreie oder ehemals geschützte Werke, die nicht mehr unter die Schutzfristen nach den §§ 60 ff UrhG fallen, den Aneignungskünstlern (wie jedermann) frei zur Verfügung.

Eine Vielzahl zeitgenössischer Kunstwerke, auf die die Appropriation Art zurückgreift, wird durch das Urheberrecht gar nicht erst erfasst, da sie dem urheberrechtlichen Werkbegriff nach § 1 Abs 1 UrhG nicht entsprechen.⁶⁶⁹ Hierzu zählen insbesondere auch Werke der Avantgarde. Es wird umfangreich diskutiert, ob einzelne Erscheinungsformen der Avantgarde überhaupt als Werke im Sinne des Urheberrechts anerkannt werden können.⁶⁷⁰

2. Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit von Readymades

a) Rechtsprechung und herrschende Lehre

Erheblich für eine Reihe von Werken der Appropriation Art ist in diesem Zusammenhang die Frage, inwieweit die avantgardistische Kunstform der Readymades⁶⁷¹, auf die Aneignungskünstler als Vorlage für ihr Schaffen immer wieder zurückgreifen, urheberrechtlich geschützt ist. Readymades werden durch Aneignungskünstler vielfach als Werkvorlagen benutzt, da ihnen hierdurch der Verweis und die Bezugnahme auf die Ursprünge der Appropriation Art in der Avantgarde, die erstmals die An-

⁶⁶⁸ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 92.

⁶⁶⁹ *Fuchs*, Avantgarde und erweiterter Kunstbegriff (2000) 128.

⁶⁷⁰ Umstritten ist beispielsweise, inwieweit Konzeptkunst, rein aleatorische Computerkunst oder Bilder der monochromen Malerei unter den Werkbegriff des § 1 Abs 1 UrhG fallen können (vgl. *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 90; *Fuchs*, Avantgarde und erweiterter Kunstbegriff (2000) 127 ff).

⁶⁷¹ Vgl. FN 25 Seite 24; *Kehrli*, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst (1989) 68 FN 29.

eignung als künstlerisches Stilmittel in weitem Umfang propagierte, gelingen.⁶⁷² Bekannteste Beispiele für die Aneignung eines Readymades als Readymade sind die Arbeiten „*Fountain (After Marcel Duchamp)*“ von Sherrie Levine⁶⁷³ und „*The Origins of the World*“ von Mike Bidlo⁶⁷⁴, die sich in ihren Werken das durch Marcel Duchamp geschaffene Readymade „*Fountain*“⁶⁷⁵ aneigneten.

Die Rechtsprechung⁶⁷⁶ und die weit überwiegende Literatur⁶⁷⁷ lehnen die Anerkennung des urheberrechtlichen Schutzes von Readymades ab. In der einfachen Präsentation eines Gegenstandes wird keine schöpferische Leistung gesehen. Das Urheberrecht schützt aber eben nur die schöpferische Leistung, die im Werk ihren Ausdruck findet.⁶⁷⁸ Damit wäre nach dieser Auffassung die Aneignung von Readymades urheberrechtlich zulässig. Denn dem Readymade, welches als Ausgangswerk für die Aneignung dient, fällt kein Urheberrecht zu, welches durch die Aneignung verletzt werden könnte.⁶⁷⁹

b) Abweichende Definitionsansätze in der Literatur

aa) Max Kummer

Demgegenüber sprechen indes Teile der Literatur den Readymades in verschiedenen Ausprägungen grundsätzlich eine urheberrechtliche Werkqualität zu, so dass hiernach urheberrechtliche Eingriffe durch die Aneignung dieser Readymades grundsätzlich sehr wohl möglich wären.⁶⁸⁰

So hat *Max Kummer*⁶⁸¹ vorgeschlagen, nur solche Werke zu schützen, die statis-

⁶⁷² Vgl. ausführlich Kapitel 1 A.III.1 Seite 23.

⁶⁷³ Abbildung 3.

⁶⁷⁴ Abbildung 40.

⁶⁷⁵ Abbildung 2.

⁶⁷⁶ *Kucsko* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) 90; OGH 4 Ob 2202/96v ÖBl 1997, 34 (Versagung des urheberrechtlichen Schutzes für eine Gebrauchsinformation); OLG Hamburg 3 U 288/00CT GRUR-RR 2002, 217 (218): Es ist nicht „[...] ausreichend, die Individualität als „statistische Einmaligkeit“ zu verstehen oder etwa überhaupt keine Schöpfungshöhe zu verlangen [...]“.

⁶⁷⁷ *Dillenz/Gutman*, *UrhG*² (2004) § 1 Rz 14; *Kucsko* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) 90; *Loewenheim* in *Schricker*, *Urheberrecht*³ § 2 Rz 8; *Dreyer* in *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, *UrhR* § 2 Rz 18.

⁶⁷⁸ *Loewenheim* in *Schricker*, *Urheberrecht*³ § 2 Rz 17.

⁶⁷⁹ *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 91.

⁶⁸⁰ Übersicht bei *Loewenheim* in *Schricker*, *Urheberrecht*³ § 2 Rz 17.

⁶⁸¹ *Kummer*, *Das urheberrechtlich schützbares Werk* (1968) 75 ff, 103 ff.

tisch einmalig sind und von jemandem als Werk präsentiert werden.⁶⁸² Zu fragen wäre also, ob ein gleiches Werk bereits existiert oder ob zumindest eine erhebliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass jemand ein solches unabhängig schaffen könnte. Nach *Kummer* greift der urheberrechtliche Schutz erst dann ein, wenn beide Fragen kumulativ zu verneinen sind.⁶⁸³ Damit soll einem industriell gefertigten Readymade kein urheberrechtlicher Schutz zukommen, da das Bedürfnis der statistischen Einmaligkeit fehlt.⁶⁸⁴ Anders verhält es sich aber, wenn ein Gegenstand in der Natur gefunden (und damit nicht industriell gefertigt) und präsentiert wird und gleichzeitig ein Finden durch andere ausgeschlossen ist, „die Natur diese gleiche Form mit Sicherheit in keine zweite Hand gibt“.⁶⁸⁵

bb) Thomy Kehrli

Nach *Thomy Kehrli*⁶⁸⁶ ist für die Erteilung des urheberrechtlichen Schutzes ausschlaggebend, ob die in einem konkreten Werk enthaltene ästhetische Information einen Innovationswert aufweist. Ein Werk wäre danach als innovativ und folglich urheberrechtlich schützenswert zu bezeichnen, wenn es eine neue ästhetische Information liefert. Hierfür müsse der Frage nachgegangen werden, ob sich das zu beurteilende Werk von bereits bestehenden urheberrechtlich geschützten Werken in tatsächlicher Hinsicht unterscheidet.⁶⁸⁷ Somit könne auch einem Readymade Urheberrechtsschutz zukommen, solange kein Werk gefunden wird, an dem sich das Readymade orientiert, da dann ein Werk vorliegt, welches eine neue und noch nie dagewesene ästhetische Information enthält und folglich innovativ ist.⁶⁸⁸

⁶⁸² *Von Büren*, Gedanken zum Werkbegriff in der Praxis des Bundesgerichts und im Entwurf für eine Totalrevision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes, GRUR Int 1985, 385 (388); *Hösly*, Das urheberrechtlich schützbares Rechtssubjekt (1987) 54.

⁶⁸³ *Straub*, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int 2001, 1 (4).

⁶⁸⁴ *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk (1968) 105: „[...] des angewandten Konzepts kann sich jeder bedienen [...]“; *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk (1968) 101; *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 91 FN 345.

⁶⁸⁵ *Kummer*, Das urheberrechtlich schützbares Werk (1968) 104. Als Beispiel nennt *Kummer* hier die Illusion einer Tänzerin, die aus einer Föhrenwurzel entsteht, egal, ob diese Tänzerin mit einem Messer aus einem Holzstumpf herausgearbeitet oder ob sie glückhaft im Wald gefunden wurde.

⁶⁸⁶ *Kehrli*, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst (1989) 128 ff.

⁶⁸⁷ *Kehrli*, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst (1989) 132.

⁶⁸⁸ *Kehrli*, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst (1989) 135.

cc) Hans-Heinrich Schmieder

*Hans-Heinrich Schmieder*⁶⁸⁹ verzichtet wie *Kummer* und *Kehrli* auf die Individualität im Werk als Voraussetzung für dessen Schutzfähigkeit. Die Kunst unserer Zeit lasse sich nach *Schmieder* nicht mehr in das Schema einer persönlichen geistigen Schöpfung einfügen.⁶⁹⁰ Vielmehr findet er die Basis für die Konstituierung des urheberrechtlich fähigen Werkes in der künstlerischen Entscheidung des Menschen, aus der Vielfalt der gegebenen und nebeneinander bestehenden Schöpfungsmöglichkeiten jeweils ein Werk als befriedigend auszuwählen und sich mit diesem Ergebnis persönlich zu identifizieren.⁶⁹¹ Dabei kommt es *Schmieder* in seinem Ansatz zunächst nicht auf die handwerklich geplante Herstellung des Werkes an.⁶⁹² Auch Readymades wären danach urheberrechtlich schützenswert, da die Auswahl des Gegenstandes und die persönliche Identifikation mit dieser Auswahl für den Urheberrechtsschutz ausreichen.

Später indes schränkte *Schmieder* seine Thesen dahingehend ein, dass Auswahl und Bekenntnis nur dann Grundlage des Urheberrechtsschutzes seien, „[...] wenn sich in dem Ergebnis der Auswahl noch ein individuelles Element manifestiere, das die getroffene Auslese oder Anordnung der Formen, seien es selbstgeschaffene, maschinell hergestellte oder sonstige Produkte des Zufalls, als irgendwie eigenartig charakterisiere und damit das Werk einer bestimmten Person als Urheber zurechenbar mache.“⁶⁹³ *Schmieder* stellte damit klar, dass nach seiner Ansicht die bloße Auswahl und unveränderte Präsentation von etwas Vorgefundenem nun nicht mehr urheberrechtlich geschützt sei.⁶⁹⁴ Folglich käme dem Readymade jetzt auch kein Urheberrechtsschutz mehr zu.

⁶⁸⁹ *Schmieder*, Geistige Schöpfung als Auswahl und Bekenntnis, UFITA 52 (1969), 107 ff.

⁶⁹⁰ *Thomaschki*, Das schwarze Quadrat (1994) 23.

⁶⁹¹ *Schmieder*, Geistige Schöpfung als Auswahl und Bekenntnis, UFITA 52 (1969), 107 (111).

⁶⁹² *Thomaschki*, Das schwarze Quadrat (1994) 23.

⁶⁹³ *Thomaschki*, Das schwarze Quadrat (1994) 23.

⁶⁹⁴ *Schmieder*, Die persönliche Neugestaltung als allgemeines Kriterium urheberrechtlicher Schutzfähigkeit, in FS Roeber (1982) 385 (390).

dd) Gernot Schulze

*Gernot Schulze*⁶⁹⁵ verlangt für die urheberrechtliche Schutzfähigkeit eine Mindestgestaltungshöhe, die eine geistig-ästhetische Wirkung auf den Betrachter hat.⁶⁹⁶ Diese Mindestgestaltungshöhe „[...] kann durchaus im Wege ihrer Präsentation als Kunst erreicht werden, wenn aus der Vielzahl ein bestimmter Gegenstand ausgewählt, aus seinem bisherigen Rahmen herausgenommen und in den ganz anderen Rahmen einer Kunstaussstellung versetzt wird, so dass er eine völlig neue Bedeutung, einen innovativen Charakter [...], erhält, die er dem Betrachter vermittelt.“⁶⁹⁷ Insoweit würde auch ein Readymade unter den Urheberrechtsschutz fallen,⁶⁹⁸ da die bloße Präsentation eines alltäglichen oder bekannten, aus seiner Zweckbestimmung gelösten Gegenstandes als Kunst gerade Sinnbild eines Readymade ist.⁶⁹⁹

c) Konsequenzen für die Appropriation Art

Die abweichenden Definitionsansätze im Hinblick auf das zeitgenössische Kunstschaffen haben vielfach Kritik erfahren. *Kummers* Theorie von der „statistischen Einmaligkeit“ wird mit dem Hinweis abgelehnt, ob eine eigentümliche geistige Schöpfung vorläge, hänge von der Individualität der Leistung und nicht allein von ihrer „statistischen Einmaligkeit“ ab. Eine solche allein genüge nicht. Die Entscheidung, ob Urheberrechtsschutz besteht oder nicht, wäre dem Belieben des Urhebers überlassen, wenn allein die Präsentation eines statistisch einmaligen Gegenstandes für den urheberrechtlichen Schutz ausreichen würde.⁷⁰⁰ In der Praxis würde dies zu widersinnigen Ergebnissen führen.⁷⁰¹ Dieses Definitionsmonopol des Künstlers

⁶⁹⁵ *Schulze*, Das Urheberrecht und die bildende Kunst, in FS 100 Jahre GRUR (1991) I 1303 (1324).

⁶⁹⁶ *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 2 Rz 154; *Schulze* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts¹ § 9 Rz 103.

⁶⁹⁷ *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 2 Rz 9.

⁶⁹⁸ Soweit der Künstler gar mehrere Gegenstände auswählt, kombiniert und als Kunstwerk präsentiert, wird dies erst recht anzunehmen sein (*Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 2 Rz 154).

⁶⁹⁹ Vgl FN 25 Seite 24.

⁷⁰⁰ *Kucsko* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 90; *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht³ § 2 Rz 17.

⁷⁰¹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 91; Beispiele bei *Loewenheim* in *Schricker*, Urheberrecht³ § 2 Rz 17: „Jeder Gewerbetreibende wäre in der Lage, durch entsprechende Präsentation als Kunstwerk für meist nur geschmacksmusterfähige Produkte wie Möbelprogramme oder für Prospekte, Preislisten und Kataloge Urheberrechtsschutz in Anspruch zu nehmen und in einer dem Wettbewerbsprinzip zuwiderlaufenden Weise Mitbewerber von Herstellung und Vertrieb derartiger Erzeugnisse auszuschließen. Auch Werke, deren Schutzfrist abgelaufen ist, müssten bei konsequenter Durchführung der Präsentationslehre erneut geschützt werden können, sofern sie nur erneut als Werk präsentiert werden [...]“.

brächte „[...] eine Öffnung des Werkbegriffs im Einklang mit der Öffnung des Kunstbegriffs, schließt unter anderem die von Tieren, also etwa von einem malenden Orang-Utan geschaffenen Werke, ein [...].“⁷⁰²

Wie auch *Kummer* versuchen *Kehrli*, *Schmieder* und *Schulze* sich von den klassischen Parametern des Urheberrechts zu lösen, um auch die zeitgenössische Kunst mit der Vielzahl ihrer Ausprägungen urheberrechtlich zu erfassen. Im Gegensatz zu *Kummer* nehmen ihre Ansätze aber auch Bezug auf den schöpferischen Charakter der Präsentation eines künstlerischen Werkes. Ob dies ausreicht, um angemessenere Ergebnisse bei der urheberrechtlichen Einordnung moderner Kunstrichtungen als die Rechtsprechung bzw herrschende Lehre zu erzielen, oder ob auch diese Ansätze abzulehnen sind, da sie mit dem (teilweisen) Verzicht auf die Individualität der Leistung systemfremde Parameter in diese Diskussion einbeziehen, die mit dem Gesamtgefüge des geltenden Urheberrechts nicht vereinbar sind, mag indes dahinstehen.⁷⁰³ Denn allen von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre abweichenden Definitionsansätzen ist schlussendlich gemein, dass der Schutzzumfang eines Readymade auf der Rechtsfolgenseite ohnehin begrenzt wird.⁷⁰⁴ „Andere Künstler dürfen die Idee, Alltagsgegenstände als Kunst zu präsentieren, genauso aufgreifen, wie sie sich anderen Stilrichtungen, Maltechniken oder sonstigen allgemein bekannten Gestaltungsarten anschließen dürfen.“⁷⁰⁵ Ein Readymade verdient damit nur eingeschränkten Schutz, so dass auch im Hinblick auf die genannten abweichenden Definitionsansätze in der Literatur durch die Aneignung eines Readymade keine Urheberrechtsverletzung vorliegt.⁷⁰⁶

3. Gemeinfreie Werke

Künstler der Appropriation Art, die sich im Rahmen ihrer Aneignungspraktiken gemeinfreier Werke bedienen, verletzen ebenfalls keine Urheberrechte.⁷⁰⁷ Gemein-

⁷⁰² *Dillenz/Gutman*, UrhG² (2004) § 1 Rz 18.

⁷⁰³ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 91.

⁷⁰⁴ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 91 f.

⁷⁰⁵ *Schulze* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts¹ § 9 Rz 103.

⁷⁰⁶ *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 2 Rz 154; *Schulze* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts¹ § 9 Rz 103; *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 92.

⁷⁰⁷ *Schumacher* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 161.

freie Werke sind solche, die dem Urheberrecht nicht mehr unterliegen oder zu keiner Zeit unterlegen haben.⁷⁰⁸

Der gesetzliche Urheberrechtsschutz ist durch die Schutzfrist des § 60 UrhG begrenzt. Die Aneignungskünstler können Werke nach dem Ablauf dieser Schutzfrist uneingeschränkt als Werkvorlagen für ihre Arbeiten benutzen. Die urheberrechtliche Schutzfrist für alle Werkarten beträgt einheitlich siebenzig Jahre. Gemäß § 60 Abs 1 UrhG endet das Urheberrecht an Werken der Literatur, der Tonkunst und der bildenden Künste grundsätzlich siebenzig Jahre nach dem Tod des Schöpfers.

Darüber hinaus steht den Aneignungskünstlern auch die Benutzung der Werke frei, die vor der Einführung der urheberrechtlichen Normen entstanden sind.⁷⁰⁹ Aus diesen Gründen verletzte Marcel Duchamp keine Urheberrechte von Leonardo da Vin-

⁷⁰⁸ Vgl. *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG³ § 51 Rz 1, der gemeinfreie Werke als urheberrechtlich nicht oder nicht mehr geschützter Werke und Werkteile definiert.

⁷⁰⁹ Das weltweit erste Urheberrechtsgesetz moderner Prägung, der *Statute of Anne*, stammt aus dem Jahr 1710 (*Huttenlauch*, Appropriation Art [2012] 87 FN 330). Die historische Entwicklung des Urheberrechts war dabei immer eng verbunden mit dem technischen Fortschritt, insbesondere in der Informationsverbreitung. Zwar können mit Blick auf die Nachahmung von Werken bereits in der Antike erste Ansätze einer Sensibilität für die Interessen von Autoren festgestellt werden, doch auch das spätere römische Recht war weit entfernt von der Anerkennung irgendwelcher Urheberrechte (*Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² [2012] 158). Erst mit dem Naturrechtsdenken der Aufklärung entstand mit dem Privilegienwesen als Vorstufe des Urheberrechts ein auf den Schutz des geistigen Eigentums gerichtetes und persönlichkeitsorientiertes Rechtsinstitut. Ziel der eingeräumten Privilegien war es, dem Bedürfnis nach einem spezifischen Schutz von Investitionen Rechnung zu tragen. Beispielsweise bestand ein Druckerprivileg, um dem Schutzbedürfnis des Druckerhandwerkes infolge der hohen Investitionskosten Rechnung zu tragen. Erste bruchstückhafte Bestimmungen zum Verlagsvertrag enthält das ABGB 1811 in den §§ 1171 und 1165 (*Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² [2012] 159).

Die erste eigenständige gesetzliche Urheberrechtsordnung in Österreich kam jedoch erst im Jahr 1895 mit dem *Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur, Kunst und Photographie* zustande. Zuvor war zwar seit 1846 das *Kaiserliche allerhöchste Patent zum Schutze des literarischen und artistischen Eigentums gegen unbefugte Veröffentlichung, Nachdruck und Nachbildung* erster Ausdruck aller österreichischen Urheberrechtsnormen gewesen. Doch da dieses Patent aufgrund der Einflussnahme der Politik des Deutschen Bundes zustande kam, wird es vielfach nicht als erste eigenständige Leistung Österreichs angesehen (vgl. auch Kapitel 2 A.III.4.b) Seite 73). Hiernach folgte zum 01.10.1920 der Beitritt Österreichs zur Revidierten Berner Übereinkunft (1908), nachdem es in Art 239 des Friedensvertrages von St.-Germain-en-Laye vom 10.09.1919 verpflichtet wurde, dieser völkerrechtlichen Vereinbarung innerhalb von zwölf Monaten beizutreten (vgl. auch FN 269 Seite 65). Nachdem die Revidierte Berner Übereinkunft (1908) im Jahr 1928 erneut revidiert wurde, fanden Neuerungen entsprechend auch in der österreichischen Urheberrechtsgesetzgebung statt. Mit dem Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), in Kraft seit 01.07.1936, griff insbesondere durch die Aufnahme von Bestimmungen zu den verwandten Schutzrechten eine wesentliche Erweiterung des Urheberrechtsschutzes Platz. Zu den verwandten Schutzrechten zählen die Leistungsschutzrechte (§§ 66-76e UrhG), die Persönlichkeitsrechte (§§ 77, 78 UrhG) und die lauterkeitsrechtlichen Ansprüche (§§ 79, 80 UrhG). Bis heute bildet das Urheberrechtsgesetz (1936) in seinen oftmals novellierten Fassungen die Grundlage des österreichischen Urheberrechts (*Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² [2012] 159; ausführlich zur historischen Entwicklung des Urheberrechts *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I [2008] Rz 7 ff).

ci, als er 1919 die Postkartenabbildung der aus dem Jahr 1506 stammenden „Mona Lisa“ zusätzlich mit einem Schnurrbart versah und dieser Arbeit den Titel „L.H.O.O.Q.“ gab.⁷¹⁰ Entsprechendes gilt, als derselbe Künstler 1965 in dieser Weise eine neuerliche Reproduktion der „Mona Lisa“ erstellte, diesmal ohne jeglichen Bart und sie in Anlehnung an seine erste Reproduktion „Rasée L.H.O.O.Q.“ nannte.⁷¹¹

Etwas anderes ergibt sich indes aus den Arbeiten „Duchamps L.H.O.O.Q.“ (1970)⁷¹² und „Duchamps rasée L.H.O.O.Q.“ (1971)⁷¹³, in denen sich Elaine Sturtevant jeweils auf Marcel Duchamps Werke „L.H.O.O.Q.“ (1919) und „Rasée L.H.O.O.Q.“ (1965) bezieht, was unschwer aus dem jeweiligen Titel ihrer Arbeiten zu erkennen ist.⁷¹⁴ Die jeweilige Aneignung durch Elaine Sturtevant erfolgte hier nicht nur in tatsächlicher sondern auch in rechtlich erheblicher Hinsicht.⁷¹⁵ Dahinstehen kann dabei, ob es sich bei Elaine Sturtevents Werkvorlagen „L.H.O.O.Q.“ (1919) und „Rasée L.H.O.O.Q.“ (1965) von Marcel Duchamp aus urheberrechtlicher Sicht einerseits um selbständige Werke im Sinne von § 1 UrhG oder aber andererseits um Bearbeitungen eines gemeinfreien, aber an sich schutzfähigen Werkes gemäß § 5

⁷¹⁰ Abbildung 41.

⁷¹¹ Abbildung 42.

⁷¹² Abbildung 43.

⁷¹³ Abbildung 44.

⁷¹⁴ Insoweit unklar bei *Schack*, Appropriation Art und Urheberrecht, in FS Nordemann (2004) 107 (112); *Pompe*, Peter Handke - Pop als poetisches Prinzip (2009) 63; *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 90 mit FN 343.

Schack erkennt die Grundlage für Elaine Sturtevents Arbeit „Duchamps rasée L.H.O.O.Q.“ (1971) wohl in Marcel Duchamps Werk „L.H.O.O.Q.“ (1919). Er übersieht insoweit, dass sich Elaine Sturtevant bereits 1970 mit ihrer Arbeit „Duchamps L.H.O.O.Q.“ auf die erste Aneignung der „Mona Lisa“ von Marcel Duchamp aus dem Jahr 1919 bezieht und ihre Arbeit „Duchamps rasée L.H.O.O.Q.“ (1971) hingegen die Grundlage in Marcel Duchamps Werk „Rasée L.H.O.O.Q.“ (1965) findet (vgl. hierzu die Abbildungen „Duchamps L.H.O.O.Q.“ [1970] und „Duchamps rasée L.H.O.O.Q.“ [1971] in *Osterwold/Sturtevant*, STURTEVANT [1992] 58 und 59).

Ähnlich sieht es *Pompe*, die wie *Schack* darstellt, dass Elaine Sturtevant mit „Duchamps rasée L.H.O.O.Q.“ „die verunstaltete „Mona Lisa“ Duchamps [also die mit Bart] in unbeschädigten Zustand wiederholt“ und sich damit auf Marcel Duchamps Werk „L.H.O.O.Q.“ (1919) bezieht.

Huttenlauch hingegen stellt mit Bezug auf *Schack* zunächst richtig, dass sich Elaine Sturtevant in „Duchamps L.H.O.O.Q.“ (1970) Marcel Duchamps Arbeit „L.H.O.O.Q.“ (1919) angeeignet hat. Unrichtig ist indes ihre diesbezügliche Angabe über das Schaffensjahr der Arbeit Sturtevents, die nicht, wie bei *Huttenlauch*, 1969 sondern 1970 entstanden ist (vgl. hierzu die Abbildung „Duchamps L.H.O.O.Q.“ [1970] in *Osterwold/Sturtevant*, STURTEVANT [1992] 58). Weiter unrichtig ist, dass *Schack* die rasierte Fassung „Rasée L.H.O.O.Q.“ (1965) Elaine Sturtevant zuschreibt.

Schack greift nämlich nicht diese sondern die Arbeit „Duchamps rasée L.H.O.O.Q.“ (1971) auf und ordnet diese richtigerweise Elaine Sturtevant zu.

⁷¹⁵ Vgl. *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 90.

Abs 1 UrhG handelt.⁷¹⁶ Entscheidend bleibt allein, dass Marcel Duchamp mit den Werkvorlagen „*L.H.O.O.Q.*“ (1919) und „*Rasée L.H.O.O.Q.*“ (1965) eigentümliche geistige Schöpfungen im Sinne von § 1 Abs 1 UrhG geschaffen hat. Für Marcel Duchamps „*L.H.O.O.Q.*“ (1919) ist dies zunächst anzunehmen, „[...] weil das hier zugrunde liegende Werk kein reines Readymade ist, sondern durch die Kombination der Mona-Lisa-Reproduktion mit einem Schnurrbart und dem als Bildunterschrift zugesetzten Akronym L.H.O.O.Q. selbst die Voraussetzung einer schöpferischen Leistung [...] erfüllt.“⁷¹⁷ Duchamp ist insofern Inhaber eines (Bearbeiter-) Urheberrechts.⁷¹⁸ Entsprechendes kann auf seine Arbeit „*Rasée L.H.O.O.Q.*“ (1965) übertragen werden, wenn hier der Schnurrbart wieder abgenommen und die Bildunterschrift entsprechend mit dem Zusatz „*Rasée*“ versehen wird.⁷¹⁹

Damit bleibt festzuhalten, dass die Appropriation von Werken, denen kein Urheberrechtsschutz zufällt, weil sie gemeinfrei sind und von jedermann genutzt werden können oder aber durch das Urheberrecht gar nicht erst erfasst werden, da sie dem urheberrechtlichen Werkbegriff nach § 1 Abs 1 UrhG nicht entsprechen, nicht in die Rechte der Vorlagenschöpfer eingreift. Weitaus größer ist indes die Anzahl der Aneignungen, die auf urheberrechtlich (noch) geschützte Werke Bezug nimmt.

⁷¹⁶ Teilweise wird vertreten, dass durch die Übernahme gemeinfreier, aber schutzfähiger Werke oder Werkteile ein aus urheberrechtlicher Sicht selbstständiges Werk geschaffen wird, das nicht die Rechte anderer Urheber berührt, auch wenn aus kunsthistorischer Sicht eine abhängige Nachschöpfung angenommen werden kann (*Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht*³ § 3 Rz 12, 13). Die Gegenauffassung vertritt die Ansicht, dass die Übernahme gemeinfreier, aber schutzfähiger Werke indes als urheberrechtliche Bearbeitung zu qualifizieren ist (*Walter, Österreichisches Urheberrecht I* [2008] Rz 274; *Loewenheim in Schricker, Urheberrecht*³ § 3 Rz 8 mwN). Im juristischen Ergebnis bleibt diese Diskussion ergebnislos (*Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht*³ § 3 Rz 13; *Huttenlauch, Appropriation Art* [2012] 90 f FN 343.). Jedenfalls wird in der Übernahme gemeinfreier, aber schutzfähiger Werke oder Werkteile, stets eine eigentümliche geistige Schöpfung zu sehen sein, unabhängig, ob nun selbstständiges Werk oder Bearbeitung.

⁷¹⁷ *Huttenlauch, Appropriation Art* (2010) 90.

⁷¹⁸ *Huttenlauch, Appropriation Art* (2010) 90. Zu den Kontroversen, ob Marcel Duchamp hier ein selbstständiges Werk oder eine Bearbeitung geschaffen hat, vgl oben FN 714 Seite 152.

⁷¹⁹ Vgl auch *Schack, Appropriation Art und Urheberrecht*, in FS Nordemann (2004) 107 (112), der davon ausgeht, dass Urheberrechte von Marcel Duchamp durch Elaine Sturtevant nur verletzt werden, wenn Marcel Duchamp durch seine Bildunterschrift selbst eine urheberschutzfähige Bearbeitung geschaffen hat.

C. Die Aneignung geschützter Werke und deren Rechtfertigung

I. Einführung und Überblick⁷²⁰

"Begeistert hat mich [an der Appropriation Art] der Aspekt, dass in dem Moment, in dem du dir etwas aneignest, in dem du etwas coverst und interpretierst, automatisch etwas Neues passiert. Das heißt, das Alte wird zu etwas Neuem, modifiziert sich und bekommt dadurch einen innovativen Charakter."

Silvia Berger (alias Frau Kraushaar)⁷²¹

Soweit die Nutzung eines nach § 1 Abs 1 UrhG urheberrechtlich (noch) geschützten Werkes unberechtigt, insbesondere ohne Zustimmung des Vorlagenschöpfers bzw eines anderweitig berechtigten Dritten, erfolgt, liegt ein Eingriff in die Immaterialgüterrechte des Urhebers der Vorlage oder des berechtigten Dritten vor. Gegen derartige Rechtsverletzungen sind sowohl zivilrechtliche (§§ 81-90d UrhG) als auch strafrechtliche (§§ 91-93 UrhG) Sanktionen vorgesehen.

Geschützt sind zunächst die Verwertungsrechte an einem Werk (§§ 14-18a UrhG), die ausschließlich dem Urheber bzw einem sonstigen Rechteinhaber zustehen. Sie werden daher auch als Ausschließlichkeitsrechte bezeichnet. Nur dem Rechtsinhaber ist es möglich, die Benutzung des geschützten Werkes und anderer Rechtspositionen Dritten zu erlauben oder zu verbieten.⁷²² Hierunter fallen auch die Urheberpersönlichkeitsrechte (§§ 19-21 UrhG), die als Teil des Urheberrechts ebenfalls originär in der Hand des Urhebers liegen.⁷²³

Zivilrechtlich kommen insbesondere Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung (§§ 81, 82 UrhG) in Betracht. Bei schuldhafter Schädigung können Ansprüche auf Schadensersatz und Herausgabe des entgangenen Gewinns (§ 87 UrhG) bestehen. Als Privatanklagedelikt gerichtlich strafbar sind vorsätzliche Urheberrechtsverletzungen.⁷²⁴

Die unveränderte Übernahme von urheberrechtlich geschützten Werken durch die Appropriation Art kann das Vervielfältigungsrecht des Vorlagenschöpfers (§ 15

⁷²⁰ Vgl hierzu auch *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 92 ff.

⁷²¹ *Weidinger*, Über die Kraft in der Aneignung, Interview mit Frau Kraushaar, <http://www.textem.de/index.php?id=2379> (04.03.2013).

⁷²² *Loewenheim* in *Loewenheim*, Handbuch des Urheberrechts² § 1 Rz 1.

⁷²³ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 886.

⁷²⁴ *Kucsko*, Geistiges Eigentum (2003) 1267.

UrhG) verletzen. Nach dieser Vorschrift hat nur der Urheber das ausschließliche Recht, das Werk - gleichviel in welchem Verfahren, in welcher Menge und ob vorübergehend oder dauerhaft - zu vervielfältigen.

Zudem kommt auch die Verletzung des Verbreitungsrechts (§ 16 UrhG) in Betracht, wonach ausschließlich dem Urheber das Recht zusteht, Werkstücke zu verbreiten. Kraft dieses Rechtes dürfen Werkstücke ohne die Einwilligung des Rechteinhabers weder feilgehalten noch auf eine Art, die das Werk der Öffentlichkeit zugänglich macht, in Verkehr gebracht werden.⁷²⁵

Zuletzt sind noch Eingriffe in das abhängige Bearbeitungsrecht des Urhebers (§ 14 Abs 2 UrhG) denkbar, soweit der aneignende Künstler die Vorlage in veränderter Form benutzt. Denn der Urheber einer Bearbeitung darf diese nur verwerten, soweit ihm der Urheber des bearbeiteten Werkes das ausschließliche Recht oder die Einwilligung dazu erteilt.

Urheberrechtliche Beeinträchtigungen der Aneignungskünstler stellen indes dann keine Rechtsverletzungen dar, wenn sie als selbständige Neuschöpfung (§ 5 Abs 2 UrhG) oder als Zitat (§§ 46 Z 1, 54 Abs 1 Z 3a analog UrhG) gerechtfertigt werden können und der Vorlagenschöpfer sie damit zu dulden hat. Denn nicht jede Form der Anlehnung eines neuen Werkes an ein geschütztes älteres Werk greift in die Urheberrechte an diesem ein.⁷²⁶ „Jedes Werk ist ein Produkt und Teil eines bestimmten Kulturzustandes, der wieder auf früheren Kulturen und Kulturzuständen fußt. Diese ständige Fortentwicklung erfordert, dass auch das neue, noch geschützte Werk seinerseits wieder den Ausgangspunkt für spätere Werke bildet, dh bei der Schaffung dieser späteren Werke benutzt werden kann.“⁷²⁷ Es besteht ein Allgemeininteresse an freier geistiger Auseinandersetzung, am Dialog, an Kritik und kultureller Entwicklung,⁷²⁸ das den monopolistischen Interessen des Urhebers, aus-

⁷²⁵ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die gemeinschaftsweite Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach § 16 Abs 3 UrhG. Nach diesem Erschöpfungsgrundsatz unterliegt ein konkretes Werkstück nicht mehr dem Verbreitungsrecht, wenn es einmal mit Zustimmung des Urhebers im Gebiet der EU bzw. des EWR in Verkehr gebracht worden ist. Ausnahmen von diesem Grundsatz regelt § 16 a UrhG für das Vermieten und Verleihen von Werkstücken (vgl. *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² [2012] 184).

⁷²⁶ *Bullinger* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 24 Rz 1.

⁷²⁷ *Ahlberg* in *Möhring/Nicolini*, UrhG² § 24 Rz 1.

⁷²⁸ *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 51 Rz 1.

schließlich zu bestimmen, wer wie, wann und wo sein Werk nutzen darf, gegenübersteht.⁷²⁹

Zitatright und selbständige Neuschöpfung sind Instrumentarien, mit denen der Gesetzgeber versucht, diesen Interessen gerecht zu werden, indem sie in einschränkendem Maß den Rückgriff auf bereits bestehendes fremdes Gedankengut erlauben. Nur wenn der Urheber bei seinem Schaffen auf den kulturellen Leistungen seiner Vorgänger aufbauen kann, wird er in der Lage sein, dem allgemeinen kulturellen und wissenschaftlichen Fortschritt zu dienen.⁷³⁰

Benannte Einschränkung hat der Urheber daher im Interesse der zitierten freien geistigen Auseinandersetzung, die für die Entwicklung und die Entfaltungsmöglichkeit von Künstlern von grundlegender Bedeutung ist und die der Möglichkeit der Bezugnahme auf andere Werke bedarf, hinzunehmen.⁷³¹ Soweit die Benutzung fremder Werke allein auf gemeinfreie Werke beschränkt bliebe, würde dies zu einer viel zu weit reichenden Einschränkung künstlerischen Lebens führen.⁷³²

Die Appropriation Art bewegt sich genau im Spannungsverhältnis zwischen dem monopolbezogenen Nutzinteresse des Urhebers bezüglich seiner Werkvorlage und dem mit Blick auf die kulturelle Entwicklung bestehenden Interesse an einem freien Zugang zu fremden Werken und diese nach Belieben genießen und verwenden zu dürfen. Diese, durch die verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgüter der Kunstfreiheit und des geistigen Eigentums getragenen, widerstreitenden Interessen bringen die Rechtfertigungsgründe der selbständigen Neuschöpfung und des Zitatrechts in Ausgleich.⁷³³

⁷²⁹ Schulze in *Dreier/Schulze*, UrhG³ § 24 Rz 1, der betont, dass auch der Urheber selbst wiederum zu dieser Allgemeinheit mit ihrem kulturellen Interesse, freien Zugang zu fremden Werken zu haben und sie nach Belieben genießen und verwenden zu dürfen, zählt. Oft entstehen auch seine Werke nicht „im luftleeren Raum“. Auch er baut - wie schon laufend seine Vorgänger - auf dem vorhandenen Werkschaffen auf.

⁷³⁰ Lüft in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 51 Rz 1.

⁷³¹ Waldenberger in *Möhring/Nicolini*, UrhG² § 51 Rz 1; Bullinger in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 24 Rz 1.

⁷³² Bullinger in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 24 Rz 1.

⁷³³ Huttenlauch, *Appropriation Art* (2010) 94.

II. Die selbständige Neuschöpfung

1. Die rechtlichen Rahmenbedingungen

a) Die gesetzliche Regelung

„Die Benutzung eines Werkes bei der Schaffung eines anderen macht dieses nicht zur Bearbeitung, wenn es im Vergleich zu dem benutzten Werke ein selbständiges neues Werk darstellt.“

§ 5 Abs 2 UrhG

Soweit sich der Rückgriff des Aneignungskünstlers auf ein urheberrechtlich (noch) geschütztes Werk als freie Nachschöpfung im Sinne von § 5 Abs 2 UrhG gestaltet, so entsteht ein zur Vorlage eigenständiges neues Werk, das nicht in die Urheberrechte des Vorlagenschöpfers eingreift.

§ 5 Abs 2 UrhG geht dabei vom Begriff der „Benutzung“ eines Werkes aus, der zunächst der Abgrenzung zur bloß unbewussten Doppelschöpfung dient.⁷³⁴ Mit dem Begriff der „Benutzung“ ist damit von einem bewussten Schöpfungsvorgang in Kenntnis der Werkvorlage auszugehen.⁷³⁵

Trotz des bestehenden Zusammenhangs mit der Werkvorlage liegt in der freien Nachschöpfung ein von dieser Vorlage verschiedenes und selbständiges Werk vor, wobei die Werkvorlage gegenüber dem neu geschaffenen Werk vollständig in den Hintergrund tritt.⁷³⁶ Grundsätzliche Voraussetzung für die freie Nachschöpfung ist, dass der aneignende Künstler die Werkvorlage nur zur Anregung für das eigene Schaffen nutzt und demgegenüber diese Vorlage im Vergleich zu seinem eigenen schöpferischen Schaffen verblasst.⁷³⁷

b) Zwischen abhängiger Bearbeitung und selbständiger Neuschöpfung

Die selbständige Neuschöpfung steht durch ihre Regelung in § 5 Abs 2 UrhG in ei-

⁷³⁴ Vgl ausführlich Kapitel 1 B.IX Seite 41.

⁷³⁵ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 110.

⁷³⁶ OGH 4 Ob 273/00 GRUR Int 2001, 775 (775).

⁷³⁷ *Dillenz/Gutman*, UrhG² (2004) § 5 Rz 6.

nem engen systematischen Zusammenhang mit der abhängigen Bearbeitung im Sinne von § 5 Abs 1 UrhG. Die für die Appropriation Art und auch für die übrige Praxis bedeutsame Abgrenzung zwischen freier Benutzung und abhängiger Bearbeitung gestaltet sich im Einzelfall mitunter schwierig.⁷³⁸ Sie ist indes notwendig, da an einer freien Benutzung - im Gegensatz zu einer abhängigen Bearbeitung - ein selbständiges Urheberrecht entsteht, zu dessen Verwertung die Zustimmung des Vorlagenschöpfers nicht erforderlich ist.⁷³⁹

Der Urheber einer abhängigen Bearbeitung hingegen darf diese nach § 14 Abs 2 UrhG nur verwerten, soweit ihm der Urheber des bearbeiteten Werkes das ausschließliche Recht oder die Bewilligung dazu erteilt.⁷⁴⁰ Insoweit steht dem Vorlagenschöpfer ein Kontrollrecht bezüglich etwaiger abhängiger Bearbeitungen seines Werkes zu. Es bleibt allein ihm überlassen, ob er derartige Umgestaltungen dulden will, die sich schöpferisch oder auf sonstige Weise mit seinem Werk befassen. „Nicht nur die identische oder nahezu identische Vervielfältigung [...], sondern auch weitergehende Abweichungen sind ihm vorbehalten, solange die individuellen Züge seines Werkes nicht hinter denjenigen des weiteren Werkes verblassen und eine freie Benutzung vorliegt.“⁷⁴¹

Doch nicht jede bloße Anregung eines Zweiturhebers durch die Arbeit des Vorlagenschöpfers kann dessen Bewilligungsvorbehalt zur Verwertung auslösen.⁷⁴² „Im Urheberrecht stehen sich die monopolistischen Interessen des Urhebers, ausschließlich zu bestimmen, wer wie, wann und wo sein Werk nutzen darf, sowie die kulturellen Interessen der Allgemeinheit gegenüber, freien Zugang zu fremden Wer-

⁷³⁸ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (240); *Schumacher in Kucsko*, urheber.recht (2008) 161.

⁷³⁹ *Schumacher in Kucsko*, urheber.recht (2008) 162.

⁷⁴⁰ Der Gesetzestext spricht in § 14 Abs 2 UrhG von „Übersetzungen und anderen Bearbeitungen“ und führt damit die „Übersetzung“ an erster Stelle. Tatsächlich aber ist die Bearbeitung der Überbegriff und der Wortlaut von § 14 Abs 2 UrhG insoweit systemwidrig, auch wenn er sich an Art 2 Abs 3 der Berner Übereinkunft anlehnt. Entsprechendes gilt für § 5 Abs 1 UrhG (vgl. *Dillenz/Gutman*, UrhG² [2004] § 5 Rz 1, der indes fälschlicherweise auf Art 2 Abs 2 der Berner Übereinkunft Bezug nimmt). Die Übersetzung ist ein Unterfall der Bearbeitung (*Walter*, Österreichisches Urheberrecht I [2008] Rz 272). Da die Übersetzung in eine andere Sprache auf Grund der idiomatischen Verschiedenheiten, abgesehen von gewöhnlichen Fällen, eine individuelle Leistung des Übersetzers erfordert, ist im Regelfall jede von einem Menschen erstellte Übersetzung eine Bearbeitung (OGH 4 Ob 293/01v MR 2002, 164 [164]; *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ [2012] § 5 E6).

⁷⁴¹ *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG³ § 23 Rz 1.

⁷⁴² *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 111.

ken zu haben und sie nach Belieben genießen und verwenden zu dürfen.“⁷⁴³ Den Vorschriften der §§ 5 und 14 Abs 2 UrhG zur freien Benutzung sowie zur abhängigen Bearbeitung mit ihrem Bewilligungsvorbehalt zur Verwertung kommt die Aufgabe zu, dieses Spannungsverhältnis angemessen auszugleichen.⁷⁴⁴

Das Kontrollrecht des Vorlagenschöpfers unterliegt infolgedessen gewissen Einschränkungen.⁷⁴⁵ Einerseits stellt § 14 Abs 2 UrhG auf die Verwertung des Zweitwerkes in bearbeiteter Form ab, so dass die Herstellung der abhängigen Bearbeitung durch den Zweiturheber zunächst unabhängig vom Vorlagenschöpfer zulässig ist.⁷⁴⁶ Andererseits ist der Bewilligungsvorbehalt des Vorlagenschöpfers nach § 14 Abs 2 UrhG dort obsolet, wo sich die Umgestaltung im Zweitwerk soweit von der Vorlage entfernt, dass eine freie Benutzung im Sinne von § 5 Abs 2 UrhG vorliegt. Für den Vorlagenschöpfer kann kein Kontroll- und Beteiligungsanspruch bestehen, wenn sich die Vorlage in ihrer Aneignung nicht mehr wieder findet, da insoweit der Schutzzweck von § 14 Abs 2 UrhG nicht länger tangiert ist.⁷⁴⁷

Die Übergänge zwischen abhängiger Bearbeitung und freier Benutzung sind fließend.⁷⁴⁸ „Ist das neue Werk von dem benutzten Werk so sehr bestimmt, dass es von ihm abhängig ist und wesentliche Züge des benutzten Werkes im neuen Werk unverändert oder verändert wiederkehren, dann liegt eine [...] zustimmungsbedürftige Bearbeitung [...] vor. Bleibt der Abstand größer, indem sich der Urheber nur so weit anregen lässt, dass die Züge des benutzten Werkes hinter diejenigen des neuen Werkes verblassen [...], dann liegt eine freie Benutzung vor, die [...] ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden darf.“⁷⁴⁹ Der freien Benutzung und der abhängigen Bearbeitung gemein ist der Umstand, dass sie jeweils ein fremdes Werk in veränderter Form darstellen. Unterschiede lassen sich am Grad der Abweichungen von der Werkvorlage festmachen, die von kaum unterscheidbaren Minimalabweichungen bis zu deutlichen Verände-

⁷⁴³ Schulze in Dreier/Schulze, UrhG³ § 24 Rz 1.

⁷⁴⁴ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 111.

⁷⁴⁵ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 111.

⁷⁴⁶ Schumacher in Kucsko, urheber.recht (2008) 160; Dittrich, Anm zu OGH 4 Ob 51/94, ÖBl 1994, 285 (287). Vervielfältigungen der Bearbeitung sind hiervon nicht erfasst, weil damit bereits eine zustimmungspflichtige Verwertung verbunden ist (Ciresa, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 12).

⁷⁴⁷ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 111.

⁷⁴⁸ Schulze in Dreier/Schulze, UrhG³ § 24 Rz 1.

⁷⁴⁹ Schulze in Dreier/Schulze, UrhG³ § 24 Rz 1.

rungen reichen können.⁷⁵⁰ Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein nach Umfang und inhaltlicher Bedeutung wesentlicher Teil des Originalwerkes entlehnt wird.⁷⁵¹ Nicht die Intensität der Inanspruchnahme des fremden Werkes, sondern der individuelle Beitrag des aneignenden Künstlers ist für die Unterscheidung zwischen freier Benutzung und abhängiger Bearbeitung ausschlaggebend.⁷⁵²

c) Die abhängige Bearbeitung nach § 5 Abs 1 UrhG

Eine Bearbeitung im Sinne von § 5 Abs 1 UrhG muss eine eigentümliche geistige Schöpfung sein, um eigenständigen Schutz genießen zu können. Die Veränderungen, die durch den Verwender vorgenommen werden, müssen insoweit den allgemeinen urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen genügen.⁷⁵³

Eine Bearbeitung lässt das bearbeitete Werk in seinem Wesen unberührt, muss ihm indes zumindest in der äußeren Form eine neue Gestalt geben, um als eigentümliche geistige Schöpfung angesehen werden zu können.⁷⁵⁴ Die Vorlage ist Kern der Bearbeitung.⁷⁵⁵ Der Bearbeiter behält also in der Regel die wesentlichen individuellen Züge des Originalwerkes bei, nimmt aber Veränderungen daran vor, die Ausdruck seines eigenen individuellen Schaffens sind, sodass die fertige Bearbeitung sowohl den individuellen Geist des Originalurhebers als auch den des Bearbeiters zum Ausdruck bringt.⁷⁵⁶

⁷⁵⁰ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 111 f.

⁷⁵¹ *Schumacher* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) 163; *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E24.

⁷⁵² *Chakraborty*, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht (1997) 30; *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 112.

Teilweise wird vertreten, freie Benutzung und abhängige Bearbeitung seien hingegen nach der Intensität der Inanspruchnahme der Werkvorlage zu unterscheiden. Diese Auffassung lässt jedoch außer Acht, dass selbst eine umfangreiche Bezugnahme auf die Werkvorlage nicht mehr der Werkherrschaft des Werkvorlagenschöpfers unterliegt, wenn die individuelle Leistung des aneignenden Künstlers derart ausgeprägt ist, dass die Züge des benutzten Werkes hinter diejenigen des neuen Werkes verbleiben (vgl. *Chakraborty*, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht [1997] 29).

⁷⁵³ *Schumacher* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) 156.

⁷⁵⁴ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 3; anders *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 273, der davon ausgeht, dass das Wesen des bearbeiteten Werkes im Fall einer Bearbeitung in der Regel erhalten bleibt, dies aber nicht notwendigerweise der Fall sein muss. Dies bleibt indes hier ohne Auswirkungen auf die Appropriation Art, bemüht sich diese ihrem Wesen nach doch gerade darum, keine Bearbeitung und damit unabhängig von der Zustimmung zur Verwertung durch den Vorlagenschöpfer zu sein. Thematisiert ist, inwieweit der Appropriation Art von der Vorlage unabhängige Urheberrechte zukommen können.

⁷⁵⁵ *Schumacher* in *Kucsko*, *urheber.recht* (2008) 156.

⁷⁵⁶ OGH 4 Ob 45/05d MR 2005, 379 (379); *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 3.

Soweit die Bearbeitung eine eigentümliche geistige Schöpfung darstellt, bildet sie damit einen neuen Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes. An der Bearbeitung entsteht ein Bearbeiterurheberrecht.⁷⁵⁷ Es wird als abhängiges Urheberrecht bezeichnet. Die Bearbeitung ist urheberrechtlich geschützt, es sind indes auch die urheberrechtlichen Interessen des Vorlagenschöpfers berührt.⁷⁵⁸

Lediglich geringfügige Änderungen oder Umgestaltungen des Originals sind keine Bearbeitungen im Rechtssinn.⁷⁵⁹ Entsprechendes gilt, wird ein Werk nur handwerklich bearbeitet.⁷⁶⁰ Eine unveränderte oder im Wesentlichen unveränderte Wiedergabe stellt keine Bearbeitung, sondern eine Vervielfältigung dar.⁷⁶¹ Es fehlt an einer eigentümlichen geistigen Schöpfung. Für den urheberrechtlichen Schutz der Bearbeitung kommt es aber auf deren künstlerische Qualität, ästhetischen oder wissenschaftlichen Wert oder deren Notwendigkeit nicht an.⁷⁶²

Bearbeitungen entstehen zumeist durch Veränderungen der Originalwerke. Sie können aber auch dann entstehen, wenn lediglich Werkteile des Originalwerkes ohne wesentliche Veränderungen in ein neues Werk eingefügt und in den Schöpfungsprozess des Zweiturhebers eingebunden werden.⁷⁶³

Interessant ist indes nicht die Frage, ob Appropriation Art als abhängige Bearbeitung geschützt werden kann, da in derartigen Fällen immer noch die Zustimmung des Vorlagenschöpfers zur Verwertung des Zweitwerkes durch den aneignenden Künstler erforderlich ist.⁷⁶⁴ Aus Sicht der Aneignungskünstler und für die zeitgenössische Kunst im Allgemeinen viel entscheidender ist die hier zu diskutierende Frage, unter welchen Voraussetzungen die Künstler der Appropriation Art Urheberrechte unabhängig von den Rechten der Vorlagenschöpfer einfordern können. Ob der aneignende Künstler ein fremdgeschaffenes Werk unabhängig von der Kontrolle des

⁷⁵⁷ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 10.

⁷⁵⁸ Vom Bearbeiterurheberrecht, welches dem Bearbeiter nach § 5 Abs 1 UrhG zukommt, ist das Bearbeitungsrecht nach § 14 Abs 2 UrhG zu unterscheiden, welches dem Urheber des Originalwerkes das Recht einräumt, die Verwertung einer Bearbeitung seines Werkes zu erlauben oder zu untersagen (*Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 14).

⁷⁵⁹ OGH 4 Ob 45/05d MR 2005, 379 (379).

⁷⁶⁰ *Dillenz/Gutman*, UrhG² (2004) § 5 Rz 4.

⁷⁶¹ OGH 4 Ob 58/04i MR 2004, 331 (336).

⁷⁶² *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 11; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 277.

⁷⁶³ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 284.

⁷⁶⁴ Im Gegensatz zu *Andy Warhol*, der die Arbeit von *Elaine Sturtevant* von Anfang an unterstützte und ihr gar das originale Sieb seiner berühmten Serie *Flowers* für ihre Arbeit zur Verfügung stellt (vgl FN 53 Seite 29), kann natürlich grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass die Vorlagenschöpfer von der Aneignung ihrer eigenen Kunst begeistert sind.

Ersturhebers verarbeiten kann, hängt davon ab, ab wann dessen Zustimmungsbedürftigkeit entfällt.⁷⁶⁵

2. Die Abstandslehre⁷⁶⁶

a) Die Übernahme eigenschöpferischer Elemente

Der Appropriation Art immanent ist die Benutzung eines fremden Werkes im eigenen Schaffensprozess. Am Ende dieses Prozesses steht keine Bearbeitung im urheberrechtlichen Sinn, wenn das neue Werk des aneignenden Künstlers im Vergleich zum benutzten ein selbständiges Werk darstellt. Dann entsteht für den Aneignungskünstler ein unabhängiges Urheberrecht. Die Verwertung seines Werkes ist nun nicht von der Genehmigung des Schöpfers abhängig, dessen Vorlage Gegenstand der Aneignung war. Ab wann das Zustimmungsbedürfnis des Ersturhebers entfällt und ein von dessen Kontrolle unabhängiges Urheberrecht für den Aneignungskünstler entsteht, entscheidet sich anhand der Abgrenzung zwischen abhängiger Bearbeitung und freier Benutzung.⁷⁶⁷ Erst mit dem Vorliegen einer freien Benutzung wird die Zustimmungsbedürftigkeit des Ersturhebers zur Verwertung des Zweitwerkes obsolet.

In diesem Zusammenhang besteht zunächst Einigkeit darüber, dass jedenfalls freie, nicht geschützte Elemente, wie das abstrakte Konzept, die vorgegebene Grundidee, das angesprochene Milieu oder der behandelte Problemkreis eines Werkes übernommen werden dürfen.⁷⁶⁸ Dem Kontrollrecht des Ersturhebers sind all die nachgeschaffenen Werke entzogen, die nicht geschützte Elemente seines Originalwerkes aufgreifen. Elemente, die zum freien Formenschatz gehören, bleiben außer Betracht.⁷⁶⁹ Der Stil ist ebenso nicht schutzfähig wie die künstlerische Form als solche, die Manier oder die Technik.⁷⁷⁰ Entsprechendes gilt für die Idee.⁷⁷¹ Schutzlose Ele-

⁷⁶⁵ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 112.

⁷⁶⁶ Begriff nach *Dillenz/Gutman*, UrhG² (2004) § 5 Rz 7.

⁷⁶⁷ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 112. Vgl zu den Abstandskriterien bereits den Überblick in Kapitel 3 C.II.1.b) Seite 157.

⁷⁶⁸ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 287.

⁷⁶⁹ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (238).

⁷⁷⁰ OGH 4 Ob 201/04v MR 2005, 319 (320, 324 mwN).

⁷⁷¹ Ausf hierzu Kapitel 3 B.I.1 Seite 140.

mente stehen jedem frei zur Verfügung.⁷⁷² Hierfür bedarf es des § 5 Abs 2 UrhG nicht.⁷⁷³

Als eigenschöpferische Elemente grundsätzlich geschützt indes sind etwa die konkrete Werkgestaltung durch Bildorganisation und Platzierung eines Gegenstandes, Licht, Beleuchtung und Farbkontraste oder auch Formatwahl, Linienführung und Wahl von Blickwinkel und Bildausschnitt.⁷⁷⁴ Durch die freie Benutzung wird generell auch die Verwendung schutzfähiger Elemente eines fremden Werkes gestattet.⁷⁷⁵

b) Die grundlegenden Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung⁷⁷⁶

Unter welchen grundsätzlichen Voraussetzungen dies geschehen kann, hat die Rechtsprechung in einer Reihe von höchstrichterlichen Entscheidungen herausgearbeitet.⁷⁷⁷

Danach ist für die freie Benutzung kennzeichnend, dass trotz des Zusammenhanges mit einem anderen Werk ein von diesem verschiedenes, selbständiges Werk vorliegt, dem gegenüber das Werk, an das es sich anlehnt, vollständig in den Hintergrund tritt.⁷⁷⁸ Angesichts der Eigenart des neuen Werkes müssen die Züge des benutzten Werkes verblassen.⁷⁷⁹ Freie Benutzung setzt also grundsätzlich voraus, dass das fremde Werk nicht in identischer oder umgestalteter Form übernommen wird, auch nicht als Vorbild oder Werkunterlage, sondern lediglich als Anregung für

⁷⁷² Schulze in Dreier/Schulze, UrhG³ § 24 Rz 6.

⁷⁷³ Beispiele, wie Gerhard Richters Gemälde „Emma (Akt auf einer Treppe)“ (1966), dass sich auf Marcel Duchamps Arbeit „Nu descendant un escalier“ (1912) bezieht (vgl. Abbildung 45), finden sich bei Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 114.

Im Ergebnis ohne Auswirkungen bleibt die Kontroverse, ob sich ein Rückgriff auf die Vorschriften der freien Benutzung verbiete, wenn schutzlose Elemente benutzt werden oder ob diese Bestimmungen lediglich dann eingreifen, wenn zweifelhaft sei, ob geschützte Elemente des benutzten Werkes in dem neuen Werk enthalten seien oder nicht (Schulze in Dreier/Schulze, UrhG³ § 24 Rz 6).

⁷⁷⁴ Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 112.

⁷⁷⁵ Schulze in Dreier/Schulze, UrhG³ § 24 Rz 6.

⁷⁷⁶ Vgl. hierzu den Überblick bei OGH 4 Ob 170/07i MR 2008, 248 (251 ff).

⁷⁷⁷ Diese Abgrenzungskriterien haben ihren Eingang auch in die herrschende Lehre gefunden, siehe hierzu beispielhaft Schumacher in Kucsko, urheber.recht (2008) 161 ff; Ciresa, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 44 ff; Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § 5 Rz 6 ff; vgl. zu den Abstandskriterien bereits den Überblick in Kapitel 3 C.II.1.b) Seite 157.

⁷⁷⁸ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (238); Dittrich, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E11 mwN.

⁷⁷⁹ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (238); Dittrich, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E13 mwN.

das eigene Werkschaffen dient.⁷⁸⁰ Dabei muss sich das Kriterium des Verblassens auf die äußerliche Manifestation der Distanz zwischen benutztem und neuem Werk stützen. Entscheidend ist, was sichtbar ist.⁷⁸¹

„Angesichts des schier unerschöpflichen Fundus an frei benutzbarem Material ist es gerechtfertigt, die freie Benutzung der Werke auf jenes Mindestmaß zu beschränken, das erhalten bleiben muss, will man die Freiheit künstlerischen Schaffens nicht über Gebühr einengen und damit ersticken; an das Vorliegen einer freien Benutzung sind daher strenge Anforderungen zu stellen.“⁷⁸²

Um beurteilen zu können, ob eine freie Benutzung vorliegt, sind beide Werke in ihrer Gesamtheit zu vergleichen.⁷⁸³ Dabei kommt es auf die Gesamtwirkung, den Gesamteindruck an.⁷⁸⁴ Eine zergliedernde Beurteilung und Gegenüberstellung einzelner Elemente ohne Berücksichtigung des Gesamtzusammenhanges scheidet aus.⁷⁸⁵

Bei der vergleichenden Beurteilung des benutzten und des neugeschaffenen Werkes ist zunächst festzustellen, durch welche objektiven Merkmale die schöpferische Eigentümlichkeit des benutzten Werkes bestimmt wird. Maßgebend ist ein Vergleich der geistig-ästhetischen Wirkung beider Werke, unterliegt doch nur der geistig-ästhetische Gehalt des Werkes mit seiner Eigenart dem Schutzbereich.⁷⁸⁶ Entscheidend ist dabei nicht, ob ein nach Umfang und inhaltlicher Bedeutung wesentlicher Teil entlehnt wird, sondern ausschließlich, ob der entlehnte Teil des Werkes als solcher den urheberrechtlichen Schutzvoraussetzungen genügt. Fehlt einem Werkteil die eigenpersönliche Prägung, dann ist seine Benutzung zulässig.⁷⁸⁷ Denn die zum freien Formenschatz gehörenden Elemente bleiben außer Betracht.⁷⁸⁸

⁷⁸⁰ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (240); *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E14 mwN.

⁷⁸¹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 115.

⁷⁸² OGH 4 Ob 170/07i MR 2008, 248 (252, 254).

⁷⁸³ OGH 4 Ob 396/82 ÖBI 1983, 173 (173); *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E17 mwN.

⁷⁸⁴ OGH 4 Ob 16/94 ÖBI 1995, 14 (15); *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E18 mwN.

⁷⁸⁵ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (240); *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E19 mwN.

⁷⁸⁶ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (240); *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E21 mwN.

⁷⁸⁷ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (240); *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E24 mwN.

⁷⁸⁸ Vgl zur Übernahme von eigenschöpferischen Elementen bereits Kapitel 3 C.II.2.a) Seite 162.

Sind die Merkmale schützbar, die den ästhetischen Gesamteindruck des benutzten Originals bestimmen, und stimmen diese Merkmale mit der Nachschöpfung überein, dann ist davon auszugehen, dass die Nachschöpfung in den geschützten Bereich des Originals eingegriffen hat, richtet doch der Verkehr sein Augenmerk in der Regel mehr auf die Übereinstimmungen als auf die abweichenden Merkmale.⁷⁸⁹

Obwohl in jedem Fall eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen ist, lässt sich doch der allgemeine Grundsatz aufstellen, dass eine freie Benutzung umso weniger in Betracht kommt, je ausgeprägter die Individualität der Vorlage ist. Denn desto weniger wird sie auch gegenüber dem neugeschaffenen Werk verblassen. Umgekehrt wird die Vorlage umso eher verblassen, je stärker die Individualität des neuen Werkes ist.⁷⁹⁰

c) Erste Konsequenzen für die Appropriation Art

Betrachtet man die bisher festgestellten allgemeinen Abgrenzungskriterien, wird offensichtlich, dass hiernach eine Qualifizierung von Werken der Appropriation Art als freie Benutzung eher die Ausnahme bleiben wird. Die Appropriation Art benutzt fremde Werke im eigenen Schaffensprozess und zielt dabei auf äußerlich-formale Übereinstimmungen mit ihrer Werkvorlage ab.⁷⁹¹ Derartige Übereinstimmung führen in der Regel zu einem negativen Ergebnis der Verblassensprüfung zu Ungunsten einer freien Benutzung, treten doch die Werke der Aneignungskünstler regelmäßig nicht vollständig in den Hintergrund ihrer Werkvorlage.

Mit dem Kriterium des Verblassens als tragende Stütze der Abstandslehre allein kann Appropriation Art im Allgemeinen nicht als freie Benutzung erfasst werden, da dieses Unterscheidungszeichen allein auf den äußerlichen Abstand zwischen benutztem und neuem Werk abstellt. Im Rahmen der Aneignungskunst verblassen die Züge des benutzten Werkes nicht, sie stehen vielmehr als Zielsetzung der Appropriation Art maßgeblich im Vordergrund.⁷⁹²

⁷⁸⁹ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (240); *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § 5 E25 mwN.

⁷⁹⁰ OGH 4 Ob 170/07i MR 2008, 248 (252).

⁷⁹¹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 116.

⁷⁹² *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 116.

3. Zusätzliche Abgrenzungskriterien

a) Die Zulässigkeit zusätzlicher Abgrenzungskriterien

Zu prüfen bleibt, ob weitere Kriterien hinzutreten können, die darüber hinaus eine Einordnung der Aneignungskunst als freie Benutzung rechtfertigen können. Zu dieser Frage wird teilweise vertreten, dass eine Hinzuziehung weiterer Abgrenzungskriterien im Zuge der Beurteilung der Aneignungskunst als freie Benutzung nicht in Betracht käme. Die Freistellung freier Bearbeitungen laufe im Wesentlichen nur auf die Klarstellung hinaus, dass freie, nicht geschützte Elemente, wie das abstrakte Konzept, die vorgegebene Grundidee, das angesprochene Milieu oder der behandelte Problemkreis eines Werkes, übernommen werden dürfen.⁷⁹³

Meist wird indes eine großzügigere Auffassung vertreten, wonach es in jedem Fall zusätzlicher Abgrenzungskriterien bedarf, die sich dann im Interesse des Nutzers an der Zulässigkeit freier Bearbeitungen und den berechtigten Urheberinteressen orientieren müssen.⁷⁹⁴ Derartige zusätzliche Kriterien wurden etwa dahingehend aufgestellt, ob Werkvorlage und Nachschöpfung im Wettbewerb zueinander stehen⁷⁹⁵, ob die Entlehnung einen ausreichenden inneren Abstand hält⁷⁹⁶ oder ob sie erforderlich ist⁷⁹⁷.

Letzterer Auffassung, die zusätzliche Abgrenzungskriterien neben der Verblässigungsprüfung befürworten, ist der Vorzug zu geben. Mag zwar § 5 Abs 2 UrhG im Grunde der Klarstellung dienen und in diesem Zusammenhang ein umfassender Gesamtvergleich vorzunehmen sein, darf nicht außer Acht bleiben, dass dieser Bestimmung eine darüber hinausgehende eigenständige Bedeutung zukommen muss. Denn auch die Art der freien Benutzung ist zu berücksichtigen. Soweit diese einen selbständigen Zweck erfüllt und hieran ein berechtigtes gesellschaftliches Interesse besteht, kann im Einzelfall ein großzügiger Maßstab angelegt werden.⁷⁹⁸ Die jeweils betroffene Kunstform, wie etwa - neben der Aneignungskunst - die Parodie oder die

⁷⁹³ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 287.

⁷⁹⁴ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 287.

⁷⁹⁵ OGH 4 Ob 396/82 ÖBI 1983, 173 (173).

⁷⁹⁶ BGH I ZR 117/00 GRUR 2003, 956 (958).

⁷⁹⁷ BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588 (590); zusammenfassend *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 287.

⁷⁹⁸ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 287.

Variation, gibt dabei den Rahmen vor, nachdem der Grad des Verblässens der Werkvorlage hinter der Nachschöpfung zu bewerten ist.⁷⁹⁹

b) Wettbewerb zwischen Werkvorlage und Nachschöpfung

Die Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen abhängiger Bearbeitung und freier Benutzung hat immer wieder betont, dass es im Rahmen einer diesbezüglichen Prüfung insbesondere auch auf einen möglichen Wettbewerb zwischen dem Erstwerk und dem nachgeschaffenen Werk ankommen kann.⁸⁰⁰ Ob diese Erkenntnis dem Aneignungskünstler „allein“ hilft und seine Arbeit als freie Benutzung entstehen lassen kann, scheint jedoch fraglich.

Zunächst ist bereits in Zweifel zu ziehen, ob bei der Beurteilung der Abgrenzung zwischen abhängiger Bearbeitung und freier Benutzung tatsächlich auch im urheberrechtlichen Zusammenhang auf das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses Rücksicht zu nehmen ist. Denn der urheberrechtliche Schutz ist ein absoluter und muss grundsätzlich unabhängig von einer möglichen Konkurrenzierung gewährt werden.⁸⁰¹ Es sollte vielmehr eine differenzierte Betrachtung Einzug finden, spielt doch im Wettbewerbsrecht nicht nur ein Wettbewerbsverhältnis, sondern auch die Wettbewerbsabsicht eine Rolle. Dies deutet auf eine subjektive Komponente hin, die jedenfalls im Urheberrecht nicht vorausgesetzt wird. Dort ist tatbestandsmäßiges Handeln per se rechtswidrig, sofern die Zustimmung des Urhebers nicht vorliegt.⁸⁰² Unabhängig davon sollten aber die Ergebnisse der Rechtsprechung aus dem Bereich des Urheberrechts mit jenen des gewerblichen Rechtsschutzes im weitgehenden Einklang stehen. Dies scheint vor allem deshalb sinnvoll, da sich die Funktion des Urheberrechts dem des gewerblichen Rechtsschutzes immer weiter angenähert hat.⁸⁰³ Denn die ursprünglich deutlich unterschiedlich und aufgabenspezifisch ausgerichteten Rechtfertigungen der verschiedenen Schutzrechte treten in ihrer Bedeutung immer mehr zurück.⁸⁰⁴

⁷⁹⁹ *Schumacher* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 165.

⁸⁰⁰ OGH 4 Ob 396/82 ÖBl 1983, 173 (173); OGH 4 Ob 221/03h MR 2004, 117 (117); OGH 4 Ob 201/04v MR 2005, 319 (320).

⁸⁰¹ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 201/04v, MR 2005, 326 (326).

⁸⁰² *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 221/03h, MR 2004, 119 (121).

⁸⁰³ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (61).

⁸⁰⁴ *Kur*, Funktionswandel von Schutzrechten, in *Schricker/Dreier/Kur*, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation (2001) 23 (33).

Diese Betrachtung führt jedenfalls im Weiteren dazu, dass konsequenterweise ein Korrektiv aus der Sicht eines Wettbewerbsverhältnisses nur neben die grundlegenden Abgrenzungskriterien der Abstandslehre⁸⁰⁵ und die möglichen weiteren Abgrenzungskriterien treten kann. Nur weil der Aneignungskünstler mit seiner Nachschöpfung nicht in Konkurrenz zur Werkvorlage tritt, kann seine Arbeit nicht bereits als freie Benutzung gelten.⁸⁰⁶ Eine alleinige Auswertung der Konkurrenzsituation kann nicht genügen. Gegen den Umstand, ausschließlich auf die wirtschaftlichen Gesichtspunkte eines Eingriffs abzustellen, spricht insbesondere, dass in dieser Weise der persönlichkeitsrechtliche Schutz kaum Berücksichtigung finden kann. Das österreichische Urheberrecht bringt indes mit seiner monistischen Verbindung von Verwertungs- und Persönlichkeitsrechten klar zum Ausdruck, dass bei jeder denkbaren Beeinträchtigung der Rechte eines Urhebers der persönlichkeitsrechtliche Aspekt Berücksichtigung finden muss.⁸⁰⁷

Ein möglicher Wettbewerb zwischen dem entlehnten Werk und dessen Nachschöpfung kann damit allenfalls in die Gesamtbetrachtung einzufließen.⁸⁰⁸ Er steht also jedenfalls nicht losgelöst von der urheberrechtlichen Beurteilung.

Der Aneignungskünstler wird in aller Regel an der Hürde der Verblässensprüfung scheitern.⁸⁰⁹ Nur in den Fällen, in denen sich die Nachschöpfung zwar von der Werkvorlage entfernt, jedoch letzte Zweifel bleiben, ob dies zur Annahme einer freien Benutzung ausreichen kann, scheint es sinnvoll, zusätzlich zu fragen, ob der Aneignungskünstler mit seiner Nachschöpfung in Konkurrenz zur Arbeit des Ersturhebers steht.⁸¹⁰ Nur wenn dies nicht der Fall sein sollte, ist es denkbar, dass sich

⁸⁰⁵ Vgl hierzu oben Kapitel 3 C.II.2.b) Seite 163.

⁸⁰⁶ Anders aber *Chakraborty*, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht (1997) 107, nachdem allein durch die Benutzung kein schutzwürdiges Interesse des Originalurhebers betroffen sei und damit der Annahme einer freien Benutzung nichts entgegen stehe, solange der wirtschaftliche Erfolg des jüngeren Werkes ohne Einfluss auf das benutzte ältere bleibe.

⁸⁰⁷ *Mauch*, Die rechtliche Beurteilung von Parodien (2003) 56. Zur monistischen Theorie im österreichischen Urheberrecht vgl. *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 514; *Dilenz/Gutman*, UrhG² (2004) § 19 Rz 1.

⁸⁰⁸ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 54. Vgl dazu auch die Abgrenzungskriterien des OGH aus seiner Entscheidung 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 = MR 2010, 327 über die urheberrechtliche Einordnung der Parodie, in die neben inhaltlichen und urheberpersönlichkeitsrechtlichen Kriterien ebenfalls wirtschaftliche Gesichtspunkte einfließen (näher dazu unten Kapitel 3 C.II.3.e) Seite 178).

⁸⁰⁹ Vgl hierzu oben Kapitel 3 C.II.2.c) Seite 165.

⁸¹⁰ Zu den Grundsätzen im Wettbewerb zwischen Werkvorlage und Nachschöpfung im US-amerikanischen Copyright-Law vgl. Kapitel 2 A.V.3.d) Seite 90.

dieser Umstand dann zu Gunsten des Aneignungskünstlers auswirken kann.⁸¹¹ Da dies indes auf eine sehr geringe Anzahl von Fällen begrenzt bleiben wird, kann sich aus dem wettbewerblichen Abgrenzungskriterium allein letztendlich keine Verbesserung der Situation des Aneignungskünstlers mit Blick auf eine Qualifizierung seiner Arbeit als freie Benutzung ergeben. Das wettbewerbliche Abgrenzungsmerkmal kann aber im Zusammenhang mit den weiteren Abgrenzungskriterien seinen Niederschlag finden.

c) Innerer Abstand

aa) Die Entwicklung des Kriteriums des „inneren Abstands“ für die Parodie

Es wurde bereits herausgestellt, dass eine allein auf die äußeren Kriterien fußende Verblässensprüfung nicht ausreichen kann, um den Erfordernissen an die Einordnung der Appropriation Art in das urheberrechtliche Gefüge gerecht zu werden.⁸¹² In diesem Zusammenhang ist immer wieder betont worden, dass trotz des grundsätzlich sehr strengen Maßstabes der Verblässensprüfung unter bestimmten Voraussetzungen auch ein „innerer Abstand“, also geistiger Abstand, genügen kann, um für die Nachschöpfung eine freie Benutzung annehmen zu können.⁸¹³

Entwickelt wurde der Ansatz des „inneren Abstands“ auf der Grundlage der Werkkategorie der Parodie.⁸¹⁴ Ähnlich wie bei der Aneignungskunst werden bei der Parodie bestehende Werke oder Werkteile übernommen. Der Betrachter soll diese Nachbildung erkennen, damit die künstlerische Absicht zum Erfolg führt.⁸¹⁵ Deshalb werden gerade die individuellen, charakteristischen, den Kern der Werkvorlage und seiner darauf beruhenden Urheberschaft betreffenden Züge verwendet.⁸¹⁶ Das Zweitwerk will sich äußerlich bewusst nicht von der Werkvorlage unterscheiden oder wird le-

⁸¹¹ Als Beispiel könnte hier der Fall *Blanch v. Koons* (2006) genannt werden. Jeff Koons hatte sich eine „Modelfotografie“ angeeignet und diese in einem „Gemälde“ neben anderen Motiven verarbeitet.

⁸¹² Vgl hierzu bereits Kapitel 3 C.II.2.c) Seite 165.

⁸¹³ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 287; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 58; *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 116; Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung: BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588; BGH I ZR 264/91 GRUR 1994, 191; BGH I ZR 282/97 GRUR 2000, 703; BGH I ZR 117/00 GRUR 2003, 956.

⁸¹⁴ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 58; *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 116. Vgl hierzu bereits Kapitel 1 B.VIII Seite 38.

⁸¹⁵ *Schumacher* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 165.

⁸¹⁶ *Dillenz*, Die urheberrechtliche Beurteilung der Parodie, ZfRV 1984, 93 (93).

diglich durch geringe Abweichung gekennzeichnet.⁸¹⁷ Es ist, vordergründig betrachtet, geradezu ausgeschlossen, dass die Züge der Vorlage hinter denen der Nachschöpfung verblassen. Der Betrachter soll gerade erkennen können, dass die Werkvorlage in den Schaffensprozess einbezogen wird, und zwar nicht durch einen erläuternden Hinweis, womit der bezweckte Effekt verloren ginge, sondern durch die Züge der Nachschöpfung selbst.⁸¹⁸ Wie bei der Appropriation Art versagt die Verblassensprüfung damit auch bei der Parodie.

Ausgehend von der hieraus folgenden Überlegung, dass der Maßstab des Verblassens für eine Reihe von Fallgestaltungen nicht ausreichend ist und daher einer Anpassung bedarf,⁸¹⁹ wurde darauf aufbauend anhand der Auseinandersetzung mit der Kunstform der Parodie der Prüfstein des „inneren Abstands“ entwickelt.⁸²⁰ Danach kann eine freie Benutzung auch dann angenommen werden, wenn deutliche Übernahmen in der äußeren Formgebung vorliegen, soweit nur ein ausreichend großer innerer Abstand zwischen dem Ausgangswerk und der Nachschöpfung liegt und das Zweitwerk seinem Wesen nach einen selbständigen Charakter genießt.⁸²¹ Zulässig ist in diesem Zusammenhang selbst eine nicht nur deutliche sondern sogar eine unveränderte Übernahme.⁸²² Dabei soll es ausreichen, dass die Bezugnahme in der Nachschöpfung auf das thematische Umfeld des Ausgangswerkes abzielt,⁸²³ soweit eine eigene ernsthafte Aussage ermöglicht wird.⁸²⁴

bb) Die Anwendung des „inneren Abstands“ auf die Appropriation Art

Der Maßstab des „inneren Abstands“ hat sich anhand der Kunstform der Parodie herausgebildet. Fraglich ist, ob auch die Appropriation Art an diesem Maßstab gemessen werden kann. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn es zulässig ist, die Aneignungskunst als Unterfall der Parodie anzusehen.

⁸¹⁷ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 117.

⁸¹⁸ *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG³ § 24 Rz 25.

⁸¹⁹ BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588 (589); *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 117.

⁸²⁰ BGH I ZR 264/91 GRUR 1994, 191, *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 117.

⁸²¹ BGH I ZR 264/91 GRUR 1994, 191 (193), *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 118 f.

⁸²² *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 58; BGH I ZR 282/97 GRUR 2000, 703 (703); *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 120.

⁸²³ BGH I ZR 117/00 GRUR 2003, 956 (958); *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 121.

⁸²⁴ *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG³ § 24 Rz 25.

Zunächst ist Aneignungskunst und Parodie gemein, dass bestehende Werke oder Werkteile übernommen werden, um eine eigene künstlerische Aussage zu treffen. Jedoch kennzeichnet die Parodie insbesondere auch ein „komischer Charakter“, der der Appropriation Art im Allgemeinen nicht zufällt. Zwischen Aneignungskunst und Parodie bestehen also kunstspezifische, typologische Unterschiede, die eine generelle Einordnung der Appropriation Art unter die Werkkategorie der Parodie verbieten.⁸²⁵ Auch der Umstand, dass zwar in einer Reihe von Werken der Appropriation Art mitunter komische Züge zu erblicken sind, ändert nichts an dieser grundsätzlichen Einschätzung.⁸²⁶

Zudem gibt es keine gesetzliche Regelung über die Zulässigkeit von Parodien in der österreichischen Rechtsordnung.⁸²⁷ Folglich ist die Parodie kein subsumtionsfähiges Tatbestandsmerkmal, kein Rechtsbegriff des Urheberrechts, sondern eine Kunstform, deren Ursprung gar in der Zeit vor der Entstehung des Urheberrechts liegt.⁸²⁸ Es mag zwar sein, dass die Rechtsprechung der Parodie eine bestimmte Ausnahmestellung einräumt.⁸²⁹ Trotzdem eignet sich der „Begriff“ der Parodie selbst nicht als Anknüpfungspunkt, eine bezüglich der Parodie gerichtlich entwickelte Ausnahmestellung auf die Kategorie der Aneignungskunst zu übertragen.⁸³⁰

Die Appropriation Art kann damit zwar nicht der Kunstform der Parodie zugeordnet werden. Jedoch muss die Bewertung des „inneren Abstands“ aus seiner dogmatischen Funktion heraus verstanden werden, so dass es sich verbietet, die Klärung der Frage, ob der Maßstab des „inneren Abstands“ auf weitere Werkkategorien als

⁸²⁵ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 123.

⁸²⁶ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 123.

⁸²⁷ *Schumacher* in Kucsko, urheber.recht; OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 (276); *Noll*, Parodie und Variation, MR 2006, 196 (197) mwN in FN 9.

⁸²⁸ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 122; vgl hierzu bereits Kapitel 1 B.VIII Seite 38.

⁸²⁹ In der österreichischen Rechtsprechung findet sich die erste veröffentlichte Entscheidung zum Begriff der Parodie im Jahr 1953, wonach die Benutzung eines Werkes zur antithematischen Verwendung frei ist (*Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ [2012] § 5 E41). Als weiteres Beispiel wäre der Beschluss des OGH vom 13.07.2010 (4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 = MR 2010, 327) zu nennen. Eine weitaus größere Anzahl an Beispielen findet sich in der deutschen Rechtsprechung: BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588; LG Berlin 16 O 208/72 GRUR 1974, 231; OLG München 29 U 3793/90 ZUM 1991, 251; OLG München 29 U 6719/90 ZUM 1991, 432; BGH I ZR 264/91 GRUR 1994, 191; OLG Frankfurt am Main 11 U 2/95 ZUM 1996, 97; BGH I ZR 282/97 GRUR 2000, 703; OLG München 29 U 3278/02 ZUM 2003, 571; BGH I ZR 117/00 GRUR 2003, 956.

⁸³⁰ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 123.

die Parodie Anwendung finden kann, ausschließlich auf den „Begriff“ der Parodie zurückzuführen.⁸³¹

Der „innere Abstand“ kann nicht nur durch Parodien sondern auch auf andere Weise erreicht werden.⁸³² Es ist unerheblich, ob die Benutzung im Rahmen einer Parodie, die sich durch die antithematische Auseinandersetzung mit der Vorlage auszeichnet, oder einer anderen Form der Auseinandersetzung, die auch neuartig sein kann, erfolgt.⁸³³ Die anhand der Parodie entwickelten Grundsätze zum „inneren Abstand“ können damit auch bezüglich der urheberrechtlichen Einordnung der Appropriation Art Anwendung finden. Sie sind keine parodiespezifische Privilegierung.⁸³⁴

Die Ausweitung der Grenzen der Verblässensprüfung durch den Maßstab des „inneren Abstands“ fußt auf verfassungsrechtlichen Überlegungen. Erheblich ist nur, dass die Parodie eine Kunstform ist, die unter den verfassungsrechtlichen Schutz der Kunstfreiheit von Art 17 a StGG fällt.⁸³⁵ Es kommt nicht darauf an, ob begrifflich eine Parodie vorliegt.⁸³⁶ Die zu bewertenden Tatbestände des Urheberrechts sind mit Blick auf die Garantie der Kunstfreiheit aus Art 17 a StGG auszulegen.⁸³⁷ Die Existenz einer Kunstform darf nicht von vornherein durch einfachgesetzliche Vorschriften zunichte gemacht werden, selbst dann nicht, wenn die jeweilige Kunstform ihrem Wesen nach auf die Erkennbarkeit ihrer Vorlage angewiesen ist, um überhaupt eine künstlerische Aussage treffen zu können.⁸³⁸

Diese vorgenannten Grundsätze gelten nicht nur für die Parodie sondern auch für die Appropriation Art und ferner für jede andere Kunstform. Die Bevorzugung einer Kunstform gegenüber einer anderen verbietet sich.⁸³⁹ Die Prinzipien zum „inneren Abstand“ bleiben nicht auf die Parodie beschränkt. Sie finden auch auf jede andere Kunstform Anwendung, die den Schutz von Art 17 a StGG genießt, demnach auch auf die Aneignungskunst.

⁸³¹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 123.

⁸³² BGH I ZR 264/91 GRUR 1994, 191 (205); BGH I ZR 117/00 GRUR 2003, 956 (958); *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 123; *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG³ § 24 Rz 25.

⁸³³ *Bullinger in Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 24 Rz 14.

⁸³⁴ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 124.

⁸³⁵ OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 (277); vgl. *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 124. Parodien stehen zudem unter dem besonderen Schutz der Meinungsfreiheit nach Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK (OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 [277]).

⁸³⁶ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 124.

⁸³⁷ *Anderl/Schmid*, Appropriation Art, *ecolex* 2009, Seite 49 (49 f).

⁸³⁸ *Bullinger*, Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht (1997) 97; *Huttenlauch*, Appropriation Art (2012) 124.

⁸³⁹ *Bullinger in Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 24 Rz 14.

cc) Die Bestimmung des „inneren Abstands“

(1) Die Kriterien der Rechtsprechung

Nachdem auch die Aneignungskunst grundsätzlich an den Prinzipien zum „inneren Abstand“ gemessen werden kann, bleibt nun in der Folge für den Einzelfall zu klären, inwieweit ein „innerer Abstand“ auch tatsächlich vorliegt.⁸⁴⁰ Fraglich ist, wie dieser Maßstab in der Praxis angewendet werden kann. Hierfür sind Kriterien zu entwickeln, anhand derer sich ein „innerer Abstand“ bestimmen lässt. Dazu werden bisher mehrere Ansätze verfolgt, die aufgrund der aufgezeigten Herausarbeitung des Maßstabs des „inneren Abstands“ ihre Wurzeln allesamt im Zusammenhang mit der urheberrechtlichen Einordnung der Parodie finden.

So soll der „innere Abstand“ nach Auffassung der Rechtsprechung maßgeblich dann gegeben sein, wenn zwischen der Nachschöpfung und der Werkvorlage eine „werkbezogene Auseinandersetzung“ erfolgt.⁸⁴¹ Diese Auseinandersetzung kann künstlerischer oder kritischer Art sein und auch dadurch erfolgen, dass die Werkvorlage in einen antithematischen Zusammenhang gerückt wird.⁸⁴² Bloße Verfremdungen eigenschöpferischer, urheberrechtlich selbständig schutzfähiger Elemente der Werkvorlage genügen dabei nicht, auch wenn ein gewisser komischer Effekt erzielt wird.⁸⁴³

(2) Die Lösungsansätze im Schrifttum

Im Schrifttum wird der Gedanke der „Antithematik“ als kulturwissenschaftliches Wesensmerkmal der Parodie in viel größerem Umfang aufgegriffen und versucht, allein über diesen Begriff die Beziehung zwischen der Werkvorlage und der Nachschöpfung und damit den rechtlich relevanten „inneren Abstand“ zu erfassen. Dies erfolgt in unterschiedlichen Ausprägungen. So wird teilweise vertreten, dass sich eine antithematische Kritik ausschließlich gegen das parodierte Werk selbst richten darf.⁸⁴⁴ Eine Bezugnahme auf außerwerkliche Umstände unter Ausnutzung der Werkvorla-

⁸⁴⁰ *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 125 ff.

⁸⁴¹ BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588 (589); BGH I ZR 264/91 GRUR 1994, 191 (193).

⁸⁴² BGH I ZR 264/91 GRUR 1994, 191 (193 und 200). Ausführlich hierzu *Huttenlauch*, *Appropriation Art* (2010) 125 f.

⁸⁴³ BGH I ZR 264/91 GRUR 1994, 191 (200).

⁸⁴⁴ *Mauch*, *Die rechtliche Beurteilung von Parodien* (2003) 56.

ge als Anknüpfungspunkt verbiete sich.⁸⁴⁵ Die Identität zwischen Angriffsziel und parodiertem Werk ist dabei bereits begriffliche Voraussetzung für das Vorliegen einer Parodie.⁸⁴⁶

Hefti verwendet den Begriff der Antithematik ebenfalls zur Wesensbestimmung der Parodie,⁸⁴⁷ geht aber weiter und versteht hierunter eine spezifische Inhaltsumkehrung.⁸⁴⁸ Danach müsse eine Parodie keineswegs die Vorlage kritisieren. Vielmehr genüge es, wenn sie den ernsten Sinn, die tragische Wirkung des Originalwerkes in eine humorvolle, spöttische und witzige Art umwandle.⁸⁴⁹ Übt die Parodie hingegen Kritik, könne sie sich auch gegen gänzlich andere Dinge als die Werkvorlage richten.⁸⁵⁰

Gleichfalls beruhend auf dem kulturwissenschaftlichen Begriff der Parodie vertritt *Hess* die vermittelnde Auffassung, Ziel einer antithematischen Kritik könne die Werkvorlage der Parodie oder deren engeres Umfeld sein.⁸⁵¹

Allen Ansätzen im Schrifttum, mögen sie inhaltlich auch voneinander abweichen, ist gemeinsam, dass sie nicht klar zwischen den Kriterien der Wesensbestimmung der kulturellen Erscheinung „Parodie“ und den Unterscheidungszeichen zur Beurteilung eines Werkes aufgrund des rechtlichen Maßstabs des „inneren Abstands“ unterscheiden.⁸⁵² Der Begriff der „Antithematik“ wird unter Verwendung eines jeweils unterschiedlichen Bedeutungsgehalts sowohl zur kulturwissenschaftlichen Einordnung der Parodie als auch zur nachfolgenden Bestimmung des rechtlich relevanten „inneren Abstands“ benutzt.⁸⁵³ Die rechtliche Abgrenzungsentscheidung wird auf eine begriffliche Ebene verschoben.⁸⁵⁴ Entscheidend ist nur, ob dem kulturwissenschaftlichen Verständnis nach eine Parodie vorliegt, die dann aufgrund der „Antithematik“ automatisch auch den erforderlichen „inneren Abstand“ einhält und sodann als zulässig behandelt wird. Ob eine freie Benutzung aufgrund eines ausreichenden „inneren Abstands“ vorliegt, ist letztlich überhaupt nicht Gegenstand der Prüfung. Das

⁸⁴⁵ *Platho*, Die Parodie, GRUR 1992, 360 (364); *Ruijsenaars*, Comic-Figuren und Parodien, GRUR Int 1993, 918 (924).

⁸⁴⁶ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 127.

⁸⁴⁷ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 127.

⁸⁴⁸ *Mauch*, Die rechtliche Beurteilung von Parodien (2003) 56.

⁸⁴⁹ *Hefti*, Die Parodie im Urheberrecht (1977) 56 und 92.

⁸⁵⁰ *Hefti*, Die Parodie im Urheberrecht (1977) 92.

⁸⁵¹ *Hess*, Urheberrechtsprobleme der Parodie (1993) 121.

⁸⁵² *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 128.

⁸⁵³ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 128.

⁸⁵⁴ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 128.

führt dazu, dass zwischen freier und unfreier Parodie gar nicht unterschieden wird und dass es letztendlich eine unzulässige Parodie faktisch überhaupt nicht gibt.⁸⁵⁵

Begriffliche Definitionen, die außerhalb des Rechts stehen, sollten jedoch nicht die Grundlage für die rechtliche Einordnung kultureller Erscheinungen bilden.⁸⁵⁶ So kann es zwar beispielsweise für die literarische Einstufung eines Werkes darauf ankommen, ob es komisch sein soll oder nicht. Für Feststellungen zur Rechtsnatur des Werkes bleibt dies hingegen unerheblich. Urheberrecht und Literaturwissenschaft sind insoweit nicht miteinander vereinbar.⁸⁵⁷ Ein Stehenbleiben bei der Betrachtung der Parodiefrage verbietet sich. Vielmehr muss der Blick weiter auf die verfassungsrechtliche Situation gelenkt werden. Ins Sichtfeld gerät als übergeordneter Gesichtspunkt der notwendige und im Hinblick auf die Kunstfreiheit nach Art 17 a StGG auch gebotene Freiraum gerade für anspruchsvolleres künstlerisches Schaffen. Aus dieser Freiheit des Künstlers folgt, dass eine freie Benutzung im Sinne von § 5 Abs 2 UrhG nicht nur bei Vorliegen einer Parodie anzunehmen sein darf. In der Parodie liegt vielmehr nur eine der möglichen Formen einer freien Benutzung. Mit Blick auf § 5 Abs 2 UrhG darf folglich nicht entscheidend darauf abgestellt werden, ob das neue Werk gerade parodistische Züge aufweist.⁸⁵⁸

Dem Urhebergesetz sind die Begriffe „Antithematik“ und „Parodie“ nicht bekannt. Entsprechend kann es für die Frage nach der Zulässigkeit einer Parodie als freie Benutzung nach § 5 Abs 2 UrhG auch nicht darauf ankommen, wie weit die Fassung des Begriffs der „Antithematik“ jeweils reicht.⁸⁵⁹ Zudem muss zwischen freier und unfreier Parodie unterschieden werden, da es keine urheberrechtliche Bestimmung gibt, welche die Verwertung einer Parodie von vornherein von der Zustimmungspflicht des Vorlagenschöpfers befreit. Letztlich kann es also nicht überzeugen, die Abgrenzung über den Begriff der „Antithematik“ darzustellen, um die Beziehung zwischen der Werkvorlage und der Nachschöpfung und damit den rechtlich relevanten „inneren Abstand“ zu erfassen. Vielmehr sind hierfür ausschließlich

⁸⁵⁵ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 128.

⁸⁵⁶ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 128.

⁸⁵⁷ *Hoeren*, Urheberrechtsprobleme der Parodie, GRUR 1994, 751 (753).

⁸⁵⁸ *Hoeren*, Urheberrechtsprobleme der Parodie, GRUR 1994, 751 (753).

⁸⁵⁹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 128.

rechtliche Begrenzungskriterien notwendig, die ihre Grundlage in der juristischen Dogmatik finden.⁸⁶⁰

(3) Werkbezogenheit und Appropriation Art

Übrig bleibt die Frage, inwieweit sich nun Werke der Aneignungskunst aber am Abgrenzungsmerkmal der Werkbezogenheit aus der Rechtsprechung auf ihren „inneren Abstand“ zur Werkvorlage hin messen lassen können. Die geforderte Werkbezogenheit ließe sich dabei nur bejahen, wenn sich die Nachschöpfung irgendwie auf die verwendete Werkvorlage bezieht. Entscheidend ist, ob der Aneignungskünstler die konkrete Werkvorlage gerade wegen ihres Gegenstandes benutzt und mit seiner Arbeit auch inhaltlich auf sie abzielt.⁸⁶¹

Will man in diesem Sinn einen Bezug zwischen Werkvorlage und Aneignung herstellen, wird sich hieraus ein „innerer Abstand“ in den seltensten Fällen ergeben.⁸⁶²

„Denn typischerweise geht es bei der Appropriation Art nicht primär um das angeeignete Bild-Substrat, sondern dieses ist nur Vehikel zur Demonstration einer konzeptuellen oder epistemischen Fragestellung, die in ihm selbst nicht notwendig anschaulich wird.“⁸⁶³ Hingegen zu versuchen, der Aneignungskunst eine Bedeutung aufzudrängen, aus der sich ein direkter inhaltlich-künstlerischer Bezug zur angeeigneten Werkvorlage ergibt, entspräche nicht dem künstlerischen Ansatz der Appropriation Art. Es gilt vielmehr, die Bedeutsamkeit des Aneignungsvorgangs selbst anzuerkennen.⁸⁶⁴ „Wenn bei einem Werk der Appropriation Art das Aneignungsobjekt lediglich katalysatorisch für einen gedanklichen Zusammenhang steht, darf dem Werk der Appropriation Art eine vorlagenbezogene Auseinandersetzung nicht unterstellt werden.“⁸⁶⁵ Aufgabe einer werkbezogenen Auseinandersetzung ist es nicht, unter juristischer Motivation Deutungen zu konstruieren, welche die Begründung der Rechtskonformität des jeweils betroffenen Kunstwerkes ermöglichen. Vielmehr muss die durch den Künstler beabsichtigte und in seiner Arbeit auch äußerlich

⁸⁶⁰ *Huttenlauch, Appropriation Art* (2010) 129.

⁸⁶¹ *Huttenlauch, Appropriation Art* (2010) 103.

⁸⁶² *Huttenlauch, Appropriation Art* (2010) 129.

⁸⁶³ *Huttenlauch, Appropriation Art* (2010) 131.

⁸⁶⁴ *Huttenlauch, Appropriation Art* (2010) 131.

⁸⁶⁵ *Huttenlauch, Appropriation Art* (2010) 131.

sichtbar gewordene künstlerische Bedeutung in einer rechtlichen Würdigung Niederschlag finden.⁸⁶⁶

Nach außen hin erkennbar wird der konzeptuelle Ansatz der Aneignungskunst in der Übernahme bestehender Werkvorlagen. Insoweit bestehen hier weitreichende Parallelen zur Parodie. Anders als die Parodie jedoch setzt sich Appropriation Art in der Regel nicht mit der Werkvorlage selbst auseinander. Für die Begründung des erforderlichen „inneren Abstands“ mag es zwar grundsätzlich ausreichen, wenn die Bezugnahme in der Nachschöpfung auf das thematische Umfeld des Ausgangswerkes erfolgt.⁸⁶⁷ Im Rahmen der Aneignungskunst fungiert das Erstwerk allerdings nur als Anknüpfungspunkt, um eigene Aussagen zu treffen. Die gewählte Werkvorlage dient oft nur als Repräsentant bestimmter Wahrnehmungs- oder Vermittlungsstrukturen bzw als Symptom gegenwärtiger Gesellschaftsverhältnisse.⁸⁶⁸

Die Aneignungskunst erzeugt ihren geistigen Abstand zum Ausgangswerk damit auf andere Weise als die Parodie. Dies ist unvereinbar mit dem durch die Rechtsprechung in Auseinandersetzung mit der Parodie entwickelten Kriterium der Werkbezogenheit und damit mit dem Abgrenzungsmerkmal des „inneren Abstands“.⁸⁶⁹

d) Die Erforderlichkeit der Entlehnung

Zeitlich vor dem Maßstab des „inneren Abstands“ prägte die Rechtsprechung zunächst den Begriff der „Erforderlichkeit der Entlehnung“.⁸⁷⁰ Auch dieses Merkmal wurde im Hinblick auf die Werkkategorie der Parodie entwickelt.

Dabei stellte die Rechtsprechung erstmals heraus, dass die bis dahin immer ohne werkspezifische Anpassungen angewandte Verblässensprüfung für die urheberrechtliche Rechtfertigung von Parodien unzulänglich sei. Bei der Anwendung des Grundsatzes, dass von einer freien Benutzung nur die Rede sein könne, wenn angesichts der Eigenart des neuen Werkes die entlehnten eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes verblässen, müsse auf die in der Natur der Parodie

⁸⁶⁶ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 131.

⁸⁶⁷ BGH I ZR 117/00 GRUR 2003, 956 (958).

⁸⁶⁸ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 132.

⁸⁶⁹ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 133.

⁸⁷⁰ BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588 (590).

liegenden Besonderheiten Rücksicht genommen werden.⁸⁷¹ Diese Besonderheiten lägen darin, dass die Parodie sich gegen bestimmte Eigenheiten richte, die im Werk eines Schriftstellers oder Künstlers zu Tage treten und die Parodie damit ihrem Wesen nach voraussetze, dass diese Eigenheiten in ihr als Gegenstand der Auseinandersetzung erkennbar sind.⁸⁷² In welchem Umfang eine Parodie geschützte Teile des parodierten Werkes entlehnen darf, um noch als freie Benutzung angesehen werden zu können, hänge in diesem Zusammenhang davon ab, inwieweit die Entlehnung zur Erreichung der parodistischen Wirkung erforderlich sei.⁸⁷³

Der Maßstab der Erforderlichkeit der Entlehnung wird heute nicht mehr angewendet und bleibt daher auch für die urheberrechtliche Bewertung der Appropriation Art ohne Belang.⁸⁷⁴ Als Begründung hierfür führt die Rechtsprechung nunmehr an, dass das Kriterium der Erforderlichkeit der Entlehnung nicht dem Wesen urheberrechtlich geschützter eigenschöpferischer Werke entspricht. Die Wirkung dieser Werke ist stets abhängig von den eingesetzten Mitteln, womit diese Mittel daher für die konkrete eigenpersönliche Schöpfung stets auch im eigentlichen Sinn erforderlich sind.⁸⁷⁵

e) Die Abgrenzungskriterien des OGH

aa) Die Entwicklung der Abgrenzungskriterien des OGH für die Parodie

Die bisher diskutierten zusätzlichen Abgrenzungskriterien, ob Werkvorlage und Nachschöpfung im Wettbewerb zueinander stehen⁸⁷⁶, ob die Entlehnung einen ausreichenden inneren Abstand hält⁸⁷⁷ oder ob sie erforderlich ist⁸⁷⁸, sind damit ungeeignet, als Maßstab zur Einordnung der Aneignungskunst als freie Benutzung Anwendung zu finden. Für die Abgrenzung aufgrund wettbewerblicher Überlegungen gilt dies zumindest bezüglich der wirtschaftlichen Konkurrenz als alleinstehendes Kriterium.

⁸⁷¹ BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588 (589).

⁸⁷² BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588 (589).

⁸⁷³ BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588 (589 f).

⁸⁷⁴ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 120.

⁸⁷⁵ BGH I ZR 282/97 GRUR 2000, 703 (704).

⁸⁷⁶ OGH 4 Ob 396/82 ÖBI 1983, 173 (173); zusammenfassend *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 287.

⁸⁷⁷ BGH I ZR 117/00 GRUR 2003, 956 (958).

⁸⁷⁸ BGH I ZR 77/69 GRUR 1971, 588 (590).

Dessen ungeachtet hat der OGH, ebenfalls mit Rücksicht auf die Parodie, nunmehr in seiner Entscheidung vom 13.07.2010 (4 Ob 66/10z, Lieblingshauptfrau) eigene zusätzliche Abgrenzungskriterien aufgestellt,⁸⁷⁹ die nachfolgend im Einzelnen und wiederum auch im Hinblick darauf erläutert werden sollen, ob eine Einordnung der Aneignungskunst über diese Kriterien gelingen kann.⁸⁸⁰

Ansatzpunkt der Überlegungen des OGH war auch hier, dass die Voraussetzungen, welche die Rechtsprechung an das Vorliegen einer selbständigen Neuschöpfung im Allgemeinen stellt, nicht gering sind. Hierfür muss die benutzte Vorlage vollständig in den Hintergrund treten und deren Züge müssen im neuen Werk verblassen.⁸⁸¹ Eine selbständige Neuschöpfung setzt also voraus, dass die Werkvorlage nicht in identischer oder umgestalteter Form und auch nicht als Vorbild oder Werkunterlage übernommen wird, sondern bloß als Anregung für das eigene Werkschaffen dient. Es sind strenge Anforderungen zu stellen.⁸⁸²

Auch der OGH arbeitete in diesem Zusammenhang heraus, dass sich eine Parodie an diesen Kriterien kaum messen lässt.⁸⁸³ Wiederholt wird offensichtlich, dass die Parodie, ebenso wie die Aneignungskunst, eine nach der geltenden Rechtslage nur schwer in den Griff zu bekommende Kunstgattung ist.⁸⁸⁴ Den Eigengesetzlichkeiten dieser Kunstgattungen ist daher Rechnung zu tragen.⁸⁸⁵ In diesem Zusammenhang können die Anforderungen, welche durch die Rechtsprechung für eine selbständige Neuschöpfung aufgestellt wurden, durch diese jederzeit auch wieder abgeändert bzw angepasst werden.⁸⁸⁶

Mit Rücksicht auf den Umstand, dass bei einer Parodie die Werkvorlage offensichtlich bleiben und dem Adressatenkreis bekannt sein muss, sind die Voraussetzungen

⁸⁷⁹ OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 = MR 2010, 327.

⁸⁸⁰ Soweit ersichtlich, hat sich der OGH mit seiner Entscheidung vom 13.07.2010 (4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 = MR 2010, 327) erstmals mit den urheberrechtlichen Anforderungen, die an eine Parodie zu stellen sind, auseinandergesetzt. Zur Parodie lag aus der österreichischen Rechtsprechung bisher nur eine Entscheidung des Landesgerichts Wien vom 23.06.1953 vor (27 Cg292/52 UFITA 20 [1955], 377). Vgl *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 66/10z, MR 2010, 332 (332); *Dittrich*, Zur urheberrechtlichen Beurteilung der Parodie, RfR 1993, 25 (26); *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (58 und 64 FN 2); *Bullinger* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht³ § 24 Rz 14.

⁸⁸¹ OGH 4 Ob 13/92 MR 1992, 238 (238); OGH 4 Ob 221/03h MR 2004, 117 (117); OGH 4 Ob 92/08w MR 2009, 27 (28).

⁸⁸² OGH 4 Ob 201/04v MR 2005, 319 (320).

⁸⁸³ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330): „Im Zusammenhang mit Parodien ist im Zweifel den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten großzügig Vorrang zu geben [...]“.

⁸⁸⁴ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 55.

⁸⁸⁵ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 66/10z, MR 2010, 332 (332).

⁸⁸⁶ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (60).

der Verblässensprüfung nicht erfüllbar,⁸⁸⁷ zumindest in den häufigen Fällen, in denen die Werkvorlage ein konkretes Werk und nicht etwa das Gesamtwerk eines Urhebers, ein Epochenstil oder ein ganzes Genre ist. Ein Festhalten an dem urheberrechtlich geforderten Verblässen der Werkvorlage würde letztlich die Zulässigkeit funktionell misslungener Parodien stützen.⁸⁸⁸

Den Anknüpfungspunkt für die Zulässigkeit von Parodien als selbständige Neuschöpfung bilden die Grundrechte aus Meinungsfreiheit (Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK) und Kunstfreiheit (Art 17 a StGG). Da Grundrechte aufgrund ihrer mittelbaren Drittwirkung auch im Privatrecht Beachtung finden müssen,⁸⁸⁹ hat der OGH daher die Vorschrift des § 5 Abs 2 UrhG zur selbständigen Neuschöpfung am Maßstab von Meinungs- und Kunstfreiheit ausgelegt.⁸⁹⁰

bb) Die Abgrenzungskriterien des OGH im Einzelnen

(1) Überblick

Im Ergebnis seiner grundrechtlichen Abwägung bemisst der OGH die urheberrechtliche Zulässigkeit der Parodie an folgenden Faktoren:⁸⁹¹ „Das Verhalten fällt in den Schutzbereich von Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK, und es handelt sich nicht um unwahre, ehrenrührige Tatsachenbehauptungen; die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers werden nicht ausgehöhlt; die normale Auswertung des Werkes wird nicht beeinträchtigt; die berechtigten Interessen des Urhebers werden nicht ungebührlich verletzt; das Grundrecht der freien Meinungsäußerung kann ohne Eingriff in das Urheber- oder Leistungsschutzrecht nicht oder nur unzulänglich ausgeübt werden.“⁸⁹²

⁸⁸⁷ Vgl hierzu bereits ausführlich Kapitel 3 C.II.3.c)aa) Seite 169.

⁸⁸⁸ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (60).

⁸⁸⁹ OGH 7 Ob 193/04i, RIS-Justiz RS0119477: „Grundrechte sind aufgrund ihrer mittelbaren Drittwirkung auch im Privatrecht zu beachten.“

⁸⁹⁰ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (60).

⁸⁹¹ Im Gegensatz dazu stellen Teile der österreichischen Literatur auf den „inneren Abstand“ als zusätzliches Abgrenzungskriterium in Bezug auf die urheberrechtliche Einordnung der Parodie ab. Vgl dazu *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 287; *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht § 5 Rz 58.

⁸⁹² OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330); vgl dazu den Überblick bei *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (60).

Kommt die Analyse der genannten Faktoren zu einem positiven Ergebnis, geht der OGH sodann von einer ausreichend individuellen schöpferischen und selbständigen geistig-künstlerischen Leistung aus, in welcher die benutzte Werkvorlage gegenüber dem Zweitwerk eindeutig zurücktritt.⁸⁹³

(2) Die Schutzbereiche von Meinungs- und Kunstfreiheit

Parodien stehen unter dem besonderen Schutz der Meinungsfreiheit aus Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK.⁸⁹⁴ Die Freiheit der Meinungsäußerung ist das Recht, eigene und andere Ideen und Informationen mitzuteilen, ohne daran durch den Staat gehindert zu werden.⁸⁹⁵

Durch den OGH wurde bereits mehrfach festgestellt, dass dem urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch das durch Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK geschützte Recht der freien Meinungsäußerung entgegenstehen kann. Ob dies der Fall ist, ist durch eine Abwägung der vom Urheber oder seinem Werknutzungsberechtigten verfolgten Interessen mit dem Recht der freien Meinungsäußerung zu beurteilen.⁸⁹⁶

Aber auch die Kunstfreiheit nach Art 17a StGG bedarf in diesem Zusammenhang einer besonderen Berücksichtigung.⁸⁹⁷ Es mag zwar sein, dass sich dieses Grundrecht nur sehr schwer nutzbar machen lässt, da kein allgemein anerkannter Kunstbegriff besteht.⁸⁹⁸ Jedoch entbindet dies nicht von der verfassungsrechtlichen Pflicht, auch die Freiheit des künstlerischen Lebensbereichs zu schützen.⁸⁹⁹

Soweit Parodien unter dem besonderen Schutz von Meinungs- und Kunstfreiheit stehen, muss die Verletzung der Urheberrechte dann aber der einzige Weg sein, um das Grundrecht ausüben zu können.⁹⁰⁰

⁸⁹³ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (327 f).

⁸⁹⁴ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330).

⁸⁹⁵ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330).

⁸⁹⁶ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330).

⁸⁹⁷ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330).

⁸⁹⁸ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (63).

⁸⁹⁹ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (FN 72).

⁹⁰⁰ *Noll*, Parodie und Variation, MR 2006, 196 (200).

(3) Negative Kritik

Im Zusammenhang mit unwahren Tatsachenbehauptungen oder bei Werturteilen, die auf unwahren Tatsachenbehauptungen fußen, gewährt der OGH kein Recht auf freie Meinungsäußerung.⁹⁰¹ Enthalten dürfen Parodie daher jedenfalls zutreffende Tatsachenbehauptungen, beispielsweise die Bloßlegung von Unzulänglichkeiten der Werkvorlage, oder reine Werturteile.⁹⁰²

(4) Wirtschaftliche Ausbeutung

Den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten ist im Zusammenhang mit der urheberrechtlichen Beurteilung der Parodie als selbständige Neuschöpfung im Zweifel großzügig der Vorrang zu geben. Diese Rechte finden ihre Grenze aber jedenfalls dort, wo die Parodie nur als Deckmantel für die wirtschaftliche Ausbeutung des Originals benutzt wird oder wo sie die Nachfrage nach dem Original nachhaltig stört bzw einer normalen Verwertung des Werkes entgegensteht.⁹⁰³

Grundsätzlich ist ein Erwerbszweck oder eine kommerzielle Nutzung urheberrechtlich nur dann von Belang, wenn dies in den urheberrechtlichen Vorschriften ausdrücklich normiert ist. § 5 Abs 2 UrhG, der dem OGH als Grundlage für die urheberrechtliche Einordnung der Parodie diene, lässt dann auch keinen Hinweis auf wirtschaftliche Prüfkriterien erkennen. Erst das Ergebnis der Abwägung der Grundrechte durch den OGH brachte die Einbeziehung wirtschaftlicher Gesichtspunkte zu Tage. Hieraus resultierte schlussendlich die Ausdehnung der Ausnahmebestimmung des § 5 Abs 2 UrhG, verbunden mit der gleichzeitigen Aufstellung von Kriterien zur Verhinderung einer diesbezüglichen potentiellen Ausuferung.⁹⁰⁴

Nach allem kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Schaffung einer Parodie gegebenenfalls „auch“ kommerziellen Zwecken dient.⁹⁰⁵ Sie darf es nur nicht gene-

⁹⁰¹ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330).

⁹⁰² *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (62).

⁹⁰³ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330); *Noll*, Parodie und Variation, MR 2006, 196 (200 f).

⁹⁰⁴ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (61).

⁹⁰⁵ *Noll*, Parodie und Variation, MR 2006, 196 (201).

rell, unter Ausnutzung der Werkvorlage, die in ihr wiederkehrt.⁹⁰⁶ An dieser Stelle sind Parallelitäten zur Rechtsprechung des OGH zur Markenparodie erkennbar.⁹⁰⁷

Zulässig erscheint ein Vergleich zwischen urheberrechtlich relevanten Parodien und Markenparodien bereits aus dem Umstand heraus zu sein, als dass beide ohne eine bekannte Vorlage ihren Zweck verfehlen.⁹⁰⁸ Für die Markenparodie stellt der OGH explizit heraus, dass die Ruf- oder Aufmerksamkeitsausbeutung nicht unlauter ist, soweit das beanstandete Verhalten als Ausdruck künstlerischen Schaffens oder als Beitrag zum gesellschaftlichen Diskurs zu werten ist. Dies soll jedoch nicht gelten, wenn die Nutzung der Marke bei realistischer Betrachtung in erster Linie dazu dient, deren Bekanntheit für den Absatz eigener Waren oder Dienstleistungen auszunutzen.⁹⁰⁹

(5) Nachhaltige Nachfragebeeinträchtigung

Des Weiteren ist eine Parodie als unzulässig anzusehen, wenn die Nachfrage nach dem Original nachhaltig gestört ist. Dabei ist eine differenzierte Betrachtungsweise notwendig. Die Marktrealität spricht grundsätzlich dafür, dass eine Reihe wirtschaftlicher Faktoren denkbar ist, wobei jeder einzelne hiervon verschiedene Wirkungen entfalten kann.⁹¹⁰

Eine Nachfragebeeinträchtigung kann insbesondere auf negativer Kritik beruhen, die den Inhalt, die Qualität des Werkes oder den Urheber selbst betrifft.⁹¹¹ Negative Kritik kann hier aber nur die Kritik meinen, die unwahre Tatsachenbehauptungen oder Werturteile, die auf unwahren Tatsachenbehauptungen fußen, beinhaltet.⁹¹² Denn das Recht zur Werkkritik muss generell erhalten bleiben,⁹¹³ unabhängig davon, in welcher Form die Kritik geäußert wird.

⁹⁰⁶ Vgl zum Problemkreis wettbewerblicher Abgrenzungskriterien bereits Kapitel 3 C.II.3.b) Seite 167.

⁹⁰⁷ Vgl zur Annäherung der Funktionen des Urheberrechts und des gewerblichen Rechtsschutzes bereits Kapitel 3 C.II.3.b) Seite 167.

⁹⁰⁸ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (61).

⁹⁰⁹ OGH 17 Ob 15/09v ÖBl 2010/26, 126 (126); *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (61).

⁹¹⁰ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (61 f).

⁹¹¹ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (61).

⁹¹² Vgl hierzu bereits Kapitel 3 C.II.3.e)bb)(3) Seite 182, wonach der OGH für diese Art von Kritik schon kein Recht auf freie Meinungsäußerung gewährt.

⁹¹³ *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 68.

Eine nachhaltige Nachfragestörung kann aber auch dann vorliegen, wenn die Parodie nur als Deckmantel zur Übernahme der Werkvorlage dient und damit zu dieser in Konkurrenz tritt.⁹¹⁴

Die Feststellung, ob eine Nachfragebeeinträchtigung tatsächlich vorliegt, kann nur ex post getroffen werden. In die Zulässigkeitsprüfung wird mit der Nachfragebeeinträchtigung ein Parameter aufgenommen, der einige Risiken birgt, da die vielfältigen wirtschaftlichen Entwicklungsmöglichkeiten von Werkvorlage und Parodie nicht immer leicht abschätzbar sind. Grundsätzlich sollte zwar daher nur auf Kriterien abgestellt werden, die auch einer Betrachtung ex ante zugeführt werden können.⁹¹⁵ Doch um gewisse „Vorhersagerisiken“ bei der Prüfung zur Nachfragebeeinträchtigung einzugrenzen, muss zunächst ohnedies ein ergänzender Blick auf den aktuellen Markt erfolgen. Des Weiteren sollte die Analyse insbesondere bezüglich sich eventuell überschneidender Absatzmärkte von Werkvorlage und Zweitwerk durchgeführt werden. Auch kann es helfen, die Prüfung nur auf solche Verwendungen zu konzentrieren, die verständiger Weise auch der Urheberrechtsinhaber selbst wahrnehmen oder die er zumindest lizenzieren würde. Dabei soll nicht verhehlt werden, dass speziell Parodien in der Regel keinen Eingriff in den Absatzmarkt der verwendeten Werkvorlage realisieren, da sie die Nachfrage nach dem Original grundsätzlich nicht zu befriedigen vermögen.

(6) Normale Auswertung des Werkes

Bezüglich des wirtschaftlich motivierten Teils seiner Abgrenzungskriterien spricht der OGH zuletzt im Rahmen seiner Festlegungen davon, dass eine Parodie nur dann urheberrechtlich zulässig ist, wenn sie die normale Auswertung der Werkvorlage nicht beeinträchtigt.⁹¹⁶ Auch in der Literatur wird die Meinung vertreten, dass die Grenzen der Zulässigkeit einer Parodie jedenfalls dort überschritten sind, wo eine normale Verwertung der Werkvorlage der Benutzung entgegensteht.⁹¹⁷

⁹¹⁴ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (62).

⁹¹⁵ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (61).

⁹¹⁶ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330); vgl dazu den Überblick bei *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (60).

⁹¹⁷ *Noll*, Parodie und Variation, MR 2006, 196 (201).

Aufgrund des gewählten Wortlauts „*normale Auswertung der Werkvorlage*“ kann hierunter auch ein Hinweis auf den „Drei-Stufen-Test“⁹¹⁸ und dort insbesondere auf dessen zweite Teststufe gesehen werden,⁹¹⁹ wonach davon auszugehen ist, dass selbständige Neuschöpfungen jedenfalls die üblichen Verwertungsformen, aus welchen der Berechtigte gewöhnlich seine Einkünfte erzielt, nicht beeinträchtigen dürfen.⁹²⁰ Die Meinungsäußerungsfreiheit soll das Urheberrecht jedenfalls nur dort verdrängen, wo eine Nutzung der geschützten Werkvorlage unmöglich oder nur unzulänglich möglich ist und berücksichtigungswürdige Urheberinteressen oder eine normale Verwertung des Werkes der Benutzung nicht entgegenstehen.⁹²¹ Ein Bezug auf den „Drei-Stufen-Test“ ist auch insofern nicht abwegig, als dass er aufgrund seiner Geltungsweite aus internationalen Vorgaben (Art 9 Abs 2 RBÜ; Art 13 TRIPS; Art 10 WTC und Art 16 Abs 2 WTTP) und supranationalen Maßgaben der Europäischen Union (Art 5 Abs 5 InfoRL) bei der vorliegenden Analyse grundsätzlich Beachtung finden muss.⁹²²

Trotz allem kann ein Rückgriff auf den „Drei-Stufen-Test“ auf der Ebene der Abwägung der Grundrechtseinschränkungen im Hinblick auf die urheberrechtliche Zulässigkeit von Parodien entfallen.⁹²³ Wie der Gesetzgeber bei der Umsetzung von unionsrechtlichen Richtlinien unterliegt auch die Rechtsprechung aufgrund der verfassungsgesetzlichen Verankerung von Meinungs- und Kunstfreiheit einer doppelten Bindung; der Bindung an das Unionsrecht und der Bindung an das Verfassungsrecht.⁹²⁴ Auf der sekundärrechtlichen Ebene sieht das Unionsrecht vor, dass eine

⁹¹⁸ Die Berner Übereinkunft geht von keinem geschlossenen System freier Werknutzungen aus. Dem nationalen Gesetzgeber wird in Art 9 Abs 2 RBÜ 1967/71 (Revidierte Berner Übereinkunft) das Recht eingeräumt, für bestimmte Fälle (beispielsweise für den Unterrichtsgebrauch oder die Berichterstattung über Tagesereignisse) Ausnahmen und Beschränkungen vorzunehmen. Mit derartigen freien Werknutzungen sollen weder die normale Auswertung des Schutzgegenstandes gehindert noch die berechtigten Interessen des Urheberrechtsinhabers gestört werden. Zudem dürfen solche Werknutzungen nicht den wirtschaftlichen Wert des Schutzgegenstandes unangemessen beeinträchtigen. Dieser „Drei-Stufen-Test“ wurde in EU-Richtlinien, etwa in Art 5 Abs 5 InfoRL, ausdrücklich aufgenommen. In Österreich hingegen erfolgte indes keine ausdrückliche Regelung. Vgl dazu ausführlich *Dillenz/Gutman*, UrhG² (2004) Vor § 41 Rz 18 ff; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 954 ff.

⁹¹⁹ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 66/10z, MR 2010, 332 (334); *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (60).

⁹²⁰ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 958.

⁹²¹ *Burgstaller*, Anm zu OGH 4 Ob 230/02f, ÖBI 2003/77, 285 (287).

⁹²² *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (60 und FN 39 und 40). Aus Sicht der supranationalen Vorgaben der EU ist er auch in Art 6 Abs 3 ComputerprogrammRL 2009/24/EG und Art 6 Abs 3 und Art 8 Abs 2 DatenbankRL 96/9/EG verankert. Diese bleiben hier indes ohne Auswirkung.

⁹²³ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (60 f).

⁹²⁴ *Öhlinger*, Verfassungsrecht² (1995) 86; *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (60).

Parodie nur auf der Grundlage des „Drei-Stufen-Tests“ nach den Vorschriften des Art 5 Abs 5 InfoRL zulässig ist. Primärrechtlich müssen jedoch die Grundrechte der Grundrechtscharta der Europäischen Union Beachtung finden.⁹²⁵ Angesprochen sind nach den Art 11. Abs 1, 13 Satz 1 und 17 Abs 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit und die Kunstfreiheit einerseits sowie der Schutz des geistigen Eigentums andererseits.⁹²⁶ Der „Drei-Stufen-Test“ allein ist Ausdruck des Schutzes des geistigen Eigentums. Eine sorgfältige Abwägung aller betroffenen Grundrechtspositionen verbietet daher den Rückgriff auf den „Drei-Stufen-Test“. Denn anderenfalls hätte dies zur Folge, dass die Grundrechte aus Meinungsäußerungs-, Informations- und Kunstfreiheit hinter das Recht am geistigen Eigentum zurücktreten müssten, was aufgrund des Umstandes, dass eine anerkannte Rangordnung zwischen den einzelnen Grundrechtsarten nicht existiert,⁹²⁷ grundsätzlich nicht hingenommen werden kann.⁹²⁸

(7) Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten

Letztlich stellt der OGH für die Zulässigkeit der Parodie auch noch die eher allgemeine Forderung auf, dass durch die Arbeit des Parodisten die berechtigten Interessen des Urhebers nicht ungebührlich verletzt werden dürfen.⁹²⁹

Damit weicht der OGH zwar etwas vom grundsätzlichen Konzept der selbständigen Neuschöpfung ab. Denn liegt eine Neuschöpfung vor, sind generell auch die Rechte an der Werkvorlage konsequenterweise nicht berührt. Beispielsweise könnte dann eine Urheberrechtsbezeichnung entfallen. Dieser Grundsatz hat auch seine Berechtigung, könnte sonst eine Neuschöpfung, auch wenn sie bezüglich der Verwertungsrechte zulässig wäre, anderenfalls urheberrechtlich an den Urheberpersönlichkeitsrechten scheitern.⁹³⁰

⁹²⁵ Entsprechendes gilt nach dem Beitritt der EU für die EMRK, der bisher nicht erfolgt ist. Vgl dazu *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (FN 43).

⁹²⁶ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (60).

⁹²⁷ So jedenfalls nach ganz überwiegender Auffassung; vgl zum Streitstand *Unterlerchner*, Abtreibung und Grundrechte (2003) 25 f.

⁹²⁸ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (60).

⁹²⁹ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330); vgl dazu den Überblick bei *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (60).

⁹³⁰ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBI 2011/15, 58 (63).

Die Forderung des OGH kann indes nachvollzogen werden, wenn man sich vor Augen hält, dass bei einer Parodie, ebenso wie im Rahmen der Aneignungskunst, die Werkvorlage im Zweitwerk erkennbar bleiben muss, damit die Kunstform funktioniert.⁹³¹ Inhaltlich ist damit freilich aber noch nicht viel errungen. Entsprechende Erkenntnisse können hier nur im jeweiligen Einzelfall gewonnen werden.

Grundsätzlich ohne Belang muss bei der Beurteilung eines Werkes mit Bezug auf das Vorliegen einer selbständigen Neuschöpfung jedenfalls der Grad des ästhetischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Werts der Arbeit bleiben.⁹³² Zwar mag der Schutz vor der Entstellung des Werkes grundsätzlich unter die berechtigten Interessen eines Urhebers fallen. Doch das Eingreifen des Entstellungsverbotess muss wohl ausgeschlossen sein, soweit die Parodie als selbständige Neuschöpfung qualifiziert werden kann.⁹³³

(8) Die Abgrenzungskriterien des OGH und das *fair use* - Konzept

Als Kritik an den Abgrenzungskriterien des OGH wird hauptsächlich die Gefahr der schrittweisen Annäherung an das *fair use* - Konzept genannt,⁹³⁴ welches insbesondere im US-amerikanischen Copyright-Law zu Hause ist.⁹³⁵

Hiergegen hat jedoch der OGH in seiner Entscheidung bereits einschränkend festgehalten, dass die Meinungsäußerungsfreiheit Eingriffe in das Urheber- oder Leistungsschutzrecht Dritter nur dann decken würde, wenn die Meinungsäußerung ohne Nutzung des fremden Werkes nicht oder nur unzulänglich zum Ausdruck gebracht werden könnte.⁹³⁶

Zudem muss berücksichtigt werden, dass die weiteren Auslegungen des OGH nur eine ausgleichende Anpassung infolge des starren Systems im Urheberrecht sind. Die Rechte der Rechtsinhaber mögen sehr umfassend definiert sein. Die Rechte der Nutzer sind hingegen nur einzeln und sehr spezifisch aufgelistet und weisen daher

⁹³¹ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (63).

⁹³² So der OGH unter 4 Ob 427 428/81 ÖBl 1982, 164 (164): „Der ästhetische Wert eines Sprachwerkes ist dabei ebenso bedeutungslos wie das Fehlen eines besonderen literarischen oder künstlerischen Ranges.“

⁹³³ *Grubinger* in *Kucsko*, urheber.recht (2008) 341; zum Ganzen auch *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (63 f).

⁹³⁴ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 66/10z, MR 2010, 332 (333).

⁹³⁵ Vgl hierzu ausführlich Kapitel 2 Seite 64 ff.

⁹³⁶ OGH 4 Ob 66/10z MR 2010, 327 (330); *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 66/10z, MR 2010, 332 (333).

notwendigerweise Lücken auf, die insbesondere auch im Rahmen einer mangelnde Anpassungsfähigkeit speziell bei technischen Neuerungen oder neuen Kunstformen zutage treten und die infolge mangelnder Aktivität des Gesetzgebers nur durch die Rechtsprechung behoben werden können.⁹³⁷

cc) Die Anwendung der Abgrenzungskriterien des OGH auf die Appropriation Art

Auch der OGH entwickelte seine zusätzlichen Abgrenzungskriterien mit Blick auf die Kunstform der Parodie. Wie jedoch bereits im Hinblick auf den „inneren Abstand“ als zusätzliches Abgrenzungskriterium erörtert, dürfen auch die Kriterien des OGH nicht auf die Kunstform der Parodie beschränkt werden, sondern finden ihre Anwendung auch auf die Aneignungskunst.⁹³⁸ Es muss auch hier ohne Belang bleiben, ob die Benutzung im Rahmen einer Parodie oder einer anderen Form der Auseinandersetzung erfolgt.⁹³⁹

Zwar wurde vorangehend festgestellt, dass die Aneignungskunst keinen Unterfall der Parodie bildet und dass sich auch der „Begriff“ der Parodie selbst nicht als Anknüpfungspunkt eignet, eine bezüglich der Parodie gerichtlich entwickelte Ausnahimestellung auf die Kategorie der Aneignungskunst zu übertragen.⁹⁴⁰ Erheblich für die Anwendung der zusätzlichen Abgrenzungskriterien auf die Aneignungskunst ist vielmehr nur, dass die Parodie eine Kunstform ist, die unter den verfassungsrechtlichen Schutz der Kunstfreiheit von Art 17 a StGG fällt⁹⁴¹ und dass sich die Bevorzugung einer Kunstform gegenüber einer anderen verbietet,⁹⁴² so dass daher diese Abgrenzungskriterien auch für jede andere Kunstform, die den Schutz von Art 17 a StGG genießen, also auch für die Aneignungskunst, Beachtung finden müssen.

⁹³⁷ Handig, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (64).

⁹³⁸ Vgl hierzu Kapitel 3 C.II.3.c)bb) Seite 170.

⁹³⁹ Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht³ § 24 Rz 14.

⁹⁴⁰ Ausführlich hierzu bereits Kapitel 3 C.II.3.c)bb) Seite 170.

⁹⁴¹ OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 (277); vgl Huttenlauch, Appropriation Art (2010) 124. Parodien stehen zudem unter dem besonderen Schutz der Meinungsfreiheit nach Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK (OGH 4 Ob 66/10z ZUM 2011, 275 [277]).

⁹⁴² Bullinger in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht³ § 24 Rz 14.

Dieses Ergebnis spiegelt sich auch in der Entscheidung des OGH vom 13.07.2010 (4 Ob 66/10z, Lieblingshauptfrau) wieder, hätten doch die entwickelten zusätzlichen Abgrenzungskriterien gar nicht unter der Bezugnahme auf die urheberrechtliche Beurteilung einer Parodie entwickelt werden müssen. Es wäre in diesem konkreten Fall vielmehr ausreichend gewesen, festzustellen, dass die Erstellung einer Grafik im Stil eines Comics unter der Übernahme wesentlicher Inhalte einer Fotografie erfolgt ist⁹⁴³ und diese Übernahme in einen urheberrechtlichen Zusammenhang zu bringen war. Für die Annahme der Kunstform Parodie gab es hier wenig Spielraum, sind Parodien doch in der Regel humorvolle Werke.⁹⁴⁴ Die dem OGH zur Entscheidung vorliegende Arbeit enthielt vielmehr eine ernsthafte Aussage,⁹⁴⁵ wobei auch die Form der Arbeit wenig humoristische Aspekte aufwies.⁹⁴⁶ Die letztliche Feststellung des OGH liegt darin, dass durch die comicartige Verfremdung eines Wahlplakates eine individuelle und selbstständige geistige Leistung im Sinne einer selbstständigen Neuschöpfung des Vorbildes nach § 5 Abs 2 UrhG erschaffen werden kann.⁹⁴⁷

dd) Keine Werkbezogenheit

Soweit auf einen „inneren Abstand“ als zusätzliches Abgrenzungsmerkmal Bezug genommen wird, ist immer auch eine Werkbezogenheit zwischen der Werkvorlage und der Nachschöpfung gefordert. Die Nachschöpfung muss sich irgendwie auf die verwendete Werkvorlage beziehen. Regelmäßig scheitert die Appropriation Art an dieser Forderung.⁹⁴⁸

Der OGH hingegen setzt sich mit der Zielrichtung der Nachschöpfung überhaupt nicht auseinander. Er misst ihr keine Bedeutung bei. Ausreichend für die Annahme

⁹⁴³ Abbildung 46.

⁹⁴⁴ *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (62). Vgl zum Wesen der Parodie bereits Kapitel 1 B.VIII Seite 38.

⁹⁴⁵ Die ernsthafte Aussage der im Streit befindlichen Arbeit betraf die Abtreibungspolitik der Sozialdemokratischen Partei Österreichs (SPÖ). Auf der Grafik, die sich an ein Wahlplakat und Internetwerbung der SPÖ anlehnte, war folgender Slogan zu lesen: „Seit April 2005 wird auf Burgstallers Anweisung im LKH-Salzburg abgetrieben. 4000 Kinder wurden seither dort getötet. Wählen sie am 1. März nicht die SPÖ mit ihrer Abtreibungspolitik!“.

⁹⁴⁶ Möglicherweise kann in der comicartigen Verfremdung des Wahlplakats ein humoristischer Aspekt gesehen werden. Vgl hierzu *Handig*, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (62).

⁹⁴⁷ *Thiele*, Anm zu OGH 4 Ob 66/10z, MR 2010, 331 (332).

⁹⁴⁸ Zur Untauglichkeit des „inneren Abstands“ als zusätzliches Abgrenzungsmerkmal mit Blick auf die Aneignungskunst ausführlich Kapitel 3 C.II.3.c)cc)(3) Seite 176.

einer selbständigen Neuschöpfung scheint vielmehr die Erfüllung der benannten Voraussetzungen.⁹⁴⁹ Damit wäre die Verwendung der Werkvorlage im Rahmen der Aneignung auch dann zulässig, wenn zwischen der Zielrichtung der Nachschöpfung und der Werkvorlage kein Zusammenhang besteht.⁹⁵⁰ Während die Appropriation Art am Merkmal des „inneren Abstands“ aufgrund seiner Werkbezogenheit noch regelmäßig scheitert und dieser „innere Abstand“ damit bezogen auf die Aneignungskunst ein untaugliches Abgrenzungsmerkmal darstellt, kann im Gegensatz dazu für die urheberrechtliche Einordnung der Appropriation Art auf die zusätzlichen Abgrenzungskriterien des OGH zurückgegriffen werden.

III. Das Zitatrecht

1. Die rechtlichen Rahmenbedingungen

Neben der selbständigen Neuschöpfung nach § 5 Abs 2 UrhG kommt grundsätzlich auch das Zitatrecht, welches in den Vorschriften zu den freien Werknutzungen der §§ 41 ff UrhG zu finden ist, als Rechtfertigungsgrund für die künstlerischen Aneignungspraktiken der Appropriation Art in Betracht. Kann die jeweilige Arbeit des Aneignungskünstlers als Zitat gegenüber der Werkvorlage qualifiziert werden, wären in den urheberrechtlichen Beeinträchtigungen, die aus dem Schaffensprozess des Aneignungskünstlers resultieren, keine Rechtsverletzungen gegeben und diese somit durch den Vorlagenschöpfer hinzunehmen.

Wie bei der selbständigen Neuschöpfung darf bei einem Zitat ebenfalls ein schutzfähiges Werk oder dessen schutzfähiger Teil verwendet werden, ohne den Urheber des zitierten Werkes um Erlaubnis fragen zu müssen. „Während das fremde Werk beim Zitat unverändert [...] und erkennbar als Fremdkörper [...], nämlich als Beleg für den eigenen Standpunkt verwendet wird [...], dient das fremde Werk bei der freien Benutzung lediglich als Anregung und geht in dem neuen Werk vollständig auf.“⁹⁵¹

⁹⁴⁹ Handig, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (63). Zu den einzelnen Voraussetzungen ausführlich Kapitel 3 C.II.3.e)bb) Seite 180 ff.

⁹⁵⁰ Handig, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011/15, 58 (63).

⁹⁵¹ Schulze in Dreier/Schulze, UrhG³ § 24 Rz 2.

In den Vorschriften des Urheberrechts findet sich keine Bestimmung, nach der für Aneignungskünstler explizit ein Zitatrecht besteht. Nach den zitatrechtlichen Vorschriften der §§ 41 ff UrhG ist das Zitieren aus fremden geschützten Werken nur zu den dort genannten Zwecken und ausschließlich im dort genannten Umfang zustimmungs- und vergütungsfrei zulässig.⁹⁵² Ein Bild oder Kunstzitat, welches die Übernahme von ganzen Werken betrifft oder sich zumindest auf Ausschnitte von Werken beschränkt, ist - abgesehen vom wissenschaftlichen Großzitat nach § 54 Abs 1 Z 3a UrhG, dass sich auf einzelne erschienene Werke der bildenden Künste bezieht - nicht vorgesehen.⁹⁵³ Zugunsten des Aneignungskünstlers kann folglich nur die entsprechende Anwendung der zitatrechtlichen Vorschriften in Betracht kommen.

2. Die Ausweitung des Zitatrechts im Kunstbereich durch Analogieschluss

a) Die Rechtsprechung des OGH

Auch wenn das Zitatrecht vor allem im Bereich von Wissenschaft und Berichterstattung von besonderer Bedeutung ist, so bleibt es doch generell nicht auf diese Bereiche begrenzt.⁹⁵⁴ Als Einschränkung des verfassungsrechtlich geschützten Urheberrechts ist zwar auch das Zitatrecht grundsätzlich eng auszulegen.⁹⁵⁵ Das schließt jedoch eine am Zweck der Vorschrift ausgerichtete erweiternde Auslegung im Lichte der gleichfalls verfassungsrechtlich geschützten Meinungs- oder Kunstfreiheit grundsätzlich nicht aus.⁹⁵⁶

Voraussetzung für die analoge Anwendung der zitatrechtlichen Vorschriften zum Vorteil des Aneignungskünstlers ist das Vorliegen einer planwidrigen Gesetzeslücke, wobei grundsätzlich eine teleologische Regelungslücke ausreicht. Sogar nach-

⁹⁵² Diese zitatrechtlichen Privilegierungen dienen dem Allgemeininteresse an freier und geistiger Auseinandersetzung, an Dialog, Kritik und kultureller Entwicklung. Die Übernahme gemeinfreier Werke und Werkteile hingegen bedarf ohnehin keiner Zustimmung ihres Schöpfers (vgl. *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG³ § 51 Rz 1).

⁹⁵³ OGH 4 Ob 224/00w MR 2000, 373 (376).

⁹⁵⁴ *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG³ § 51 Rz 1. Zur Auslegung der zitatrechtlichen Vorschriften mit Bezug auf die Meinungsfreiheit vgl. insbesondere OGH 4 Ob 224/00w MR 2000, 373; mit Blick auf die Kunstfreiheit BVerfG 1 BvR 825/98 GRUR 2001, 149.

⁹⁵⁵ OGH 4 Ob 224/00w MR 2000, 373 (376).

⁹⁵⁶ *Schulze in Dreier/Schulze*, UrhG³ § 51 Rz 1; *Waldenberger in Möhring/Nicolini*, UrhG² § 51 Rz 3.

trägliche Regelungslücken können unter Rücksicht auf die ratio legis und die Rechtsentwicklung einen Analogieschluss rechtfertigen.⁹⁵⁷

Der Gesetzgeber hat in § 54 Abs 1 Z 3a UrhG lediglich das wissenschaftlichen Großzitat, dass auf einzelne erschienene Werke der bildenden Künste verweist, geregelt. Diese Vorschrift lautet:

„Es ist zulässig, [...] einzelne erschienene Werke der bildenden Künste in einem die Hauptsache bildenden wissenschaftlichen Werk zu vervielfältigen, zu verbreiten und der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen [...].“

Ein weiterreichendes ausdrückliches Zitatrecht, dass die Wiedergabe eines ganzen Werkes der bildenden Künste oder eines Lichtbildes über den wissenschaftlichen Zweck hinaus rechtfertigen würde, kennt das Gesetz hingegen nicht.

Die Rechtsprechung sieht hierin eine Regelungslücke, welche die entsprechende Anwendung der zitatrechtlichen Vorschriften über das wissenschaftliche Großzitat hinaus ermöglicht.⁹⁵⁸ Das Gesetz sei unvollständig, wenn es zwar [...] das Großzitat im Interesse der freien geistigen Auseinandersetzung in wissenschaftlichen Werken zulässt, nicht aber das Bildzitat als Großzitat im Interesse der Meinungsfreiheit und der freien geistigen Auseinandersetzung.⁹⁵⁹ Das verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit nach Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK könne im Weg der Interessensabwägung im Einzelfall dazu führen, dass das Urheberrecht einer bestimmten Nutzung nicht entgegensteht und von einer freien Werknutzung auszugehen ist, und zwar auch dann, wenn eine solche im konkreten Zusammenhang im Gesetz nicht vorgesehen ist.⁹⁶⁰

b) Die Ablehnung des Analogieschlusses im Schrifttum

Ob die für Beiträge in Zeitungen und Zeitschriften vertretene Auffassung der Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung der zitatrechtlichen Vorschriften allge-

⁹⁵⁷ OGH 4 Ob 224/00w MR 2000, 373 (375).

⁹⁵⁸ Dagegen *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 62, 950, 1315.

⁹⁵⁹ OGH 4 Ob 224/00w MR 2000, 373 (376).

⁹⁶⁰ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 100/03i, MR 2003, 389 (389).

mein auf Bild- und Kunstzitate erweitert werden kann, mag dahinstehen. Jedenfalls ist entgegen den Entwicklungen in der Rechtsprechung nach der hier vertretenen Ansicht ein Analogieschluss in Bezug auf ein Bild- oder Kunstzitat im gegebenen Zusammenhang unzulässig. Bereits die von der Rechtsprechung angenommene Regelungslücke im urheberrechtlichen Zitatrecht existiert nicht.

Es mögen zwar mit der Rechtsprechung Fälle denkbar sein, in denen die Wiedergabe eines ganzen Werkes der bildenden Künste oder eines Lichtbildes zur Erreichung des angestrebten Zitatziwecks erforderlich ist. In diesem Zusammenhang darf aber nicht unerkannt bleiben, dass der Gesetzgeber im Bereich der bildenden Künste ganz bewusst nicht einmal ein kleines Zitat vorgesehen hat. Selbst die Übernahme von Bildausschnitten einzelner veröffentlichter Werke ist nicht vom gesetzgeberischen Willen gedeckt.⁹⁶¹ Anders als bei den Werken der Literatur und Musik gewährt der Gesetzgeber ein Zitatrecht im Bereich der bildenden Künste ausschließlich zu wissenschaftlichen Zwecken sowie im Zusammenhang mit dem Schul- und Unterrichtsgebrauch.⁹⁶²

Es kann sicher darüber diskutiert werden, ob ein allgemeines Erfordernis bestehe, im Bereich der bildenden Künste und des Lichtbildrechts außerhalb der Rechtfertigungsgründe von Wissenschaft und Bildung ein Zitatrecht zu etablieren. Trotz allem ist aber klar, dass es der Gesetzgeber nach § 54 Abs 1 Z 3 und 3a UrhG bisher ausschließlich im Bereich von Wissenschaft und Bildung für zulässig ansieht, Werke der bildenden Künste zu zitieren.⁹⁶³

c) Diskussion und Stellungnahme

Ihre Auffassung entwickelte die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Frage, ob auch bei Beiträgen in Zeitungen und Zeitschriften ganze Bildzitate im Interesse

⁹⁶¹ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (378).

⁹⁶² Wiedergegeben werden dürfen dabei die jeweiligen Werke erforderlichenfalls sogar in vollem Umfang. Denn Bildzitate sind selbständig und losgelöst von der erforderlichen Belegfunktion eines Zitats, die sie erfüllen, konsumierbar. Sie können mit einem Blick erfasst werden, ohne sich mit dem aufnehmenden Werk auseinanderzusetzen. Vgl *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (378).

⁹⁶³ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (378).

einer freien geistigen Auseinandersetzung notwendig sein würden.⁹⁶⁴ Für eine analoge Anwendung von § 54 Abs 1 Z 3a UrhG spräche in einem solchen Fall, dass es im Interesse der freien geistigen Auseinandersetzung notwendig sein kann, auch bei Beiträgen in Zeitungen und Zeitschriften durch die Zitierung vor allem von Lichtbildwerken und Lichtbildern die vom Autor vertretene Auffassung zu belegen. Das gälte vor allem für Beiträge, die sich mit Artikeln in anderen Zeitungen und Zeitschriften auseinandersetzen. Bedingt wäre dies durch den aufgrund der Entwicklung zur Informations- und Mediengesellschaft immer mehr zunehmenden Stellenwert der kritischen Auseinandersetzung der Medien untereinander. Zudem könne ein bloßes Sprachzitat im Sinne des § 46 Z 1 UrhG das Wesentliche eines Berichts oft nur unvollständig zum Ausdruck bringen, was den immer größer werdenden Anteil der mit Bildern angereicherten Berichte gegenüber der reinen Wortberichterstattung bedinge.⁹⁶⁵

Dem ist indes entgegenzuhalten, dass das Zitatrecht im Kunstbereich bewusst auf Wissenschaft und Bildung beschränkt ist. Es geht der Rechtsprechung nicht darum, das kleine Zitat ausnahmsweise auch auf ganze Werke auszudehnen, sondern um die Einführung eines Zitatrechts neuer Qualität.⁹⁶⁶

Zur Verdeutlichung dessen sei darauf hingewiesen, dass die österreichische Gesetzgebung gerade in diesem Punkt im Vergleich entscheidend von den zitatrechtlichen Vorschriften des deutschen Urheberrechts abweicht.⁹⁶⁷ Bereits nach § 51 Z 2 dUrhG aF, der im Wortlaut dem jetzigen Regelbeispiel des § 51 Satz 2 Z 2 dUrhG nF entspricht, war die Wiedergabe einzelner Stellen eines Werkes nach dessen Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk ohne Beschränkung auf bestimmte Werkkategorien und damit auch für Werke der bildenden Künste zulässig.⁹⁶⁸ Nach österreichischem Urheberrecht gilt dies bis heute ausschließlich nur für Sprach- und Musikwerke.⁹⁶⁹ Bis zur Novelle des deutschen Urheberrechts mit Wir-

⁹⁶⁴ OGH 4 Ob 224/00w MR 2000, 373. Vgl dazu auch den weiterführenden Rechtsprechungsüberblick bei *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 100/03i, MR 2003, 389 (389). Auch in diesen Entscheidungen hat die Rechtsprechung der Meinungsäußerungsfreiheit den Vorrang vor dem Urheberrecht eingeräumt.

⁹⁶⁵ OGH 4 Ob 224/00w MR 2000, 373 (377).

⁹⁶⁶ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 100/03i, MR 2003, 389 (390).

⁹⁶⁷ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (378).

⁹⁶⁸ § 51 Z 2 dUrhG aF lautet: Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe, wenn in einem durch den Zweck gebotenen Umfang [...] Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden [...].

⁹⁶⁹ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (378).

kung zum 01.01.2008 war daher für den deutschen Rechtsraum in dem erwähnten Sinn lediglich die Frage zu entscheiden, ob das kleine Zitatrecht ausnahmsweise doch auch ganze Werke umfassen kann.⁹⁷⁰ Heute wird wohl sogar davon auszugehen sein, dass Kunstzitate durch die Einführung der Generalklausel in § 51 Satz 1 dUrhG nF im deutschen Urheberrecht allgemein zulässig sind.⁹⁷¹ Die bisher durch Analogieschluss zulässigen Zitate finden nunmehr ihre Stütze im Gesetz.⁹⁷²

In Österreich hingegen ist die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers eine völlig andere. Zitate im Kunstbereich sind nur im Zusammenhang mit wissenschaftlichen Zwecken und dem Unterrichtsgebrauch gestattet. Dies ist eine klare und vom gesetzgeberischen Willen gedeckte Entscheidung, die weder eine ursprüngliche noch eine nachträgliche Gesetzeslücke bedingt, die durch Analogie auszufüllen wäre.⁹⁷³ Freie Werknutzungen sind als spezifische gesetzlich geregelte Beschränkungen des urheberrechtlichen Schutzes grundsätzlich nicht analogiefähig. Sie sind auf konkrete Einzelfälle beschränkt, die nur schwer auf andere übertragen werden können.⁹⁷⁴

Auffällig ist zudem, dass die Rechtsprechung ihre Auffassung zur Annahme des Analogieschlusses mit dem Grundrecht der freien Meinungsäußerung nach Art 10 MRK begründet. Noch in anderem Zusammenhang hatte sie nämlich betont, dass das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung Eingriffe in urheberrechtliche Verwertungsrechte über freie Werknutzungen hinaus nicht rechtfertigt.⁹⁷⁵ Nunmehr scheint die Rechtsprechung diese Linie jedoch verlassen zu haben. Sicher treffen Meinungsäußerungsfreiheit und Urheberrecht bisweilen in einem Spannungsverhältnis aufeinander.⁹⁷⁶ Aber auch das Urheberrecht als ganz zentrales Rechtsgut der Gesellschaft muss mit Blick auf die Kunstfreiheit und als Eigentumsrecht den besonde-

⁹⁷⁰ Walter, Anm zu OGH 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (378). Bis zur Neufassung des deutschen Urheberrechts mit Wirkung zum 01.01.2008 räumte das Gesetz das Zitatrecht nur für die in § 51 dUrhG aF genannten Werkarten ein. Es war allgemein anerkannt, dass diese Regelung zu eng scheine und eine analoge Anwendung auf die Werke des Urheberrechts allgemein notwendig wäre (BGH I ZR 264/91 GRUR 1994, 191 [199]). Für die bildende Kunst kam die analoge Anwendung des Kleinzitats nach § 51 Nr 2 dUrhG aF in Betracht (*Schricker in Schricker*, UrhR³ § 51 Rz 41).

⁹⁷¹ § 51 Satz 1 dUrhG nF lautet: „Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist.“

⁹⁷² Zur Diskussion im deutschen Recht, ob ein Analogieschluss trotz Einführung der Generalklausel in § 51 Satz 1 dUrhG nF weiterhin erforderlich ist, vgl *Huttenlauch*, Appropriation Art (2010) 96 f.

⁹⁷³ Walter, Anm zu OGH 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (378).

⁹⁷⁴ Walter, Anm zu OGH 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (378 f).

⁹⁷⁵ OGH 4 Ob 2363/96w ÖBI 1997, 256 (256) = MR 1997, 93 (93); Walter, Anm zu OGH 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (379).

⁹⁷⁶ Schanda, Pressefreiheit contra Urheberrecht, MR 1997, 90 (91).

ren Schutz der Verfassung finden. Für das Funktionieren einer demokratischen Gesellschaft ist der urheberrechtliche Schutz gleichermaßen essentiell. Er darf durch die Informationsfreiheit nicht ausgehöhlt werden.⁹⁷⁷ Die verfassungsrechtliche Verankerung des Urheberrechtes in der Eigentumsgarantie des Art 5 StGG und der Kunstfreiheit des Art 17a StGG spricht damit gegen ein Aufbrechen des geschlossenen Systems der freien Werknutzungen.⁹⁷⁸

Ferner wurde die Abwägung der Urheberinteressen mit denjenigen der Allgemeinheit bereits bei der Erstellung des im Einzelnen abgestimmten Systems von Ausnahmen und Beschränkungen der freien Werknutzungen vorgenommen. Im Urheberrechtsgesetz sind die Befugnisse und deren Beschränkungen grundsätzlich abschließend geregelt.⁹⁷⁹ Bei der Interpretation der dem Urheber vorbehaltenen Verwertungstatbestände und der urheberrechtlichen Schrankenregelungen könne zwar das allgemeine Interesse an einer weitgehend umfassenden Nutzung geschützter Werke sowie einem möglichst offenen Zugang zu diesen einbezogen werden. Eine Güter- und Interessenabwägung, die der urheberrechtlichen Prüfung nachgeht, verbietet sich indes.⁹⁸⁰

Nach allem besteht in § 54 Abs 1 Z 3a UrhG, der das Zitieren ganzer Bilder oder Lichtbilder nur im Rahmen des großen wissenschaftlichen Zitats zulässt, bezüglich eines weiterführenden Zitatrechts im Kunstbereich keine durch Analogie zu schließende gesetzliche Lücke. Weder die geltenden zitatrechtlichen Gesetzesbestimmungen noch eine entsprechende Anwendung der bestehenden Zitatrechte können damit dem Aneignungskünstler Zitatrechte bezüglich seiner Arbeiten gegenüber den verwendeten Vorlagen einräumen und folglich seine Vorlagenverwendung rechtfertigen. Auf der Grundlage zitatrechtlicher Vorschriften hat der Vorlagenschöpfer Rechtsverletzungen durch Werke der Aneignungskünstler nicht hinzunehmen.

⁹⁷⁷ *Walter*, Anm zu 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (379); *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 2363/96w, MR 1997, 96 (97).

⁹⁷⁸ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 100/03i, MR 2003, 389 (389).

⁹⁷⁹ BGH I ZR 117/00 GRUR 2003, 956 (956).

⁹⁸⁰ *Walter*, Anm zu OGH 4 Ob 100/03i, MR 2003, 389 (389).

D. Zusammenfassung zu Kapitel 3

Die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke oder Werkteile bezüglich der Appropriation Art kann im österreichischen Urheberrecht nur im Rahmen einer selbständigen Neuschöpfung nach § 5 Abs 2 UrhG gerechtfertigt werden. Denn trotz des bestehenden Zusammenhangs mit der Werkvorlage liegt in der freien Nachschöpfung ein von dieser Vorlage verschiedenes und selbständiges Werk vor. Die Verwertung dieser Nachschöpfung ist dann nicht von der Genehmigung des Vorlageschöpfers abhängig.

Ein Rückgriff auf zitatrechtliche Vorschriften zur urheberrechtlichen Rechtfertigung der Aneignungskunst indessen verbietet sich. Direkte gesetzliche Anknüpfungspunkte sind in der Urheberrechtsordnung nicht vorhanden. Für eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen ist kein Platz. Die für einen Analogieschluss erforderliche gesetzliche Lücke existiert nicht.

Ausgangswerke ohne Urheberrechtsschutz oder auch gemeinfreie oder ehemals geschützte Werke, die nicht mehr unter die Schutzfristen nach den §§ 60 ff UrhG fallen, können hingegen durch die Aneignungskunst frei benutzt werden.

Entscheidend für die Einordnung der Aneignungskunst als selbständige Neuschöpfung ist die Abgrenzung zur abhängigen Bearbeitung im Sinne von § 5 Abs 1 UrhG, die absolut einzelfallbezogen vorzunehmen ist und sich mitunter schwierig gestalten kann. Die Übergänge zwischen abhängiger Bearbeitung und selbständiger Neuschöpfung sind fließend.

Generelle Voraussetzung für die freie Nachschöpfung ist, dass der aneignende Künstler die Werkvorlage nur zur Anregung für das eigene Schaffen nutzt und diese Vorlage im Vergleich zu seinem eigenen schöpferischen Schaffen verblasst. Diese durch die Rechtsprechung entwickelte „Abstandslehre“ mit ihren allgemeinen äußeren Abgrenzungskriterien hilft der Appropriation Art indes nicht weiter. Denn für die Aneignungskunst ist die Benutzung fremder Werke oder Werkteile Wesensmerkmal und die damit verbundene äußerlich-formale Gleichartigkeit mit der Werkvorlage logische Folge, so dass derartige Übereinstimmungen in der Regel zu einem negativen Ergebnis der „Verblassensprüfung“ zu Ungunsten einer freien Nachschöpfung führen.

Neben das Kriterium des Verblassens als tragende Stütze der Abstandslehre müssen daher weitere Abgrenzungskriterien treten. Gefragt wird, ob die Entlehnung erforderlich ist oder ob sie einen ausreichenden „inneren Abstand“ hält oder ob Werkvorlage und Nachschöpfung im Wettbewerb zueinander stehen.

Das zusätzliche Abgrenzungsmerkmal der Erforderlichkeit der Entlehnung wurde durch die Rechtsprechung mit Blick auf die Parodie entwickelt. Ausgehend von dem Grundsatz, dass von einer freien Nachschöpfung nur die Rede sein könne, wenn angesichts der Eigenart des neuen Werkes die entlehnten eigenpersönlichen Züge der geschützten Werkvorlage verblassen, müsse auf die in der Natur der Parodie liegenden Besonderheiten - also auf die Bezugnahme auf das Ausgangswerk durch äußerlich sichtbare Übernahmen in der Nachschöpfung - Rücksicht genommen werden. Das Abgrenzungsmerkmal der Erforderlichkeit der Entlehnung wird jedoch heute allgemein nicht mehr angewandt und wurde durch das Unterscheidungskriterium des „inneren Abstands“ abgelöst.

Nach diesem Maßstab soll trotz der grundsätzlich sehr strengen Richtschnur der Verblassensprüfung unter bestimmten Voraussetzungen auch ein „innerer Abstand“, also geistiger Abstand, genügen, um für die Nachschöpfung eine freie Benutzung annehmen zu können. Auch dieses Abgrenzungskriterium wurde ursprünglich mit Blick auf die Parodie entwickelt. Einer grundsätzlichen Anwendung auf die Aneignungskunst steht indes nichts entgegen, auch wenn die Aneignungskunst selbst kein Unterfall der Parodie ist. Denn die Bevorzugung einer Kunstform gegenüber einer anderen verbietet sich. Die Prinzipien zum „inneren Abstand“ bleiben nicht auf die Parodie beschränkt. Sie finden auch auf jede andere Kunstform Anwendung, die den Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Kunstfreiheit genießt. Jedoch wird der „innere Abstand“ allgemein durch die Werkbezogenheit zwischen der Nachschöpfung und dem Ausgangswerk bestimmt. Dies ist aber unvereinbar mit der Aneignungskunst, die regelmäßig an dieser Forderung scheitert. Denn sie erzeugt ihren geistigen Abstand zum Ausgangswerk auf andere Weise. Bei ihr wird die Werkvorlage nur als Anknüpfungspunkt genutzt, um eigene Aussagen - losgelöst vom Ausgangswerk - zu treffen.

Ein möglicher Wettbewerb zwischen der Werkvorlage und der Nachschöpfung kann schließlich allenfalls in die Gesamtbetrachtung einfließen. Er kann seine Beachtung jedenfalls nicht losgelöst von der übrigen urheberrechtlichen Beurteilung finden.

Diese wird mit Blick auf die rechtliche Einordnung der Aneignungskunst schlussendlich nur über die zusätzlichen Abgrenzungskriterien des OGH erfolgen können, die dieser wiederum im Hinblick auf die Parodie entwickelt hat. Der OGH bemisst deren urheberrechtliche Zulässigkeit an folgenden Faktoren:

- Das Verhalten fällt in den Schutzbereich von Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK.
- Es handelt sich nicht um unwahre, ehrenrührige Tatsachenbehauptungen.
- Die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers werden nicht ausgehöhlt.
- Die normale Auswertung des Werkes wird nicht beeinträchtigt.
- Die berechtigten Interessen des Urhebers werden nicht ungebührlich verletzt.
- Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung kann ohne Eingriff in das Urheber- oder Leistungsschutzrecht nicht oder nur unzulänglich ausgeübt werden.

Wieder bleiben diese Prinzipien nicht auf die Parodie beschränkt. Auch sie finden auf jede andere Kunstform - also auch auf die Aneignungskunst - Anwendung. Anders als beim zusätzlichen Abgrenzungsmerkmal des „inneren Abstands“ stellt der OGH in seinen Überlegungen aber nicht auf die Werkbezogenheit der Nachschöpfung ab. Er setzt sich mit der Zielrichtung der Nachschöpfung überhaupt nicht auseinander. Folglich ist die Verwendung der Werkvorlage im Rahmen der Aneignung beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen auch dann zulässig, wenn zwischen der Zielrichtung der Nachschöpfung und der Werkvorlage kein Zusammenhang besteht. Soweit das zusätzliche Abgrenzungsmerkmal des „inneren Abstands“ aufgrund der geforderten Werkbezogenheit für die Aneignungskunst noch untaugliches Abgrenzungsmerkmal war, können damit die zusätzlichen Abgrenzungskriterien des OGH für die urheberrechtliche Einordnung der Appropriation Art herangezogen werden.

Kapitel 4

Zusammenfassung

a) Während im österreichischen Urheberrecht die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke oder Werkteile bezüglich der Appropriation Art im Rahmen einer selbständigen Neuschöpfung nach § 5 Abs 2 UrhG gerechtfertigt werden kann, muss sich die Zulässigkeit der Aneignungskunst im US-amerikanischen Copyright-Law an den Vorschriften des *fair use defense* nach 17 USC § 107 messen lassen.

Entscheidungen zur urheberrechtlichen Rechtfertigung der im Wege der Aneignungskunst entstandenen Arbeiten werden sowohl im österreichischen Urheberrecht als auch im US-amerikanischen Copyright-Law immer einzelfallbezogen und unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Grundsätze sowie des Zwecks des Urheberrecht / Copyright-Laws, nämlich der Förderung kreativer künstlerischer Entfaltung, zu treffen sein.

b) Im Hinblick auf das US-amerikanische Recht existieren mit *Rogers v. Koons*, *Blanch v. Koons* und *Cariou v. Prince* bereits drei wesentliche Gerichtsentscheidungen, anhand derer sich die Entwicklung der urheberrechtlichen Einordnung der Appropriation Art in der US-amerikanischen Rechtsprechungspraxis anschaulich zeigt und auf deren Grundlage sich die Prinzipien für eine urheberrechtliche Rechtfertigung der Werke der Aneignungskunst erarbeiten lassen. Den Ausgangspunkt hierfür bildet der einfachgesetzliche Rechtfertigungstatbestand des *fair use defense* mit seinen vier einzelnen Abwägungsfaktoren

- purpose and character,
- nature of the copied work,
- amount and substantiality,
- effect upon work's value.

Die entscheidenden Anknüpfungspunkte bei der Prüfung des *fair use* - Standards sind die Transformativität der Aneignung und die Auswirkungen der Verwendung der Werkvorlage auf deren potentiellen Markt. Bei der Transformativität der Aneignung kommt es dabei nicht darauf an, ob die Nachschöpfung das Original direkt kommentiert, sondern es reicht aus, dass mit ihr eine allgemeine und von einem künstlerischen Zweck getragene Aussage getroffen wird. Eine schädliche Auswir-

kung auf den potentiellen Markt der Vorlage liegt zudem nur vor, wenn das Folgewerk einen wirtschaftlichen Ersatz für die Vorlage bildet.

c) Im österreichischen Urheberrecht gibt es bisher keine gerichtlichen Entscheidungen, die sich mit der urheberrechtlichen Einordnung der Appropriation Art befassen. Lediglich die Entscheidung des OGH im Verfahren *Lieblingshauptfrau* (4 Ob 66/10z) kann herangezogen werden, um die Kriterien für eine urheberrechtliche Rechtfertigung der Werke der Aneignungskunst zu entwickeln.

Entscheidend für die Einordnung der Aneignungskunst als selbständige Neuschöpfung nach § 5 Abs 2 UrhG ist deren Abgrenzung zur abhängigen Bearbeitung im Sinne von § 5 Abs 1 UrhG. Dabei sind die Übergänge zwischen abhängiger Bearbeitung und selbständiger Neuschöpfung fließend. Doch nur in der selbständigen Neuschöpfung liegt ein von der Werkvorlage verschiedenes und freies Werk vor. Und lediglich die Verwertung dieser selbständigen Neuschöpfung ist nicht von der Genehmigung des Schöpfers der Werkvorlage abhängig.

Für eine selbständige Neuschöpfung darf der Künstler die Werkvorlage nur zur Anregung für das eigene Schaffen verwenden. Nach den allgemeinen äußeren Abgrenzungskriterien der von der Rechtsprechung zunächst entwickelten „Abstandslehre“ muss die Vorlage hierfür im Vergleich zum eigenen schöpferischen Arbeiten des nachschaffenden Künstlers verblassen.

Die Kriterien der „Abstandslehre“ sind indes mit den Wesensmerkmalen der Appropriation Art nicht vereinbar. Für die Aneignungskunst ist der Rückgriff auf fremde Werke oder Werkteile essentiell und die damit verbundene äußerlich-formale Gleichartigkeit mit der Werkvorlage logische Folge, so dass derartige äußere Übereinstimmungen zwischen Vorlage und Nachschöpfung in der Regel zu einem negativen Ergebnis der „Verblassensprüfung“ führen.

Im Verfahren *Lieblingshauptfrau* (4 Ob 66/10z) entwickelte der OGH zusätzliche Abgrenzungskriterien, die über die alleinige Anknüpfung an den äußerlichen Vergleich zwischen Werkvorlage und Nachschöpfung hinausgehen. Dieses Verfahren bot dem OGH erstmals die Möglichkeit, sich zur Kunstform der Parodie im Urheberrecht zu äußern. Wie die Aneignungskunst zeichnet sich auch die Parodie durch die Bezugnahme auf das Ausgangswerk durch äußerlich sichtbare Übernahmen in der Nachschöpfung aus. Der OGH erkannte, dass die bisher bestehenden äußeren Kri-

terien des Verblässens nicht mehr ausreichen, um die Parodie mit dem Gefüge der urheberrechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen. Es wurde notwendig, dass weitere Abgrenzungskriterien hinzutreten, die der OGH folgendermaßen definiert:

- Das Verhalten fällt in den Schutzbereich von Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK.
- Es handelt sich nicht um unwahre, ehrenrührige Tatsachenbehauptungen.
- Die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers werden nicht ausgehöhlt.
- Die normale Auswertung des Werkes wird nicht beeinträchtigt.
- Die berechtigten Interessen des Urhebers werden nicht ungebührlich verletzt.
- Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung kann ohne Eingriff in das Urheber- oder Leistungsschutzrecht nicht oder nur unzulänglich ausgeübt werden.

Obwohl der OGH seine Abgrenzungskriterien zunächst nur mit Blick auf die Parodie entwickelt hat, steht einer Anwendung dieser Kriterien auf die Aneignungskunst nichts entgegen. Denn die Bevorzugung einer Kunstform gegenüber einer anderen verbietet sich. Die Abgrenzungskriterien bleiben nicht auf die Parodie beschränkt. Sie finden grundsätzlich auch auf jede andere Kunstform Anwendung, die den Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Kunstfreiheit genießt.

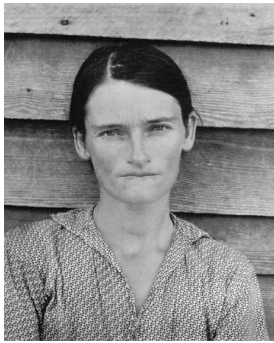
d) Neben dem Rückgriff auf die durch den OGH für die selbständige Neuschöpfung nach § 5 Abs 2 UrhG entwickelten Abgrenzungskriterien kann die Rechtfertigung der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke oder Werkteile durch die Aneignungskunst darüber hinaus nicht auf der Grundlage des Zitatrechts erfolgen. Direkte gesetzliche Anknüpfungspunkte sind in der Urheberrechtsordnung, insbesondere in den Vorschriften zu den freien Werknutzungen der §§ 41 ff UrhG, nicht vorhanden. Für eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen ist kein Platz. Die für einen Analogieschluss erforderliche gesetzliche Lücke existiert nicht.

e) Schlussendlich können durch die Aneignungskunst aber jederzeit gemeinfreie oder ehemals geschützte Werke, die nicht mehr unter die Schutzfristen nach den §§ 60 ff UrhG fallen, sowie andere Ausgangswerke ohne Urheberrechtsschutz frei benutzt werden. Aus diesem Grund ist schwer abzusehen, ob Judikatur zur Appropriation Art in Österreich in der Zukunft überhaupt zu erwarten ist. Denn die Sensibilität der Künstler zum Thema der Aneignung fremden Werkschaffens nimmt spätestens seit der öffentlichen Diskussion über das Urheberrecht im Zusammenhang mit dem

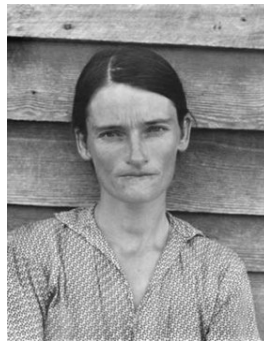
Schutz vor „Internetpiraterie“ stetig weiter zu, so dass Künstler in der Regel Vorlagen nutzen, die urheberrechtlich nicht geschützt sind.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1



Walker Evans - *Hale County*
1936



Sherrie Levine - *After Walker Evans*
1981

Abbildung 2



Marcel Duchamp - *Fontain (Urinoir)*
1917



Sherrie Levine - *Fountain (After Marcel Duchamp)*
1991

Abbildung 4

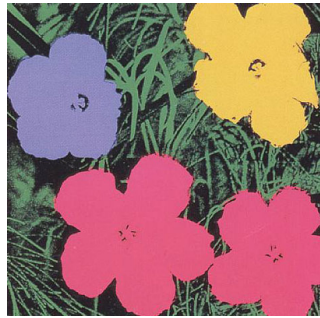


Andy Warhol - *Flowers*
Auswahl ab 1964

Abbildung 5



Andy Warhol - *Flowers X*
1980



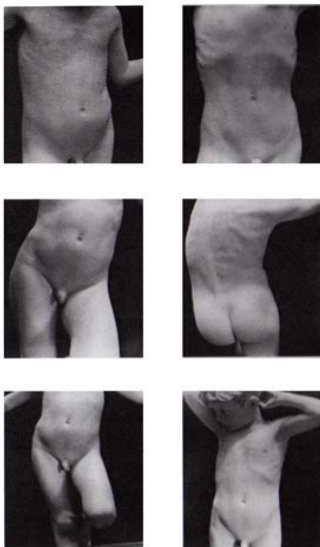
Elaine Sturtevant - *Warhol Flowers*
1990

Abbildung 6

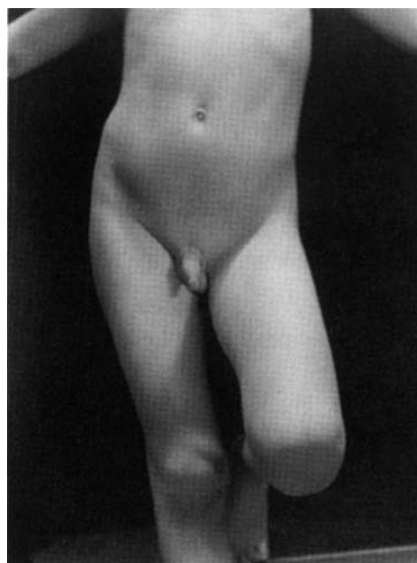


Richard Prince – *Untitled (Cowboy)*
1989

Abbildung 7



Edward Weston - *Six Nudes Of Neil*
1925



Sherrie Levine - *Untitled (After Edward Weston)*
1981

Abbildung 8



Jackson Pollock - *Number 8*,
1949



Mike Bidlo - *Untitled (Not Pollock)*,
1983

Abbildung 9



Alexander Paul Englert - *Endstation Sehnsucht*
2004



Xenia Hauser - *Außer Atem*
2004

Abbildung 10



Michael Friedel - *2 Titelbilder aus dem „Stern“*
1984



Peter Nagel - *Modell-Hubschrauber*
1984

Abbildung 11



Peter Leibing - *Sprung in die Freiheit*
ger
1961



Florian & Michael Brauer, Edward Anders - *Mauerspringer*
2009

Abbildung 12



Der Tagesspiegel - *Grenzspringer als Plastik - aus Plastik*
10.01.2008, Foto: Uwe Steinert

Abbildung 13



Helmut Newton - *Weiblicher Akt*

Abbildung 14



George Pusenkov - *Power Of Blue*
1994

Abbildung 15



Jeff Koons - *Ushering Into Banality*
1988

Abbildung 16



Jeff Koons - *Wild Boy and Puppy*
1988

Abbildung 17



Jeff Koons - *String of Puppies*
1988

Abbildung 18



Art Rogers - *Puppies*
1980

Abbildung 19



Jeff Koons - *Niagara*,
2000

Abbildung 20



Andrea Blanch - *Silk Sandals by Gucci (Scan der Kopie)*
2000

Abbildung 21



Richard Prince - *Untitled (Couple)*,
1977

Abbildung 22



Richard Prince - *Untitled*
(Three men looking in the same direction)
1978

Abbildung 23



Richard Prince - *Untitled (Cigarettes)*
1978/1979



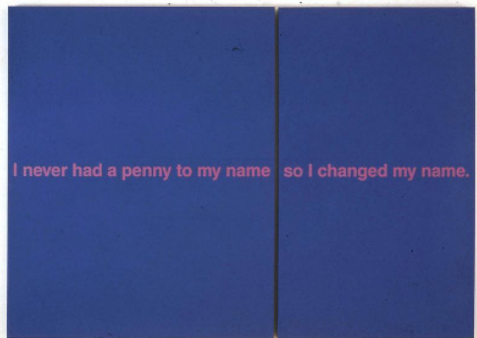
Abbildung 24



Richard Prince - *Untitled (Cowboy)*
seit 1980

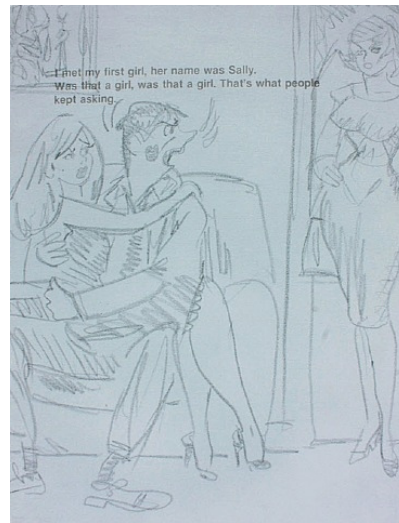


Abbildung 25



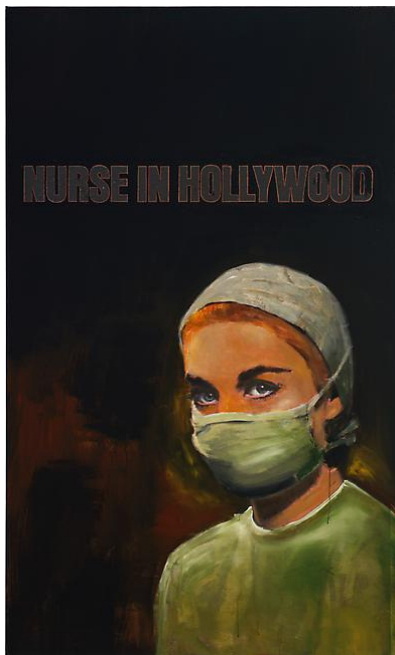
Richard Prince - *I Changed My Name*, 1988

Abbildung 26



Richard Prince - *Untitled (Joke)* 1987

Abbildung 27



Richard Prince - *Nurse in Hollywood* 2003

Abbildung 28



Richard Prince - *Surfing Nurse* 2003

Abbildung 29



Richard Prince - *Spritual America*
1983

Abbildung 30



Garry Gross - *Brooke Shields At 10*
1975

Abbildung 31

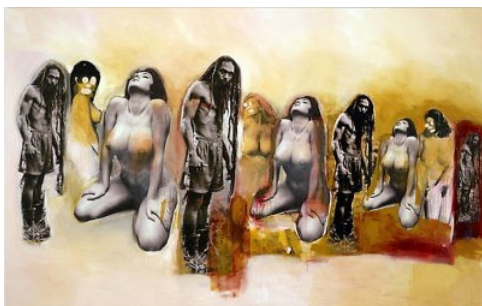


Patrick Cariou - Foto aus „Yes, Rasta“
2000



Richard Prince - *Graduation*
2008

Abbildung 32



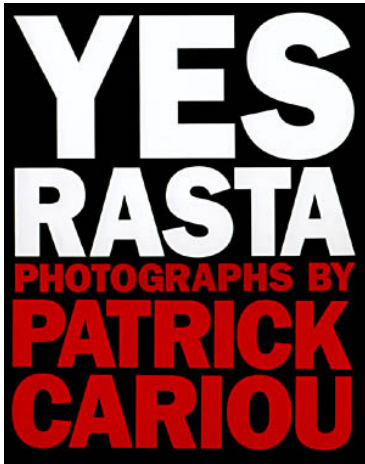
Richard Prince - *Tales of Brave Ulysses*
2008

Abbildung 33



Richard Prince – Detail of Canal Zone (2007)
2007

Abbildung 34



Patrick Cariou - Einband des Fotobands „Yes Rasta“
2000

Abbildung 35



Richard Prince - Canal Zone (2008)
2008

Abbildung 36



Richard Prince - Ile de France
2008

Abbildung 37



Patrick Cariou - Foto aus „Yes, Rasta“
2000



Richard Prince - Naked Confession
2008



Patrick Cariou - Foto aus „Yes, Rasta“
2000



Richard Prince - Specially Round Midnight
2008

Abbildung 38



Patrick Cariou - Mediation
2008

Abbildung 39



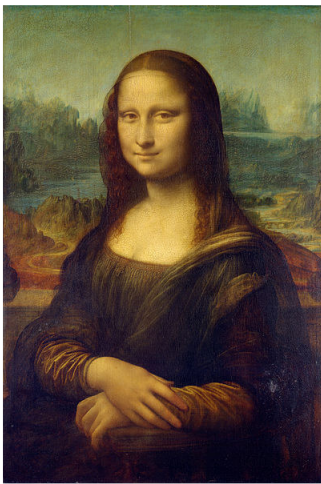
Richard Prince - Charlie Company
2008

Abbildung 40



Mike Bidlo - *The Origins of the World*
1995

Abbildung 41

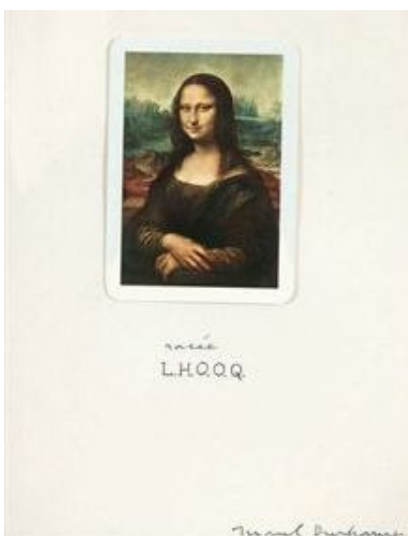


Leonardo da Vinci - *Mona Lisa*
1503 - 1506



Marcel Duchamp - *L.H.O.O.Q.*
1919

Abbildung 42



Marcel Duchamp - *Rasée L.H.O.O.Q.*
1965

Abbildung 43



Elaine Sturtevant - *Duchamps L.H.O.O.Q.*
1970

Abbildung 44

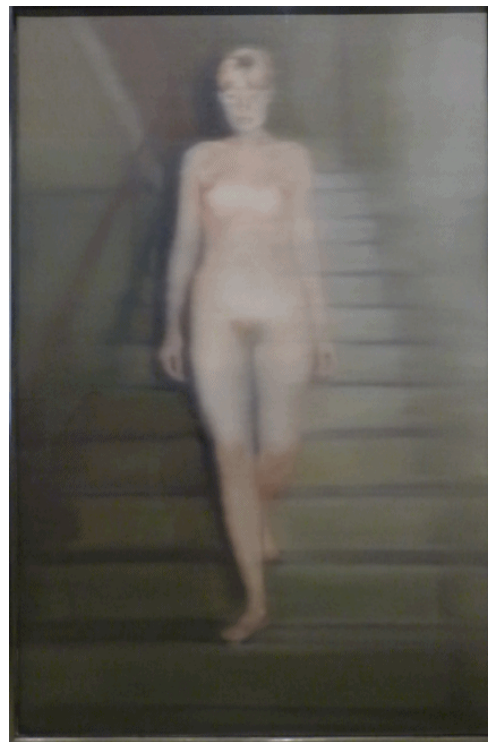


Elaine Sturtevant - *Duchamps rasée L.H.O.O.Q.*
1971

Abbildung 45



Marcel Duchamp - *Nu descendant un escalier*
1912



Gerhard Richter - *Emme (Akt auf einer Treppe)*
1966

Abbildung 46



Plakat und Internetwerbung der SPÖ
Salzburger Landtagswahlkampf 2009



Grafik des Vereins Jugend für das Leben - Salzburg
Postwurfsendung vom 13.02.2009

Literaturverzeichnis

Ackeret, Matthias

Jedes gute Foto hat eine Vorgeschichte - Interview mit Hannes Schmid
in persönlich rot, 17.11.2008
http://www.persoendlich.com/news/show_news.cfm?newsid=79019
letzter Abruf am 06.03.2012
zit: Ackeret, Jedes gute Foto hat eine Vorgeschichte, persönlich rot, 17.11.2008,
http://www.persoendlich.com/news/show_news.cfm?newsid=79019 (06.03.2012)

Ames, E. Kenly

Beyond Rogers v. Koons: A Fair Use Standard for Appropriation
in 93 Columbia Law Review 1993, 1473
zit: Ames, Beyond Rogers v. Koons, 93 Columbia Law Review 1993, 1473 (Seite)

Anderl, Axel

u. Schmid, Martina
Appropriation Art - Im Spannungsfeld zwischen Urheberrecht und Kunstfreiheit
in ecolex 2009, 49
zit: Anderl/Schmid, Appropriation Art, ecolex 2009, 49 (Seite)

Andy Warhol Foundation

11-1197-cv
Patrick Cariou v. Richard Prince
Brief of Amicus Curiae The Andy Warhol Foundation For The Visual Arts, Inc. In Support Of Defendants-Appellants And Urging Reversal
02.11.2011
zit: Brief der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, Seite

Andy Warhol Foundation

11-1197-cv
Patrick Cariou v. Richard Prince
Erwiderung of Amicus Curiae The Andy Warhol Foundation For The Visual Arts, Inc. In Support Of Defendants-Appellants And Urging Reversal
22.02.2012
zit: Erwiderung der Andy Warhol Foundation zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 22.02.2012, Seite

Bachleitner, Norbert

Eybl, Franz M.
u. Fischer, Ernst
Geschichte des Buchhandels in Österreich
Wiesbaden 2000
zit: Bachleitner uA, Geschichte des Buchhandels in Österreich (2000) Seite

Boulboulé, Guido

Kunst nach Kunst - ein Avantgardekonzept
in: Frieze, Peter (Hrsg), Kunst nach Kunst, Ausstellungskatalog Neues Museum Weserburg Bremen Bremen 2002.
zit: Boulboulé, Kunst nach Kunst - ein Avantgardekonzept, in Frieze (Hrsg), Kunst nach Kunst, Ausstellungskatalog Neues Museum Weserburg Bremen (2002) Seite

Bresler, Judith

u. **Lerner, Ralph**

Art Law

3. Auflage, New York 2005

zit: *Bresler/Lerner, Art Law*³ (2005) Seite

Bauer, Klaus-Albert

Videoaufzeichnung von Fernsehsendungen in den USA

Zur Entscheidung des Supreme Court Vom 17. Januar 1984 in Sachen Sony v. Universal

in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2002, Seite 95

zit: *Bauer, Videoaufzeichnung von Fernsehsendungen in den USA, GRUR Int 1984, 395 (Seite)*

Bullinger, Winfried

Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht - Der Schutz des bildenden Künstlers gegenüber der Fälschung seiner Werke

Berlin 1997

zit: *Bullinger, Kunstwerkfälschung und Urheberpersönlichkeitsrecht (1997) Seite*

Bürger, Peter

Theorie der Avantgarde

Frankfurt am Main 1974

zit: *Bürger, Theorie der Avantgarde (1974) Seite*

Burgstaller, Peter

Anmerkungen zu OGH 19.11.2002, 4 Ob 230/02f

in Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 2003, Seite 285

zit: *Burgstaller, Anm zu OGH 4 Ob 230/02f, ÖBI 2003/77, 285 (Seite)*

Buskirk, Martha

Appropriation Under the Gun

in Art in America, Vol. 80, No. 6., Juni 1992, 37

zit: *Buskirk, Appropriation Under the Gun, Art in America 1992, 37 (Seite)*

Chakraborty, Martin

Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht

Baden-Baden 1997

zit: *Chakraborty, Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht (1997) Seite*

Ciresa, Meinhard

Österreichisches Urheberrecht

Wien, Loseblattsammlung, Grundwerk von 1999 und Ergänzungslieferungen zur Fortsetzung

Stand: 14 Ergänzungslieferung 2011

zit: *Ciresa, Österreichisches Urheberrecht § Rz*

Cohen, Julie E.

Loren, Lydia Pallas

Okediji, Ruth Gana

u. O'Rourke, Maureen A.

Copyright in a Global Information Economy

New York 2002

zit: *Cohen uA, Copyright in a Global Information Economy (2002) Seite*

Cooke, Lynne

Richard Prince - New York, Whitney Museum

in *The Burlington Magazin*, Band 134, Heft 1073, 1992, Seite 554

zit: *Cooke, Richard Prince, The Burlington Magazin, CXXXIV/1073 1994, 554 (Seite)*

Crimp, Douglas

Pictures

in Wallis, Brian (Hrsg), *Art After Modernism: Rethinking Representation*

New York 1984, 6. Auflage 1992, Seite 175

zit: *Crimp, Pictures, in Art After Modernism (1984) 175 (Seite)*

Deutsche Guggenheim

Jeff Koons - Easyfun-Ethereal, 27. Oktober 2000 - 14. Januar 2001

<http://www.deutsche-guggenheim.de/d/pressephotos13.php>

letzter Abruf am 06.03.2012

zit: *Deutsche Guggenheim, Jeff Koons, <http://www.deutsche-guggenheim.de/d/pressephotos13.php> (06.03.2012)*

Dillenz, Walter

Die urheberrechtliche Beurteilung der Parodie

in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1984, Seite 93

zit: *Dillenz, Die urheberrechtliche Beurteilung der Parodie, ZfRV 1984, 93 (Seite)*

Dillenz, Walter

Warum Österreich-Ungarn nie der Berner Übereinkunft beitrug

in Wadle, Elmar (Hrsg), *Historische Studien zum Urheberrecht in Europa*, Seite 167

Berlin 1993

zit: *Dillenz, Warum Österreich-Ungarn nie der Berner Übereinkunft beitrug, in Wadle (Hrsg), Historische Studien zum Urheberrecht in Europa (1993) 167 (Seite)*

Dillenz, Walter

u. Gutman, Daniel

Praxiskommentar zum Urheberrecht. Österreichisches Urheberrechtsgesetz und Verwertungsgesellschaftengesetz

2. Auflage, Wien 2004

zit: *Dillenz/Gutman, UrhG² (2004) § Rz*

Dittrich, Robert

Anmerkungen zu OGH 26.04.1994, 4 Ob 51/94

in *Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1994, Seite 285

zit: *Dittrich, Anm zu OGH 26.04.1994 4 Ob 51/94, ÖBl 1994, 285 (Seite)*

Dittrich, Robert (Hrsg)

Österreichisches und internationales Urheberrecht

6. Auflage, Wien 2012

zit: *Dittrich, Österreichisches und internationales Urheberrecht⁶ (2012) § Entscheidung*

Dittrich, Robert

Zur urheberrechtlichen Beurteilung der Parodie

in Rundfunkrecht 1993, Seite 25

zit: *Dittrich, Zur urheberrechtlichen Beurteilung der Parodie, RfR 1993, 25 (Seite)*

Döhmer, Klaus

Zur Soziologie der Kunstfälschung

in Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, Band 21/1, 1978, Seite 76

zit: *Döhmer, Zur Soziologie der Kunstfälschung, Zeitschrift für Ästhetik und allgemeine Kunstwissenschaft, XXI/1 1978, 76 (Seite)*

Dreier, Thomas

u. **Schulze, Gernot** (Hrsg)

Urheberrechtsgesetz. Urheberrechtswahrnehmungsgesetz. Kunsturhebergesetz. Kommentar

3. Auflage, München 2008

zit: *Verfasser in Dreier/Schulze, UrhG³ § Rz*

Dreyer, Gunda

Kotthoff, Jost

u. **Meckel, Astrid** (Hrsg)

Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht

Heidelberg 2004

zit: *Verfasser in Dreyer/Kotthoff/Meckel, UrhR § Rz*

Ellins, Julia

Copyright Law, Urheberrecht und ihre Harmonisierung in der Europäischen Gemeinschaft

Berlin 1997

zit: *Ellins, Copyright Law (1997) Seite*

Felten, Eric

When Appropriation Masquerades as Reconceptualized Art

in The Wallstreet Journal, 25.03.2011

<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704425804576220671591028188.html>

letzter Abruf am 06.03.2012

zit: *Felten, When Appropriation Masquerades as Reconceptualized Art, The Wallstreet Journal, 25.03.2011, <http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704425804576220671591028188.html> (06.03.2012)*

Finger, Brad

u. **Weidemann, Christiane**

50 zeitgenössische Künstler, die man kennen sollte

München 2011

zit: *Finger/Weidemann, 50 zeitgenössische Künstler (2011) Seite*

Förster, Achim

Fair Use - Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes
Tübingen 2008
zit: *Förster, Fair Use (2008) Seite*

Fromm, Karl Friedrich

u. **Nordemann, Wilhelm** (Hrsg)
Urheberrecht - Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz
9. Auflage, Stuttgart 1998
zit: *Bearbeiter in Fromm/Nordemann, Urheberrecht⁹ § Rz*

Fuchs, Christine

Avantgarde und erweiterter Kunstbegriff: eine Aktualisierung des Kunst- und Werkbegriffs im Verfassungs- und Urheberrecht
Baden-Baden 2000
zit: *Fuchs, Avantgarde und erweiterter Kunstbegriff (2000) Seite*

Gerhartl, Sybille

„Vogelfrei“ - Die österreichische Lösung der Urheberrechtsfrage in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts oder Warum es Österreich unterließ, seine Autoren zu schützen
Diplomarbeit, Wien 1995
zit: *Gerhartl; „Vogelfrei“ (1995) Seite*

Goldenstein, Paul

Das urheberrechtliche Gemeingut - Copyright's Commons
in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2006, Seite 901
zit: *Goldenstein, Das urheberrechtliche Gemeingut, GRUR Int 2006, 901 (Seite)*

Google Inc.

11-1197-cv
Patrick Cariou v. Richard Prince
Brief of Amicus Curiae Google, Inc. In Support Of Neither Party
02.11.2011
zit: *Brief von Google zu 11-1197-cv (2nd Cir.), 02.11.2011, Seite*

Gottschalk, Eckhart

Digitale Musik und Urheberrecht aus US-amerikanischer Sicht
in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2002, Seite 95
zit: *Gottschalk, Digitale Musik und Urheberrecht aus US-amerikanischer Sicht, GRUR Int 2002, 95 (Seite)*

Greenberg, Lynne A.

The Art of Appropriation: Puppies, Piracy and Post-Modernism
in Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, 1992, Seite 1
zit: *Greenberg, The Art of Appropriation, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal 1992, 1 (Seite)*

Handig, Christian

Auch Spaß muss sein - Parodie versus Urheberrecht: Eine Besprechung der Entscheidung Lieblingshauptfrau
in Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, 2011, Seite 58
zit: *Handig, Auch Spaß muss sein, ÖBl 2011, 58 (Seite)*

Harrison, Charles

u. **Wood, Paul**

Kunsttheorie im 20. Jahrhundert

Ostfildern-Ruit 1998

zit: *Harrison/Wood, Kunsttheorie im 20. Jahrhundert (1998) Seite*

Hecker, Joel L.

Appropriation artist guilty of copyright infringement

in NYSBA Entertainment, Arts and Sports Law Journal, Band 22, Heft 2, 2011, Seite 15

zit: *Hecker, Appropriation artist guilty of copyright infringement, NYSBA Entertainment, Arts and Sports Law Journal, XXII/2 2011, 15 (Seite)*

Hefti, Ernst

Die Parodie im Urheberrecht

Berlin, 1977

zit: *Hefti, Die Parodie im Urheberrecht (1977) Seite*

Heinke, Lothar

Grenzspringer als Plastik - aus Plastik

Der Tagesspiegel, 10.01.2008

zit: *Heinke, Grenzspringer als Plastik - aus Plastik, Der Tagesspiegel, 10.01.2008*

Hess, Gangolf

Urheberrechtsprobleme der Parodie

Baden-Baden, 1993

zit: *Hess, Urheberrechtsprobleme der Parodie (1993) Seite*

Hoeren, Thomas

u. **Sieber, Ulrich** (Hrsg)

Handbuch Multimedia-Recht

München, Loseblattsammlung, Grundwerk von 1999 und Ergänzungslieferungen zur Fortsetzung

Stand: 31. Ergänzungslieferung 2012

zit: *Bearbeiter in Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht Teil Rz*

Hoeren, Thomas

Urheberrechtsprobleme der Parodie - Hess, Gangolf: Urheberrechtsprobleme der Parodie Baden-Baden 1993 (UFITA-Schriftenreihe Band 104)

in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1994, Seite 751

zit: *Hoeren, Urheberrechtsprobleme der Parodie, GRUR 1994, 751 (Seite)*

Holzwarth, Hans Werner

Jeff Koons

Köln 2009

zit: *Bearbeiter in Holzwarth, Jeff Koons (2009) Seite*

Homann, Silke

Von Cowboys und Klauern - Eine beeindruckende Werkschau von Richard Prince in der Sammlung Goetz in München
in Frankfurter Rundschau, 26.11.2004
zit: *Homann, Von Cowboys und Klauern, Frankfurter Rundschau, 26.11.2004*

Hösly, Balz

Das urheberrechtlich schützbares Rechtssubjekt
Bern, 1987
zit: *Hösly, Das urheberrechtlich schützbares Rechtssubjekt (1987) Seite*

Huttenlauch, Anna Blume

Appropriation Art - Kunst an den Grenzen des Urheberrechts
Baden-Baden, 2010
zit: *Huttenlauch, Appropriation Art (2010) Seite*

Huttenlauch, Anna Blume

Die Sittenwächter
in artnet, 12.12.2009
<http://www.artnet.de/magazine/der-neue-alte-streit-um-pornografie-und-kunst/>
letzter Abruf am 06.03.2012.
zit: *Huttenlauch, Die Sittenwächter, artnet, 12.12.2009, <http://www.artnet.de/magazine/der-neue-alte-streit-um-pornografie-und-kunst/> (06.03.2012)*

Huttenlauch, Anna Blume

In Sachen Cariou gegen Prince - Rastalocken für alle
in artnet, 28.03.2009
<http://www.artnet.de/magazine/in-sachen-cariou-gegen-prince/>
letzter Abruf am 06.03.2012.
zit: *Huttenlauch, In Sachen Cariou gegen Prince - Rastalocken für alle, artnet, 28.03.2009, <http://www.artnet.de/magazine/in-sachen-cariou-gegen-prince/> (06.03.2012)*

Jameson, Frederic

Postmoderne - Zur Logik der Kultur im Spätkapitalismus
in Huyssen, Andreas und Scherpe, Klaus (Hrsg), Postmoderne - Zeichen eines kulturellen Wandels, Seite 45
Reinbek 1986
zit: *Jameson, Postmoderne - Zur Logik der Kultur im Spätkapitalismus, in Huyssen/Scherpe (Hrsg), Postmoderne - Zeichen eines kulturellen Wandels (1986) 45 (Seite)*

Jehoram, Herman Cohen

Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht
in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil 2001, Seite 807
zit: *Jehoram, Einige Grundsätze zu den Ausnahmen im Urheberrecht, GRUR Int 2001, 807 (Seite)*

Kakies, Celia

Kunstzitate in Malerei und Fotografie
Köln 2007
zit: *Kakies, Kunstzitate (2007) Seite*

Kehrli, Thomy

Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst

Bern 1989

zit: *Kehrli, Der urheberrechtliche Werkbegriff im Bereich der bildenden Kunst (1989) Seite*

Kellein, Thomas

Jeff Koons. Die Bilder 1980 - 2002

Köln 2002

zit: *Kellein, Jeff Koons (2002) Seite*

Kennedy, Randy

If the Copy Is an Artwork, Then What's the Original?

in The New York Times, 06.11.2007

<http://www.nytimes.com/2007/12/06/arts/06iht-06prin.8615694.html>

letzter Abruf am 06.03.2012

zit: *Kennedy, If the Copy Is an Artwork, Then What's the Original?, The New York Times, 06.11.2007, <http://www.nytimes.com/2007/12/06/arts/06iht-06prin.8615694.html> (06.03.2012)*

Krauss, Rosalind

The Originality of the Avant-Garde: A Postmodernist Repetition

in: October 18 (1981), 47

zit: *Krauss, The Originality of the Avant-Garde, October 18 (1981), 47 (Seite)*

Kucsko, Guido

Geistiges Eigentum

Wien 2003

zit: *Kucsko, Geistiges Eigentum (2003) Seite*

Kucsko, Guido

Österreichisches und europäisches Urheberrecht - Einführung und Textsammlung mit Vorschau auf UrhGNov 1996, EU-Richtlinien, TRIPS-Abkommen

4. Auflage, Wien 1996

zit: *Kucsko, Österreichisches und Europäisches Urheberrecht⁴ (1996) Seite*

Kucsko, Guido (Hrsg)

urheber.recht - Systematischer Kommentar zum Urheberrecht

Wien 2008

zit: *Bearbeiter in Kucsko, urheber.recht (2008) Seite*

Kummer, Max

Das urheberrechtlich schützbares Werk

Bern 1968

zit: *Kummer, Das urheberrechtlich schützbares Werk (1968) Seite*

Kur, Annette

Funktionswandel von Schutzrechten: Ursachen und Konsequenzen der inhaltlichen Annäherung und Überlagerung von Schutzrechtstypen
in Schricker, Gerhard / Dreier, Thomas / Kur, Annette, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, Seite 23
Baden-Baden 2001
zit: *Kur, Funktionswandel von Schutzrechten, in Schricker/Dreier/Kur, Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation (2001) 23 (Seite)*

Landes, William M.

Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art: An Economic Approach
http://www.law.uchicago.edu/files/files/113.WML_.Copyright.pdf
letzter Abruf am 03.03.2013
zit: *Landes, Copyright, Borrowed Images and Appropriation Art, http://www.law.uchicago.edu/files/files/113.WML_.Copyright.pdf (03.03.2012) Seite*

Landes, William M.

u. **Posner, Richard A.**
The Economic Structure of Intellectual Property Law
Harvard University Press 2003
zit: *Landes/Posner, The Economic Structure of Intellectual Property Law (2003) Seite*

Leval, Pierre N.

Fair Use or Foul?
in 36 Journal of the Copyright Society of the USA 1989, 167
zit: *Leval, Fair Use or Foul? 36 Journal of the Copyright Society of the USA 1989, 167 (Fundstelle)*

Leval, Pierre N.

Toward a Fair Use Standard
in 103 Harvard Law Review 1990, 1105
zit: *Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harvard Law Review 1990, 1105 (Fundstelle)*

Löffler, Joachim

Künstlersignatur und Kunstfälschung - Zugleich ein Beitrag zur Funktion des § 107 UrhG
in Neue Juristische Wochenschrift 1993, 1421
zit: *Löffler, Künstlersignatur und Kunstfälschung, NJW 1993, 1421 (Seite)*

Loewenheim, Ulrich

Handbuch des Urheberrechts
1. Auflage, München 2003
zit: *Bearbeiter in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts¹ § Rz*

Loewenheim, Ulrich

Handbuch des Urheberrechts
2. Auflage, München 2010
zit: *Bearbeiter in Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts² § Rz*

Mauch, Kerstin

Die rechtliche Beurteilung von Parodien im nationalen Urheberrecht der Mitgliedsstaaten der EU
Frankfurt am Main 2003

zit: *Mauch, Die rechtliche Beurteilung von Parodien (2003) Seite*

McLeod, Kembrew

Freedom of Expression. Overzealous Copyright Bozos and Other Enemies of Creativity
New York, 2005

zit: *McLeod, Freedom of Expression (2005) Seite*

Merryman, John Henry

Elson, Albert E.

u. **Urice, Stephen K.**

Law, Ethics, and the Visual Arts

5. Auflage, Alphen aan den Rijn 2007

zit: *Merryman/Elson/Urice, Law, Ethics, and the Visual Arts⁵ (2007) Seite*

Mestmäcker, Ernst Joachim

u. **Schulze, Erich**

Kommentar zum deutschen Urheberrecht unter Berücksichtigung des internationalen Rechts und
des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten der EU, Band 1.1

München, Köln, Stand September 2011

zit: *Bearbeiter in Mestmäcker/Schulze, UrhKomm I § Rz*

Muthesius, Angelika

Jeff Koons

Köln 1992

zit: *Muthesius, Jeff Koons (1992) Seite*

Nicolini, Käthe

u. **Ahlberg, Hartwig** (Hrsg)

Möhring/Nicolini - Urheberrechtsgesetz - Kommentar

2. Auflage, München 2000

zit: *Bearbeiter in Möhring/Nicolini, UrhG² § Rz*

Nimmer, Melville B.

u. **Nimmer, David**

Nimmer on Copyright

New York, Loseblattsammlung, Grundwerk von 1978 und Ergänzungslieferungen zur Fortsetzung

Stand: Dezember 2005

zit: *Nimmer/Nimmer, Nimmer On Copyright, §*

Noll, Alfred J.

Parodie und Variation - Über spezifische Formen der Werknutzung im österreichischen Urheberrecht

in Medien und Recht 2006, 196

zit: *Noll, Parodie und Variation, MR 2006, 196 (Seite)*

Oechsler, Jürgen

Die Idee als persönliche geistige Schöpfung - Von Fichtes Lehre vom Gedankeneigentum zum Schutz von Spielideen
in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2009, 1101
zit: *Oechsler, Die Idee als persönliche geistige Schöpfung - Von Fichtes Lehre vom Gedankeneigentum zum Schutz von Spielideen, GRUR 2009, 1101 (Seite)*

Öhlinger, Theo

Verfassungsrecht
2. Auflage, Wien 1995
zit: *Öhlinger, Verfassungsrecht² (1995) Seite*

Osterwold, Tilmann (Hrsg)

u. **Sturtevant, Elaine** (Konzept)
STURTEVANT, Zur Ausstellung STURTEVANT im Württembergischen Kunstverein Stuttgart, den Deichtorhallen Hamburg und der Villa Arson in Nizza 1992/1993
München 1992
zit: *Osterwold/Sturtevant, STURTEVANT (1992) Seite*

Patry, William F.

The Fair Use Privilege in Copyright Law
2. Auflage, Washington D.C. 1995
zit: *Patry, The Fair Use Privilege in Copyright Law² (1995) Seite*

Peege, Christina

Eugen Del Negro, Entdeckungen - Der Archipel eines Malers
http://www.oxydart.ch/archiv/oxyd_38.shtml,
letzter Abruf am 06.03.2012
zit: *Peege, Eugen Del Negro, Entdeckungen - Der Archipel eines Malers*
http://www.oxydart.ch/archiv/oxyd_38.shtml (06.03.2012)

Pichler, Michaelis

Statements on Appropriation
http://www.geisteswissenschaften.fu-berlin.de/we03/veranstaltungen/Workshop/Workshop_Literaturwerkstatt/Pichler_Statements_on_Appropriation.pdf
letzter Abruf am 07.03.2013
zit: *Pichler, Statements zur Appropriation, Statement Nr. http://www.geisteswissenschaften.fu-berlin.de/we03/veranstaltungen/Workshop/Workshop_Literaturwerkstatt/Pichler_Statements_on_Appropriation.pdf (07.03.2013)*

Pitzke, Marc

Mädchen, Mythen und der Marlboro-Mann
in Spiegel Online, 29.09.2007
<http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,508512,00.html>
letzter Abruf am 06.03.2012.
zit: *Pitzke, Mädchen, Mythen und der Marlboro-Mann, Spiegel Online, 29.09.2007,*
<http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/0,1518,508512,00.html> (06.03.2012)

Platho, Rolf

Die Parodie: Eine "freie Bearbeitung" nach § 23 UrhG
in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1992, Seite 360
zit: *Platho, Die Parodie, GRUR 1992, 360 (Seite)*

Pompe, Anja

Peter Handke - Pop als poetisches Prinzip
Köln, 2009
zit: *Pompe, Peter Handke - Pop als poetisches Prinzip (2009) Seite*

Prenzel, Timo

Bildzitate von Kunstwerken als Schranke des Urheberrechts und des Eigentums mit Bezügen
zum Internationalen Privatrecht
Frankfurt am Main 2011
zit: *Prenzel, Bildzitate von Kunstwerken (2011) Seite*

Rechberger, Walter H.

u. **Simotta, Daphne-Ariane**
Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts : Erkenntnisverfahren
6. Auflage, Wien 2003
zit: *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁶ (2003) Rz*

Rebbelmund, Romana

Appropriation Art
Frankfurt am Main 1999
zit: *Rebbelmund, Appropriation Art (1999) Seite*

Rosenberg, Karen

Artist: Richard Prince
in New York Magazin, 21.05.2005
<http://nymag.com/nymetro/arts/art/11815/>
letzter Abruf am 06.03.2012
zit: *Rosenberg, Artist: Richard Prince, New York Magazin, 21.05.2005,*
<http://nymag.com/nymetro/arts/art/11815/> (06.03.2012)

Römer, Stefan

Künstlerische Strategien des Fake: Kritik von Original und Fälschung
Köln 2001
zit: *Römer, Künstlerische Strategien des Fake (2001) Seite*

Ruijsenaars, Heijo E.

Comic-Figuren und Parodien - Ein urheberrechtlicher Streifzug - Teil II: Beurteilungskriterien für
die zulässige Parodie
in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 1993, Seite 918
zit: *Ruijsenaars, Comic-Figuren und Parodien, GRUR Int 1993, 918 (Seite)*

Salagean, Emil

Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht
Baden-Baden 2008

zit: *Salagean, Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht (2008) Seite*

Saltz, Jerry

Great Artists Steal

New York Magazin, 10.05.2009

<http://nymag.com/arts/art/reviews/56585/>

letzter Abruf am 07.03.2013

zit: *Saltz, Great Artists Steal, New York Magazin, 10.05.2009,*
<http://nymag.com/arts/art/reviews/56585/>, (07.03.2013)

Schacht, Sascha T.

Die Einschränkungen des Urheberpersönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis
Göttingen 2004

zit: *Schacht, Die Einschränkungen des Urheberpersönlichkeitsrechts im Arbeitsverhältnis (2004)*
Seite

Schack, Haimo

Appropriation Art und Urheberrecht

in *Urheberrecht im Informationszeitalter*, Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag,
Seite 107

München 2004

zit: *Schack, Appropriation Art und Urheberrecht, in FS Nordemann (2004) 107 (Seite)*

Schack, Haimo

Kunst und Recht: bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und
internationalen Recht

2. Auflage, Tübingen 2005

zit: *Schack, Kunst und Recht² (2005) Rz*

Schack, Haimo

Urheber- und Urhebervertragsrecht

2. Auflage, Tübingen 2001

zit: *Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht² (2001) Rz*

Schack, Haimo

Urheber- und Urhebervertragsrecht

3. Auflage, Tübingen 2005

zit: *Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht³ (2005) Rz*

Schack, Haimo

Urheber- und Urhebervertragsrecht

4. Auflage, Tübingen 2007

zit: *Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht⁴ (2007) Rz*

Schanda, Reinhard

Pressefreiheit contra Urheberrecht
in Medien und Recht 1997, 90
zit: *Schanda, Pressefreiheit contra Urheberrecht, MR 1997, 90 (Seite)*

Schechter, Roger E.

u. **Thomas, John R.**
Intellectual Property - The Law of Copyrights, Patents and Trademarks
St. Paul 2003
zit: *Schechter/Thomas, Intellectual Property (2003) Seite*

Schjeldahl, Peter

The Joker
in The New Yorker, Band 83, Heft 31, Seite 90
zit: *Schjeldahl, The Joker, The New Yorker, LXXXIII/31 90 (Seite)*

Schmidtmayr, Hartmut

u. **Knyrim, Rainer**
Freie Werknutzung (Panoramafreiheit) in der virtuellen Realität - Die Rechtslage in Österreich mit
einem Blick nach Deutschland
JurPC Web-Dok. 71/2001, Absätze 1 bis 36
<http://www.jurpc.de/aufsatz/20010071.htm>
letzter Abruf am 06.09.2012
zit: *Schmidtmayr/Knyrim, Freie Werknutzung (Panoramafreiheit) in der virtuellen Realität,*
<http://www.jurpc.de/aufsatz/20010071.htm> (06.09.2012) Absatz

Schmieder, Hans-Heinrich

Die persönliche Neugestaltung als allgemeines Kriterium urheberrechtlicher Schutzfähigkeit
in Festschrift für Georg Roeber zum zehnten Dezember 1981, Seite 385
Freiburg 1982
zit: *Schmieder, Die persönliche Neugestaltung als allgemeines Kriterium urheberrechtlicher*
Schutzfähigkeit, in FS Roeber (1982) 385 (Seite)

Schmieder, Hans-Heinrich

Geistige Schöpfung als Auswahl und Bekenntnis
in Archiv für Urheber- und Medienrecht 52 (1969), Seite 107
zit: *Schmieder, Geistige Schöpfung als Auswahl und Bekenntnis, UFITA 52 (1969), 107 (Seite)*

Schmücker, Reinhold

Eine gerechte Abwägung der Interessen - Nicht "das Urheberrecht" behindert die Freiheit der
Kunst, strittig sind die unterschiedlichen Ziele von Künstlern, Verwertern und Allgemeinheit
in Frankfurter Rundschau, 01.08.2006.
zit: *Schmücker, Eine gerechte Abwägung der Interessen, Frankfurter Rundschau, 01.08.2006*

Schricker, Gerhard (Hrsg)

Urheberrecht. Kommentar
3. Auflage, München 2006
zit: *Bearbeiter in Schricker, Urheberrecht³ § Rz*

Schricker, Gerhard

u. **Loewenheim, Ulrich** (Hrsg)

Urheberrecht. Kommentar

4. Auflage, München 2010

zit: *Bearbeiter in Schricker/Loewenheim, Urheberrecht⁴ § Rz*

Schulze, Gernot

Das Urheberrecht und die bildende Kunst

in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland - Festschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Band 2, Seite 1303

Weinheim 1991

zit: *Schulze, Das Urheberrecht und die bildende Kunst, in FS 100 Jahre GRUR (1991) I 1303 (Seite)*

Schumann, Heribert

Fair Use im amerikanischen Urheberrecht

in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 1969, Seite 125

zit: *Schumann, Fair Use im amerikanischen Urheberrecht, GRUR Int 1969, 125 (Seite)*

Searle, Adrian

Naked Brooke Shields photo is an image for which you must write your own commentary in The Guardian, 30.09.2009

<http://www.guardian.co.uk/artanddesign/2009/sep/30/art-tate-modern>

letzter Abruf am 06.03.2012.

zit: *Searle, Naked Brooke Shields photo is an image for which you must write your own commentary, The Guardian, 30.09.2009, <http://www.guardian.co.uk/artanddesign/2009/sep/30/art-tate-modern> (06.03.2012)*

Seifert, Fedor

Plagiatsgeschichte(n) - Betrachtungen zu einem populären Begriff

in Festschrift für Fritz Traub, Seite 343

Frankfurt am Main 1994

zit: *Seifert, Plagiatsgeschichte(n), in FS Traub (1994) 343 (Seite)*

Seiler, David

Außer Atem - Kunst und Fotografie

Photopresse 2-2007, Seite 14

zit: *Seiler, Außer Atem - Kunst und Fotografie, Photopresse 2-2007, Seite 14 (Seite)*

Seltzer, Leon E.

Exemptions and Fair Use in Copyright. The Exclusive Rights Tension in the 1976 Copyright Act Cambridge, 1978

zit: *Seltzer, Exemptions and Fair Use in Copyright (1978) Seite.*

Smith, Roberta

Pilfering a Culture Out of Joint

in The New York Times, 28.09.2007

<http://www.nytimes.com/2007/09/28/arts/design/28prin.html?pagewanted=all>

letzter Abruf am 06.03.2012.

zit: *Smith, Pilfering a Culture Out of Joint, in The New York Times, 28.09.2007; <http://www.nytimes.com/2007/09/28/arts/design/28prin.html?pagewanted=all> (06.03.2012)*

Sollfrank, Cornelia

Originale ... und andere unethische Autorenschaften in der Kunst

<http://www.kunstfreiheit.ch/serendipity/index.php?/archives/53-Cornelia-Sollfrank-Originale.html>

letzter Abruf am 07.03.2013

zit: *Sollfrank, Originale ... und andere unethische Autorenschaften in der Kunst, <http://www.kunstfreiheit.ch/serendipity/index.php?/archives/53-Cornelia-Sollfrank-Originale.html> (07.03.2013)*

Stalder, Felix

Kritische Strategien zu Kunst und Urheberrecht

in Kunstforum, Band 201, 2010, Seite 110

zit: *Stalder, Kritische Strategien zu Kunst und Urheberrecht, Kunstforum, CCI 2010, 110 (Seite)*

Straub, Wolfgang

Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts

in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 2001, 1

zit: *Straub, Individualität als Schlüsselkriterium des Urheberrechts, GRUR Int 2001, 1 (Seite)*

Studer, Peter

Wenn sich Künstler bei anderen Künstlern unverfroren bedienen

Basler Zeitung, 14.06.2010

<http://bazonline.ch/kultur/kunst/Wenn-sich-Kuenstler-unverfroren-bei-anderen-Kuenstlern-bede-nen/story/28904124>

letzter Abruf am 06.03.2012.

zit: *Studer, Wenn sich Künstler bei anderen Künstlern unverfroren bedienen, in Basler Zeitung, 14.06.2010, <http://bazonline.ch/kultur/kunst/Wenn-sich-Kuenstler-unverfroren-bei-anderen-Kuenstlern-bede-nen/story/28904124> (06.03.2012)*

Thomaschki, Kathrin E.

Das schwarze Quadrat - Zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit zeitgenössischer Kunst

Konstanz, 1994

zit: *Thomaschki, Das schwarze Quadrat (1994) Seite*

Thiele, Clemens

Anmerkungen zu OGH 13.07.2010, 4 Ob 66/10z

in Medien und Recht 2010, 331

zit: *Thiele, Anm zu OGH 4 Ob 66/10z, MR 2010, 331 (Seite)*

Thon, Ute

u. **Bodin, Claudia**

Mythen-Sammler und Pirat

in Art-Magazin, 15.10.2007

<http://www.art-magazin.de/kunst/1894.html>

letzter Abruf am 06.03.2012.

zit: *Thon/Bodin, Mythen-Sammler und Pirat, Art-Magazin, 15.10.2007, <http://www.art-magazin.de/kunst/1894.html> (06.03.2012)*

Unterlerchner, Richard

Abtreibung und Grundrechte - Vom „Fristenlösungs“ - Erkenntnis zur Novellierung des Schwangerschaftsabbruchs im Strafrecht Österreichs als ethische Möglichkeit

Dissertation, Wien 2003

zit: *Unterlerchner, Abtreibung und Grundrechte (2003) Seite*

Völzke, Daniel

Kommentar: Talent borgt, Genie stiehlt, Dummheit klagt

in Monopol - Magazin für Kunst und Leben, 30.03.2009

<http://www.monopol-magazin.de/artikel/2010708/kommentar-urheberrecht.html>

letzter Abruf am 06.03.2012.

zit: *Völzke, Kommentar: Talent borgt, Genie stiehlt, Dummheit klagt, in Monopol, 30.03.2009, <http://www.monopol-magazin.de/artikel/2010708/kommentar-urheberrecht.html> (06.03.2012)*

von Büren, Roland

Gedanken zum Werkbegriff in der Praxis des Bundesgerichts und im Entwurf für eine Totalrevision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes

in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil, 1985, 385

zit: *von Büren, Gedanken zum Werkbegriff in der Praxis des Bundesgerichts und im Entwurf für eine Totalrevision des schweizerischen Urheberrechtsgesetzes, GRUR Int 1985, 385 (Seite)*

Walker, John A.

Lichtenstein: Girls

in The Art Book, Band 16, Heft 2, 2009, Seite 42

zit: *Walker, Lichtenstein: Girls, The Art Book, XVI/2 2009, 42 (Seite)*

Walter, Michel M.

Anmerkungen zu OGH 17.12.1996, 4 Ob 2363/96w

in Medien und Recht 1997, 96

Walter, Anm. zu OGH 17.12.1996, 4 Ob 2363/96w, MR 1997, 96 (Seite)

Walter, Michel M.

Anmerkungen zu OGH 03.10.2000, 4 Ob 224/00w

in Medien und Recht 2000, 377

Walter, Anm. zu OGH 03.10.2000, 4 Ob 224/00w, MR 2000, 377 (Seite)

Walter, Michel M.

Anmerkungen zu OGH 20.05.2003, 4 Ob 100/03i

in Medien und Recht 2003, 389

Walter, Anm zu OGH 4 Ob 100/03i, MR 2003, 389 (Seite)

Walter, Michel M.

Anmerkungen zu OGH 16.12.2003, 4 Ob 221/03h
in Medien und Recht 2004, 119

zit: *Walter, Anm zu OGH 4 Ob 221/03h, MR 2004, 119 (Seite)*

Walter, Michel M.

Anmerkungen zu OGH 21.12.2004, 4 Ob 201/04v
in Medien und Recht 2005, 326

zit: *Walter, Anm zu OGH 4 Ob 201/04v, MR 2005, 326 (Seite)*

Walter, Michel M.

Anmerkungen zu OGH 13.07.2010, 4 Ob 66/10z
in Medien und Recht 2010, 332

zit: *Walter, Anm zu OGH 4 Ob 66/10z, MR 2010, 332 (Seite)*

Walter, Michel M.

Österreichisches Urheberrecht, Handbuch, I. Teil: Materielles Urheberrecht, Leistungsschutzrecht, Urhebervertragsrecht

Wien 2008

zit: *Walter, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz*

Wandtke, Arthur-Axel (Hrsg)

Medienrecht. Praxishandbuch, Band 2: Schutz von Medienprodukten
2. Auflage, Berlin 2011

zit: *Bearbeiter in Wandtke, Medienrecht² Kap Rz*

Wandtke, Arthur-Axel

u. **Bullinger, Winfried** (Hrsg)

Praxiskommentar zum Urheberrecht

3. Auflage, München 2009

zit: *Bearbeiter in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht³ § Rz*

Weidinger, Liz

Über die Kraft der Aneignung - Ein Interview mit Frau Kraushaar anlässlich ihres neuen Albums

<http://www.textem.de/index.php?id=2379>

letzter Abruf am 04.03.2013.

zit: *Weidinger, Über die Kraft in der Aneignung, Interview mit Frau Kraushaar,*

<http://www.textem.de/index.php?id=2379> (04.03.2013)

Welsch, Wolfgang

Unsere postmoderne Moderne

2. Auflage, Weinheim 1988

zit: *Welsch, Unsere postmoderne Moderne (1988) Seite*

Wiebe, Andreas

Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht

2. Auflage, Wien 2012

zit: *Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht² (2012) Seite*

Wittstock, Uwe

Falsche Originale und echte Warhols von Sturtevant

Die Welt, 09.11.2004

http://www.welt.de/print-welt/article351223/Falsche_Originale_und_echte_Warhols_von_Sturtevant.html

letzter Abruf am 07.03.2013

zit: Wittstock, *Falsche Originale und echte Warhols von Sturtevant*, http://www.welt.de/print-welt/article351223/Falsche_Originale_und_echte_Warhols_von_Sturtevant.html (07.03.2013)

Würtenberger, Thomas

Das Kunstfälschertum. Entstehung und Bekämpfung eines Verbrechens vom Anfang des 15. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts

Weimar 1940

zit: Würtenberger, *Das Kunstfälschertum* (1940) Seite

Zeit, Lisa

Lebensechte Fotos oder Kommentar?

in Frankfurter Allgemeine Zeitung, 29.04.2009

<http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunstmarkt/kommentare-glossen/richard-prince-hat-aerger-lebensechte-fotos-oder-kommentar-1792130.html>

letzter Abruf am 06.03.2012.

zit: Zeit, *Lebensechte Fotos oder Kommentar?*, FAZ, 29.04.2009, <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/kunstmarkt/kommentare-glossen/richard-prince-hat-aerger-lebensechte-fotos-oder-kommentar-1792130.html> (06.03.2012)

Zimmermann, Diana Leenheer

The More Things Change, the Less They Seem „Transformed“: Some Reflection on Fair Use in 47 Journal of the Copyright Society of the USA 1998, 251

zit: Zimmermann, *The More Things Change, the Less They Seem „Transformed“*, 47 Journal of the Copyright Society of the USA 1998, 251 (Fundstelle)

Entscheidungsverzeichnis

Entscheidungen Österreichischer Gerichte

Landesgericht Wien 23.06.1953, 27 Cg292/52, UFITA 20 (1955), 377

OGH 23.05.1967, 4 Ob 319/67, SZ 40/76

OGH 02.03.1982, 4 Ob 427 428/81, ÖBI 1982, 164

OGH 12.04.1983, 4 Ob 396/82, ÖBI 1983, 173

OGH 07.04.1992, 4 Ob 36/92, MR 1992, 199

OGH 07.04.1992, 4 Ob 13/92, MR 1992, 238

OGH 08.03.1994, 4 Ob 16/94, ÖBI 1995, 14

OGH 14.05.1996, 4 Ob 2085/96p, MR 1996, 241

OGH 12.08.1996, 4 Ob 2202/96v, ÖBI 1997, 34

OGH 17.12.1996, 4 Ob 2363/96w, ÖBI 1997, 256 = MR 1997, 93

OGH 11.02.1997, 4 Ob 17/97x, MR 1997, 98

OGH 09.11.1999, 4 Ob 282/99w, MR 1999, 346

OGH 18.07.2000, 4 Ob 151/00k, MR 2000, 381

OGH 03.10.2000, 4 Ob 224/00w, MR 2000, 373

OGH 28.11.2000, 4 Ob 273/00, GRUR Int 2001, 775

OGH 24.04.2001, 4 Ob 94/01d, MR 2001, 234

OGH 29.01.2002, 4 Ob 293/01v, MR 2002, 164

OGH 19.11.2002, 4 Ob 229/02h, MR 2003, 41

OGH 17.12.2002, 4 Ob 248/02b, MR 2003, 35

OGH 16.12.2003, 4 Ob 221/03h, MR 2004, 117

OGH 25.05.2004, 4 Ob 58/04i, MR 2004, 331

OGH 08.09.2004, 7 Ob 193/04i, RIS-Justiz RS0119477

OGH 21.12.2004, 4 Ob 201/04v, MR 2005, 319

OGH 12.07.2005, 4 Ob 45/05d, MR 2005, 379

OGH 20.06.2006, 4 Ob 41/06t, MR 2006, 204

OGH 20.06.2006, 4 Ob 19/06g, MR 2006, 264

OGH 20.06.2006, 4 Ob 98/06z, MR 2006, 319

OGH 11.03.2008, 4 Ob 170/07i, MR 2008, 248

OGH 26.08.2008, 4 Ob 92/08w, MR 2009, 27
OGH 14.10.2008, 4 Ob 162/08i, MR 2008, 362
OGH 22.09.2009, 17 Ob 15/09v, ÖBI 2010, 26
OGH 13.07.2010, 4 Ob 66/10z, ZUM 2011, 275 = MR 2010, 327

Entscheidungen Deutscher Gerichte

BGH 26.03.1971, I ZR 77/69, GRUR 1971, 588
BGH 08.06.1989, I ZR 135/87, NJW 1990, 1986
BGH 11.03.1993, I ZR 264/91, GRUR 1994, 191
BGH 13.04.2000, I ZR 282/97, GRUR 2000, 703
BGH 20.03.2003, I ZR 117/00, GRUR 2003, 956
BVerfG 29.06.2000, 1 BvR 825/98, GRUR 2001, 149
LG Berlin 13.12.1972, 16 O 208/72, GRUR 1974, 231
LG Hamburg 14.11.2008, 308 O 114/08, ZUM 2009, 165
LG München I 29.11.1985, 21 O 17164/85, GRUR 1988, 36
OLG Düsseldorf 21.02.1989, 20 U 54/87, GRUR 1990 263
OLG Frankfurt a.M. 22.10.1969, 1 Ss 409/69, NJW 1970, 673
OLG Frankfurt a.M. 25.04.1995, 11 U 2/95, ZUM 1996, 97
OLG Hamburg 12.10.1995, 3 U 140/95, NJW 1996, 1153
OLG Hamburg 29.11.2001, 3 U 288/00CT, GRUR-RR 2002, 217
OLG Hamburg 07.06.2006, 5 U 48/05, ZUM 2006, 759
OLG Köln 05.03.1999, 6 U 189/97, GRUR 2000, 43
OLG München 13.09.1990, 29 U 3793/90, ZUM 1991, 251
OLG München 11.04.1991, 29 U 6719/90, ZUM 1991, 432
OLG München 30.01.2003, 29 U 3278/02, ZUM 2003, 571

Entscheidungen US-amerikanischer Gerichte

Association of American Medical Colleges v. Mikaelian, 571 F.Supp. 144 (E.D. Pa. 1983)
Berlin v. E.C. Publications, 329 F.2d 541 (2nd Cir. 1964)
Blanch v. Koons, 396 F.Supp. 2d 476 (S.D.N.Y. 2005)
Blanch v. Koons, 467 F.3d 244 (2nd Cir. 2006)

Bridgeport Music v. Dimension Films, 383 F.3d 390 (6th Cir. 2004)

Campbell v. Koons, 91 Civ. 6055 (S.D.N.Y. 1993)

Campbell v. Acuff-Rose, 510 U.S. 569 (1994)

Cariou v. Prince, 784 F.Supp.2d 337 (S.D.N.Y. 2011)

Cariou v. Prince, 11-1197-cv (2nd Cir.), Seite Zeile

Castle Rock v. Carol Publishing Group, 150 F.3d 132 (2d Cir. 1994)

Columbia Pictures Industries v. Miramax Film, 11 F.Supp.2d 1179 (C.D. Cal. 1998)

Dellar v. Samuel Goldwyn, 104 F.2d 661 (CA2 1939)

Donaldson v. Beckett, 4 Burr. 2408 (1774)

Feist Publications v. Rural Telephone Services Company, 499 U.S. 340 (1991)

Fisher v. Dees, 794 F.2d 432 (9th Cir. 1986)

Harper & Row v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539 (1985)

Leibowitz v. Paramount Pictures, 137 F.3d 109 (2d Cir. 1998)

Los Angeles News Service v. CBS Broadcasting, 305 F.3d 924 (9th Cir. 2002)

Marcus v. Rowley, 695 F.2d 1171 (9th Cir. 1983)

MCA v. Wilson, 677 F.2d 180 (2nd Cir. 1981)

New Era Publications v. Carol Publishing, 904 F.2d 152 (2d Cir. 1990)

Núñez v. Carribean International News, 235 F.3d 18 (1st Cir. 2000)

Perfect 10 v. Amazon, Google, 2007 DJDAR 6903 (9th Cir. 2007)

Rogers v. Koons, 751 F.Supp. 474 (S.D.N.Y. 1990)

Rogers v. Koons, 960 F.2d 301 (2nd Cir. 1992)

Roy Export v. Columbia Broadcasting, 503 F.Supp. 1137 (S.D.N.Y. 1980)

Sega Enterprises v. Accolade, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992)

Sony v. Universal, 464 U.S. 417 (1984)

Stewart v. Abend, 495 U.S. 207 (1990)

United Features Syndicate v. Koons, 89 Civ. 8067 (S.D.N.Y. 1993)

Wainwright Securities v. Wall Street Transcript, 558 F.2d 91 (2nd Cir. 1977)

Walt Disney Productions v. Air Pirates, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978)

Wright v. Warner Books, 748 F.Supp. 105 (S.D.N.Y. 1990)

Anhang

1. Zusammenfassung

Während im österreichischen Urheberrecht die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke oder Werkteile bezüglich der Appropriation Art im Rahmen einer selbständigen Neuschöpfung nach § 5 Abs 2 UrhG gerechtfertigt werden kann, muss sich die Zulässigkeit der Aneignungskunst im US-amerikanischen Copyright-Law an den Vorschriften des *fair use defense* nach 17 USC § 107 messen lassen.

Entscheidungen zur urheberrechtlichen Rechtfertigung der im Wege der Aneignungskunst entstandenen Arbeiten werden sowohl im österreichischen Urheberrecht als auch im US-amerikanischen Copyright-Law immer einzelfallbezogen und unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Grundsätze sowie des Zwecks des Urheberrecht / Copyright-Laws, nämlich der Förderung kreativer künstlerischer Entfaltung, zu treffen sein.

Im Hinblick auf das US-amerikanische Recht existieren mit *Rogers v. Koons*, *Blanch v. Koons* und *Cariou v. Prince* bereits drei wesentliche Gerichtsentscheidungen, anhand derer sich die Entwicklung der urheberrechtlichen Einordnung der Appropriation Art in der US-amerikanischen Rechtsprechungspraxis anschaulich zeigt und auf deren Grundlage sich die Prinzipien für eine urheberrechtliche Rechtfertigung der Werke der Aneignungskunst erarbeiten lassen. Den Ausgangspunkt hierfür bildet der einfachgesetzliche Rechtfertigungstatbestand des *fair use defense* mit seinen vier einzelnen Abwägungsfaktoren *purpose and character*, *nature of the copied work*, *amount and substantiality* und *effect upon work's value*.

Die entscheidenden Anknüpfungspunkte bei der Prüfung des *fair use* - Standards sind die Transformativität der Aneignung und die Auswirkungen der Verwendung der Werkvorlage auf deren potentiellen Markt. Bei der Transformativität der Aneignung kommt es dabei nicht darauf an, ob die Nachschöpfung das Original direkt kommentiert, sondern es reicht aus, dass mit ihr eine allgemeine und von einem künstlerischen Zweck getragene Aussage getroffen wird. Eine schädliche Auswirkung auf den potentiellen Markt der Vorlage liegt zudem nur vor, wenn das Folgewerk einen wirtschaftlichen Ersatz für die Vorlage bildet.

Im österreichischen Urheberrecht gibt es bisher keine gerichtlichen Entscheidungen, die sich mit der urheberrechtlichen Einordnung der Appropriation Art befassen. Lediglich die Entscheidung des OGH im Verfahren *Lieblingshauptfrau* (4 Ob 66/10z) kann herangezogen werden, um die Kriterien für eine urheberrechtliche Rechtfertigung der Werke der Aneignungskunst zu entwickeln.

Entscheidend für die Einordnung der Aneignungskunst als selbständige Neuschöpfung nach § 5 Abs 2 UrhG ist deren Abgrenzung zur abhängigen Bearbeitung im Sinne von § 5 Abs 1 UrhG. Dabei sind die Übergänge zwischen abhängiger Bearbeitung und selbständiger Neuschöpfung fließend. Doch nur in der selbständigen Neuschöpfung liegt ein von der Werkvorlage verschiedenes und freies Werk vor. Und lediglich die Verwertung dieser selbständigen Neuschöpfung ist nicht von der Genehmigung des Schöpfers der Werkvorlage abhängig.

Für eine selbständige Neuschöpfung darf der Künstler die Werkvorlage nur zur Anregung für das eigene Schaffen verwenden. Nach den allgemeinen äußeren Abgrenzungskriterien der von der

Rechtsprechung zunächst entwickelten „Abstandslehre“ muss die Vorlage hierfür im Vergleich zum eigenen schöpferischen Arbeiten des nachschaffenden Künstlers verblassen.

Die Kriterien der „Abstandslehre“ sind indes mit den Wesensmerkmalen der Appropriation Art nicht vereinbar. Für die Aneignungskunst ist der Rückgriff auf fremde Werke oder Werkteile essentiell und die damit verbundene äußerlich-formale Gleichartigkeit mit der Werkvorlage logische Folge, so dass derartige äußere Übereinstimmungen zwischen Vorlage und Nachschöpfung in der Regel zu einem negativen Ergebnis der „Verblassensprüfung“ führen.

Im Verfahren *Lieblingshauptfrau* (4 Ob 66/10z) entwickelte der OGH zusätzliche Abgrenzungskriterien, die über die alleinige Anknüpfung an den äußerlichen Vergleich zwischen Werkvorlage und Nachschöpfung hinausgehen. Dieses Verfahren bot dem OGH erstmals die Möglichkeit, sich zur Kunstform der Parodie im Urheberrecht zu äußern. Wie die Aneignungskunst zeichnet sich auch die Parodie durch die Bezugnahme auf das Ausgangswerk durch äußerlich sichtbare Übernahmen in der Nachschöpfung aus. Der OGH erkannte, dass die bisher bestehenden äußeren Kriterien des Verblassens nicht mehr ausreichen, um die Parodie mit dem Gefüge der urheberrechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen. Es wurde notwendig, dass weitere Abgrenzungskriterien hinzutreten, die der OGH folgendermaßen definiert: (1) Das Verhalten fällt in den Schutzbereich von Art 13 StGG bzw Art 10 EMRK. (2) Es handelt sich nicht um unwahre, ehrenrührige Tatsachenbehauptungen. (3) Die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers werden nicht ausgehöhlt. (4) Die normale Auswertung des Werkes wird nicht beeinträchtigt. (5) Die berechtigten Interessen des Urhebers werden nicht ungebührlich verletzt. (6) Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung kann ohne Eingriff in das Urheber- oder Leistungsschutzrecht nicht oder nur unzulänglich ausgeübt werden.

Obwohl der OGH seine Abgrenzungskriterien zunächst nur mit Blick auf die Parodie entwickelt hat, steht einer Anwendung dieser Kriterien auf die Aneignungskunst nichts entgegen. Denn die Bevorzugung einer Kunstform gegenüber einer anderen verbietet sich. Die Abgrenzungskriterien bleiben nicht auf die Parodie beschränkt. Sie finden grundsätzlich auch auf jede andere Kunstform Anwendung, die den Schutz der verfassungsrechtlich garantierten Kunstfreiheit genießt.

Neben dem Rückgriff auf die durch den OGH für die selbständige Neuschöpfung nach § 5 Abs 2 UrhG entwickelten Abgrenzungskriterien kann die Rechtfertigung der Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke oder Werkteile durch die Aneignungskunst darüber hinaus nicht auf der Grundlage des Zitatrechts erfolgen. Direkte gesetzliche Anknüpfungspunkte sind in der Urheberrechtsordnung, insbesondere in den Vorschriften zu den freien Werknutzungen der §§ 41 ff UrhG, nicht vorhanden. Für eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen ist kein Platz. Die für einen Analogieschluss erforderliche gesetzliche Lücke existiert nicht.

Schlussendlich können durch die Aneignungskunst aber jederzeit gemeinfreie oder ehemals geschützte Werke, die nicht mehr unter die Schutzfristen nach den §§ 60 ff UrhG fallen, sowie andere Ausgangswerke ohne Urheberrechtsschutz frei benutzt werden.

2. Lebenslauf und wissenschaftlicher Werdegang des Verfassers

Name	Marco Genschorek
Geburtsdatum	29.08.1974
06 1993	Abitur
10 1994 - 12 1997	Fachhochschule der Sächsischen Verwaltung Meißen <i>Diplom-Verwaltungswirt</i>
10 1998 - 07 2004	Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main Studium der Rechtswissenschaften <i>Erstes Juristisches Staatsexamen</i> <i>Diplom-Jurist</i>
11 2004 - 12 2006	Landgericht Darmstadt Referendariat <i>Zweites Juristisches Staatsexamen</i>
10 2008 - dato	Universität Wien Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften