

URHEBERRECHTSSCHRANKEN IN DER WISSENSGESELLSCHAFT: „FAIR USE“ ODER ENGE EINZELTATBESTÄNDE?

Erscheint in:
Matthias Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010

*Axel Metzger**

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	2
II. Urheberrechtsschranken aus der Grundlagenperspektive	3
1. Utilitaristische Urheberrechtstheorien.....	4
a) Ökonomische Analyse	4
b) Sozialplanungstheorien	6
2. Individualistische Urheberrechtstheorien	7
a) Theorie des geistigen Eigentums	7
b) Persönlichkeitsrechtstheorie.....	8
3. Zwischenfazit	9
III. Schranken des Urheberrechtsgesetzes: Dogma der engen Auslegung und neuere Tendenzen	9
1. Regelungsstruktur des Urheberrechtsgesetzes	10
2. Dogma der engen Auslegung der Schranken.....	12
a) Verschiedene Spielarten der engen Auslegung.....	12
b) Höchststrichterliche Argumente für die enge Auslegung	13
c) Aufweichung der engen Auslegung in der neueren Rechtsprechung und Lehre	15
d) Einfluss der Grundrechte	16
e) Notventile im System, insbesondere die Einwilligung.....	17
IV. Schranken der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft.....	18
1. Regelungsstruktur der Richtlinie	18
2. Spielraum bei der Anwendung der Richtlinie?.....	20
V. „Fair use“ als Regelungsalternative?	22
1. „Fair use“ im US-Urheberrecht – eine Skizze	22
2. Relative Rechtssicherheit trotz Entwicklungsoffenheit.....	24
VI. Ergebnisse.....	25

* Dr. iur. (München und Paris), LL.M. (Harvard), o. Professor an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover, Institut für Rechtsinformatik. Alle zitierten Webseiten wurden zuletzt am 30.10.2009 abgerufen.

I. Einleitung

An der Frage nach dem richtigen Zuschnitt der Urheberrechtsschranken scheiden sich die Geister wie an kaum einer anderen urheberrechtlichen Fragestellung der Wissens- oder Informationsgesellschaft. Während die kommerziellen Anbieter von Inhalten und Technologien die Einhaltung einer restriktiven Linie einklagen, wünschen sich die Nutzer von der Politik eine Anpassung der Urheberrechtsschranken an die neuen technischen Möglichkeiten. Digitalisierung, Netzwerktechnologien und die immer breiter gestreute moderne IT-Infrastruktur vom Arbeitsplatz bis ins Kinderzimmer haben das Nutzerverhalten tiefgreifend verändert. Dies erfordert eine Neujustierung nicht nur der Vertriebsmodelle der Verwerter, sondern auch der rechtlichen Grundlagen, insbesondere der urheberrechtlichen Verbotsrechte, der flankierenden Leistungsschutzrechte und der Schrankenbestimmungen. Es verwundert also kaum, dass die internationale, europäische und nationale Gesetzgebung auf die Herausforderung der Informationstechnologien mit einer regelrechten Welle von Reformprojekten hinsichtlich der Urheberrechtsschranken reagiert hat, von der Implementierung eines (allgemeinen) Dreistufentests¹ im TRIPS-Abkommen² und dem WCT-Vertrag,³ über die Harmonisierung der Schranken in der Richtlinie 2001/29 zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft⁴ bis zum „Ersten“⁵ und „Zweiten Korb“⁶ des deutschen Gesetzgebers zur Umsetzung ebendieser Richtlinie. Und die nächste Reformwelle bahnt sich bereits an. In Deutschland diskutiert man über den „Dritten Korb“,⁷ die Europäische Kommission hat 2008 das Grünbuch zum Urheberrecht in der

¹ Siehe hierzu eingehend *Martin Senftleben*, Copyright, Limitations and the Three-Step Test, The Hague u.a. 2004, passim.

² Siehe Art. 13 Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums v. 15.04.1994 (TRIPS), BGBl. 1994 II, S. 1730.

³ Siehe Art. 10 WIPO-Urheberrechtsvertrag v. 20.12.1996, BGBl. 2003 II, S. 754.

⁴ 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, Abl. Nr. L 167 v. 22.06.2001, S. 10.

⁵ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.09.2003, BGBl. 2003 I, S. 1774.

⁶ Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26.10.2007, BGBl. 2007 I, S. 2513.

⁷ Vgl. die vom Bundesjustizministerium angestoßene „Prüfung weiteren gesetzgeberischen Handlungsbedarfs im Bereich des Urheberrechts“ vom 13.02.2009.

wissensbestimmten Wirtschaft vorgelegt⁸ und auch die WIPO hat das Thema Urheberrechtsschranken gegenwärtig auf der Agenda.⁹ Die Schlacht wird also auf allen Ebenen geführt und wie so oft bei zunehmend festgefahrenen rechtspolitischen Konflikten geht es längst nicht mehr um die großen Linien, sondern um spezielle Bedürfnisse einzelner Nutzergruppen und einzelne Nutzungsformen. Das Gesamtpanorama dieser ausdifferenzierten und vielfältigen Konflikte zwischen den verschiedenen Gruppen von Rechtsinhabern und Nutzern zu zeichnen, würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Im Folgenden soll es vielmehr allgemein um die Fragestellung gehen, ob die Regelungsstruktur der Urheberrechtsschranken den Anforderungen der Wissensgesellschaft noch gerecht wird oder ob ein Systemwechsel zu einer Generalklausel nach dem Modell des US-amerikanischen „fair use“-Grundsatzes vorzugswürdig ist. Der Beitrag entwirft hierfür zunächst eine Skizze zu den ökonomischen und rechtsphilosophischen Grundlagen (II.), bevor die Schranken des deutschen Urheberrechtsgesetzes (III.), der Richtlinie 2001/29 zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft (IV.) und des US-amerikanischen Urheberrechts behandelt (V.) und die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst werden (VI.).

II. Urheberrechtsschranken aus der Grundlagenperspektive

Es entspricht dem gegenwärtigen Hauptstrom der Urheberrechtswissenschaft, die außerrechtliche Begründung und die Grenzen des Urheberrechtsschutzes anhand verschiedener rechtsphilosophischer und ökonomischer Theorien vorzunehmen.¹⁰ Ausgangspunkt sollen im Folgenden die utilitaristischen Urheberrechtstheorien und hier insbesondere die ökonomische Analyse des Rechts sein, bevor in einem zweiten Schritt auf die individualistischen Ansätze einzugehen ist.

⁸ Grünbuch zum Urheberrecht in der wissensbestimmten Wirtschaft vom 16.07.2008, KOM(2008) 466/3.

⁹ WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights, Sixteenth Session, March 10-12, 2008, Draft Report, <www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_16/sccr_16_3_prov.pdf>, S. 9-27.

¹⁰ Vgl. die klassische Darstellung bei Schricker-Schricker, *Urheberrecht*, 3. Aufl., München 2006, Einleitung, Rn. 11 ff.; aus dem jüngeren Schrifttum siehe *Matthias Leistner/Gerd Hansen*, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter - Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR 2008, 479, 490 f. Die Vielfalt der Ansätze überwinden möchte *Christian Gero Stallberg*, *Urheberrecht und moralische Rechtfertigung*, Berlin 2005, passim.

1. Utilitaristische Urheberrechtstheorien

a) Ökonomische Analyse

Aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts helfen richtig ausgestaltete Urheberrechtsschranken bei der Vermeidung von Wohlfahrtsverlusten, und zwar aus zwei Gründen.

Erstens schwächen sie einen unerwünschten Nebeneffekt ab, der mit der Anerkennung von geistigen Eigentumsrechten zwangsläufig einhergeht. Um die Kosten der Produktion eines schutzfähigen Werks zu amortisieren, muss es dem Schutzrechtsinhaber gestattet sein, einen Preis für eine Kopie des Werks (oder den sonstigen Zugang zum Werk) zu verlangen, der oberhalb der Grenzkosten liegt.¹¹ Dadurch werden mögliche Rezipienten ausgeschlossen, die zwar bereit wären, einen Preis oberhalb der Grenzkosten zu zahlen, nicht aber den vom Rechtsinhaber geforderten Monopolpreis („dead weight loss“).¹² Der Ausschluss dieser potentiellen Nutzer führt zu Wohlfahrtsverlusten, die durch Schrankenbestimmungen vermindert werden können, etwa durch die Erlaubnis zur Herstellung privat genutzter einzelner Vervielfältigungen. Dies setzt allerdings voraus, dass die Einbußen des Rechtsinhabers zuzüglich der indirekten Einbußen der Allgemeinheit wegen des abgeschwächten Anreizes zur Produktion schützenswerter Inhalte geringer sind als die Wohlfahrtsgewinne, die sich aus dem erleichterten Zugang zum Werk ergeben.¹³

Zweitens können Schranken ein Marktversagen aufgrund prohibitiv wirkender Transaktionskosten korrigieren.¹⁴ Müssten beispielsweise Zeitungen für die

¹¹ Zum Anreizmodell der ökonomischen Analyse des Urheberrechts siehe die klassische Darstellung von *William M. Landes/ Richard A. Posner*, *An Economic Analysis of Copyright*, 18 J. Leg. Stud. 325 ff. (1989). Klassifizierungen der verschiedenen Strömungen der ökonomischen Analyse finden sich bei *Yochai Benkler*, *Intellectual Property and the Organization of Information Production*, 22 Int'l. Rev. L. & Econ. 81, 82 f. (2002) und *Alexander Peukert*, *Der Schutzbereich des Urheberrechts und das Werk als öffentliches Gut*, in: Reto M. Hilty/Alexander Peukert (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden 2004, S. 11, 15 ff. jeweils m.w.N. Vgl. jetzt auch *Gerd Hansen*, *Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes*, Baden-Baden 2009, S. 106 ff.

¹² Siehe im Einzelnen *William W. Fisher*, *Reconstructing the Fair Use Doctrine*, 101 Harvard L. Rev. 1659, 1700-05 (1988).

¹³ Vgl. *Fisher*, a.a.O., 1705-17.

¹⁴ Siehe hierzu im Einzelnen *Wendy Gordon*, *Fair Use as Market Failure, - A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors*, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982). Siehe jetzt auch *Achim Förster*, *Fair Use – Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Act mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes*, Tübingen 2008, S. 138-42 m.w.N.

Erstellung von Pressespiegeln zunächst die Einwilligung der auszugsweise abgedruckten Artikel aus anderen Zeitungen einholen, so würde der damit verbundene Zeit- und Kostenaufwand die Veröffentlichungen von entsprechenden Übersichten verhindern. Hier können sich – gegebenenfalls auch vergütungspflichtige – Schrankenbestimmungen effizienzsteigernd auswirken.¹⁵

Die hier zugegebenermaßen vereinfacht dargestellten ökonomischen Modelle tragen das Versprechen einer ökonomisch ausgewogenen Gestaltung von Schrankenbestimmungen in sich, weil sie die gegenläufigen Interessen in berechenbare Größen übersetzen. Freilich setzen sie die Quantifizierung der einbezogenen Gewinne und Verluste der Beteiligten voraus, um tatsächlich zu einem erhöhten Maß an Rationalität zu gelangen. Die hierfür erforderlichen empirischen Untersuchungen lassen die bisherigen Studien zur Rechtsökonomie des Urheberrechts jedoch weitgehend vermissen. Wenn Daten erhoben werden, dauert es oft nicht lange, bis Studien mit gegenteiligen Ergebnissen veröffentlicht werden. Ein aktuelles Beispiel bieten hier die zahlreichen Versuche, die Umsatzrückgänge der Musikindustrie durch Filesharing zu beziffern. Der Ökonom *Rufus Pollock* fasst den gegenwärtigen Stand der Ökonometrie wie folgt zusammen:

„The basic result is that online illegal file-sharing probably has some negative impact on traditional sales but the effect is appears to be quite small. The size of this effect is debated, and ranges from 0 to 100% of the sales decline in recent years, but a figure of between 0 and 30% would be a reasonable consensus value (i.e. that file-sharing accounted for 0-30% of the decline in sales not a 0-30% decline in sales). At the same time there is still substantial disagreement in the literature with the most impressive paper to date (Oberholzer and Strumpf 2005) estimating no impact from file-sharing.“¹⁶

Wenn aber nicht einmal der Umsatzrückgang bei den Rechtsinhabern verlässlich beziffert werden kann, wie soll dies dann erst bei den ungleich komplexeren

¹⁵ So trotz aller Kritik an der Transaktionskostenökonomik auch *Hansen* (supra Fn. 11), 211 und 248 f.

¹⁶ Siehe <www.rufuspollock.org/economics/p2p_summary.html> und die dort referierten weiteren ökonomischen Studien.

Faktoren gelingen, etwa den indirekten Einbußen der Allgemeinheit durch den verminderten Anreiz von Kreativen in einer Rechtsordnung, die Filesharing legalisiert. Die fehlende empirische Unterfütterung der rechtsökonomischen Ansätze schränkt deren Brauchbarkeit deutlich ein. Die ökonomische Analyse des Urheberrechts ist in ihrem gegenwärtigen Entwicklungsstand deshalb nicht in der Lage, die optimale Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken berechnen zu können.¹⁷ Die fehlende empirische Unterfütterung entwertet die ökonomischen Modelle jedoch nicht vollständig. Sie können auch ohne Quantifizierung dabei helfen, die Interessen der Beteiligten und der Allgemeinheit besser zu verstehen und einseitige Argumente als solche zu erkennen. Dies trifft beispielsweise auf das regelmäßig vorgetragene Argument der Verwerter zu, eine Ausweitung von Schrankenvorschriften sei gesamtwirtschaftlich nachteilig und müsse auf enge Ausnahmefälle beschränkt bleiben.¹⁸ In dieser Allgemeinheit liegt das Argument neben der Sache. Aus rechtsökonomischer Sicht gibt es kein Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Verbotsrechten und Urheberrechtsschranken. Diese tragen vielmehr gleichermaßen zu einem effizienten Zuschnitt des Urheberrechts bei.

b) Sozialplanungstheorien

Dass die partikularen Interessen von Verwertern und Urhebern nicht mit dem Gemeinwohl gleichgesetzt werden können, zeigt sich noch stärker beim Blick in utilitaristische Urheberrechtstheorien, die nicht am Kriterium der Effizienz, sondern an anderen Gemeinschaftszielen ausgerichtet sind. Wer das Urheberrecht in erster Linie funktional damit rechtfertigt, dass der Urheber für die Gesellschaft etwas Nützliches leistet und durch das Urheberrecht genau hierzu in die Lage versetzt werden soll, der sieht in der Teilhabe der Allgemeinheit an kulturellen Inhalten und Technologien den gedanklichen Ausgangspunkt des Urheberrechts und in den Verbotsrechten und Zugangsbeschränkungen die notwendigen Beschränkungen.

Entsprechende Ansätze finden sich vor allem in der US-amerikanischen Literatur. Dort liegen sie wegen der utilitaristischen Anklänge in der Verfassung von 1787 auch

¹⁷ So auch die Einschätzung bei *Hansen* (supra Fn. 11), S. 245 f. und bei *Leistner/Hansen* (supra Fn. 10), 483.

¹⁸ So bspw. die Stellungnahme des Börsenvereins zum „Dritten Korb“ v. 28.05.2009, <www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/Stellungnahme_Dritter_Korb_Juni09.pdf>, S. 1 f.

besonders nahe.¹⁹ So sieht beispielsweise *Neil W. Netanel* die erste Funktion des Urheberrechts in der Stärkung der des freien Meinungs austauschs und – noch allgemeiner – der Demokratie („copyright’s democracy enhancing goals“) und leitet hieraus ab, dass das Verbot srecht des Urhebers oder Verwerters nur so weit reichen solle, wie es für die Aufrechterhaltung eines möglichst diversen Kultur- und Medienangebots erforderlich ist.²⁰ Daraus folge etwa, dass das Bearbeitungsrecht eng auszulegen sei, um kreative Formen des Umgangs mit schutzfähigen Inhalten zu gestatten.²¹ Bei der privaten Nutzung von Inhalten solle nicht automatisch jede durch das Urheberrecht eröffnete Möglichkeit der Generierung von Einnahmen den Verwertern zugeschlagen werden.²² Ähnliche Ansätze finden sich bei *William W. Fisher*, der in einem eher kulturpolitischen Ansatz das Urheberrecht dadurch funktional gerechtfertigt sieht, dass es zu einer „gerechten und attraktiven Kultur“ beiträgt.²³ In der konkreten Anwendung des „fair use“-Grundsatzes sollten Gerichte gerade bei kreativen Nutzungsformen und beim Zugang zu Informationen über gesellschaftlich bedeutsame Fragen sowie bei der Nutzung in Bildungseinrichtungen einen großzügigeren Maßstab anlegen.²⁴ Die soziale Funktion des Urheberrechts wirkt bei entsprechend Ansätzen also gleichzeitig schutzbegründend und schutzbegrenzend.²⁵

2. Individualistische Urheberrechtstheorien

a) Theorie des geistigen Eigentums

Die Lehre vom Urheberrecht als natürlichem „geistigen Eigentum“ seines Schöpfers ist ebenso unbestimmt wie wirkungsmächtig. Sie rechtfertigt die Zuerkennung des

¹⁹ Section 8 Powers of Congress: „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 (...).“

²⁰ Siehe *Neil W. Netanel*, *Copyright and a Democratic Civil Society*, 106 *Yale L. J.* 283, 347 ff. (1996) m.w.N.

²¹ *Netanel*, a.a.O., 378.

²² *Netanel*, a.a.O., 373.

²³ Siehe *Fisher* (supra Fn. 12), 1744 ff. („just and attractive intellectual culture“).

²⁴ *Fisher*, a.a.O., 1782. Kritisch zur Theorie Fishers *Hansen* (supra Fn. 11), S. 251 ff. m.w.N. Zu weiteren kulturpolitischen Ansätzen siehe *Förster* (supra Fn. 14), S. 142-45.

²⁵ So die plastische Zusammenfassung von *Hansen* (supra Fn. 11) zur Theorie *Netanels*, S. 269.

Urheberrechts moralisch mit dem Hinweis auf die Leistung des Urhebers.²⁶ Auch wenn die oft behauptete Herkunft aus der Eigentumstheorie *John Lockes* heute in Frage gestellt wird,²⁷ greifen Gerichte in Deutschland und in den USA doch regelmäßig auf die Vorstellung vom moralischen Anspruch des Urhebers auf die Früchte seiner Arbeit zurück.²⁸ Zur genauen Konturierung urheberrechtlicher Einzelfragen ist die Lehre allerdings kaum geeignet. Auch scheint es fraglich zu sein, ob die Vorstellung von der Zuordnung der Früchte der Arbeit zum Urheber zwangsläufig zu einem unbeschränkten Recht führen muss oder ob der Urheber letztlich nur ein Eigentumsrecht verdient, welches der Allgemeinheit die durch die Schranken eröffneten Nutzungsmöglichkeiten belässt.²⁹

b) Persönlichkeitsrechtstheorie

Für das deutsche Urheberrecht ist schließlich als zusätzlicher Begründungsansatz die persönlichkeitsrechtliche Theorie zu beachten. In Deutschland, Frankreich und in den anderen „Droit d’Auteur“-Staaten konnte sich seit dem Ende des 18. Jahrhunderts die Vorstellung durchsetzen, dass das Urheberrecht nicht nur die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers an seinem Werk schützt, sondern auch die persönlichkeitsrechtlichen Aspekte.³⁰ Stellt man die Person des Urhebers in den Mittelpunkt und gewährt rechtlichen Schutz, weil das Werk Ausdruck seiner Persönlichkeit ist, so bietet sich bei den Schranken eine Differenzierung zwischen

²⁶ Siehe hierzu *Pascal Oberndörfer*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, Baden-Baden 2005, S. 63 ff.; *Stallberg* (supra Fn. 10), S. 58 ff. Siehe auch *Justin Hughes*, The Philosophy of Intellectual Property, 77 Geo. L.J. 287 (1988).

²⁷ Siehe insb. *Oberndörfer* (a.a.O.), S. 20 ff.

²⁸ Siehe etwa BGHZ 17, 266, 278 - *Grundig-Reporter*; BGH GRUR 1988, 370, 372 - *Achat*; BGH GRUR 1996, 109, 114 f. - *Klinische Versuche*. Vgl. auch *Brigitte Zypries*, Hypertrophie der Schutzrechte?, GRUR 2004, 977. Vgl. aus der Rechtsprechung des US-Supreme Court bspw. *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986, 1003 (1984). Zur Debatte in den USA vgl. *Wendy J. Gordon*, A Property Right in Self-Expression, 102 Yale L.J. 1533 (1993); *Lawrence C. Becker*, Deserving to Own Intellectual Property, 68 Chi.-Kent L. Rev. 609 (1993).

²⁹ Die Einschränkungen der Eigentumstheorie John Lockes, insb. die „sufficiency proviso“ werden oft übersehen, siehe hierzu *Stallberg* (supra Fn. 10), S. 67 f.; kritisch *Oberndörfer* (Fn. 26), S. 33ff. Vgl. auch *Gisbert Hobagen*, Überlegungen zur Rechtsnatur der Kopierfreiheit, in Ansgar Ohly u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 353, 357 („Eigentumsphilosophie und Philosophie des freien Zugangs sind folglich keine unvereinbaren Gegensätze.“).

³⁰ Zu den historischen Wurzeln der persönlichkeitsrechtlichen Urheberrechtstheorie siehe *Walter Bappert*, Wege zum Urheberrecht, Frankfurt am Main 1962, S. 266; *Stig Strömholm*, Le droit moral de l’auteur en droit Allemand, Français et Scandinave, Band I, Stockholm 1967, S. 115 ff. Aus dem jüngeren Schrifttum siehe *Miriam Kellerhals*, Die europäischen Wurzeln des Droit Moral, GRUR Int. 2001, 438 ff.; *Cyrill Rigamonti*, The Conceptual Transformation of Moral Rights, 55 Am. J.Comp. L. 67 (2007); *Stallberg* (supra Fn. 10), S. 138 ff.

konsumptiven und transformativen Schrankenregelungen an.³¹ Wird durch eine Schranke die einwilligungs- und gegebenenfalls vergütungsfreie Nutzung eines veröffentlichten Werkes in unveränderter Form gestattet, sind die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers jedenfalls dann nicht betroffen, wenn die Namensnennung gewährleistet ist. Im deutschen Urheberrecht beugen die §§ 62, 63 UrhG denkbaren Konflikten zwischen konsumptiven Schranken, wie etwa der Privatkopie oder dem Pressespiegelprivileg, und dem Urheberpersönlichkeitsrecht weitgehend vor. Dagegen bringt jede Veränderung des Werks die Gefahr der Beeinträchtigung der persönlichkeitsrechtlichen Interessen mit sich. Dies gilt beispielsweise für die freie Benutzung gem. § 24 UrhG, etwa bei Parodien. Hier bedarf es der sorgfältigen Abwägung im Einzelfall, ohne dass von vornherein von einem festgefügteten Regel-Ausnahme-Verhältnis ausgegangen werden kann.³²

3. Zwischenfazit

Aus der Grundlagenperspektive stehen die Ausschlusswirkungen des Urheberrechts und die Schranken nicht in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis. Die utilitaristischen Theorien nutzen Schranken für den „richtigen“ Zuschnitt des Urheberrechts im Interesse der Allgemeinheit. Dies gilt sowohl für die ökonomische Analyse des Rechts als auch für demokratietheoretische und kulturpolitische Ansätze. Aus der Sicht der Theorie vom geistigen Eigentum können Schranken als inhärente Begrenzungen des Urheberrechts begriffen werden. Konflikte mit der persönlichkeitsrechtlichen Rechtfertigung des Urheberrechts ergeben sich nur bei transformativen Schranken, wobei auch hier nicht von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der Verbotsrechte des Urhebers ausgegangen werden kann.

III. Schranken des Urheberrechtsgesetzes: Dogma der engen Auslegung und neuere Tendenzen

Stellt man der Grundlagenperspektive das positive Recht gegenüber, so ergibt sich ein deutlicher Kontrast. Während die Urheberrechtstheorien nicht für ein Regel-

³¹ Die Unterscheidung ist insbesondere im US-Urheberrecht verbreitet, vgl. etwa *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994). Siehe hierzu auch infra bei Fn. 96.

³² Vgl. hierzu nur *Haimo Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl., Tübingen 2007, S. 136 ff.

Ausnahme-Verhältnis zwischen Verbotsrechten und Schranken sprechen, findet sich nach der herrschenden Meinung genau dieses in den §§ 44a ff. UrhG umgesetzt. Es ist allerdings auch von neueren Tendenzen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und in der Literatur zu berichten, die vom Dogma der engen Auslegung der Schranken abweichen.

1. Regelungsstruktur des Urheberrechtsgesetzes

Schon ein kurzer Blick auf die Regelungsstruktur des Urheberrechtsgesetzes scheint die These vom Ausnahmecharakter der Schrankenbestimmungen zu bestätigen. Auf der Seite der Verbotsrechte findet sich ein offen gehaltener Katalog von Verwertungsrechten. § 15 Abs. 1 und 2 UrhG sind bewusst nicht abschließend formuliert („insbesondere“) und sollen dem Urheber – und in der Folge auch dem Verwerter – die Wahrnehmung seines Urheberrechts im Hinblick auf technische und wirtschaftliche Neuerungen bei den Nutzungsmöglichkeiten eröffnen.³³ Rechtssprechung und Literatur haben dieser Anordnung regelmäßig Folge geleistet, zuletzt in grundlegender Weise bei der Anerkennung des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung als unbenanntes unkörperliches Verwertungsrecht im Sinne des § 15 Abs. 2 UrhG, bevor § 19a UrhG das neue Verwertungsrecht schließlich ausdrücklich anerkannte.³⁴

Dem stehen die ohne eine entsprechende Öffnung normierten Schrankenbestimmungen der §§ 44a ff. UrhG gegenüber. Diese weisen vielfach sehr eng gefasste Tatbestände auf, bei denen das Eingreifen der Privilegierung zugunsten des Nutzers von der kumulativen Erfüllung zahlreicher Tatbestandsmerkmale abhängt. Dies zeigt sich besonders deutlich an einigen der durch den „Ersten“ und „Zweiten Korb“ eingefügten Bestimmungen, die zum Teil einen so engen Anwendungsbereich haben, dass sie kaum mehr den Regulierungsaufwand lohnen. Dies gilt beispielsweise für die im Legislativverfahren stark umstrittene Schranke über die Öffentliche Zugänglichmachung im Unterricht in § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG,³⁵

³³ Siehe die Begründung des Regierungsentwurfs zum Urheberrechtsgesetz von 1965, Bundestags-Drs. IV/270, S. 27 ff., abgedruckt in UFITA 45 (1965), S. 240, 242.

³⁴ Noch heute wird bei Lücken des § 19a auf § 15 Abs. 2 UrhG zurückgegriffen, vgl. nur Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl., München 2008, § 19a, Rn. 3 und 10.

³⁵ Dass es sich um einen rechtspolitischen Zankapfel sondergleichen handelt, zeigt die mehrfache Verlängerung der Befristung in § 137k UrhG; die dadurch fehlende Planungssicherheit schafft für den Aufbau

welche nach ihrem Wortlaut nur die öffentliche Zugänglichmachung zur „Veranschaulichung im Unterricht“ gestattet (nach großzügiger Interpretation umzudeuten in „Veranschaulichung des Unterrichts“).³⁶ Definiert man das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in Übereinstimmung mit § 19a UrhG als das Recht, „das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist“, so bedeutet dies, dass die Vorschrift nach ihrem Wortlaut nur E-Learning-Angebote umfasst und hier auch nur so genannte „Pull-Dienste“,³⁷ bei denen der Nutzer entscheiden kann, zu welcher Zeit das Angebot abgerufen wird.³⁸ Noch unbedeutender ist der Regelungsbereich des § 44a Nr. 2 UrhG, welcher flüchtige und begleitende Vervielfältigungshandlungen, die Teil eines technischen Verfahrens sind, vom Erfordernis der Einwilligung freistellen soll. Dies gilt nach dem Wortlaut der Vorschrift freilich nur, wenn die Vervielfältigung Teil einer „rechtmäßigen Nutzung“ ist. Es bedarf also der Einwilligung des Rechtsinhabers oder der Rechtfertigung durch eine andere Schrankenbestimmung, damit die Vorschrift überhaupt eingreift.³⁹ Die Vorschrift ist damit ohne eigenständigen Regelungsgehalt – ein bislang unerreichter Tiefpunkt der Qualität der Gesetzgebung im europäischen Urheberrecht.⁴⁰ Der Ausweitung des § 16 UrhG hinsichtlich „vorübergehender Vervielfältigungen“ wurde damit keine Schrankenbestimmung gegenüber gestellt, welche die schlichte Benutzung von Webinhalten (Caching, Browsing) erlaubnisfrei stellen würde, so dass die Rechtmäßigkeit des schlichten Werkgenusses bei entsprechenden Nutzungsformen in aller Regel von der Gestattung des Rechtsinhabers abhängt.⁴¹ Ein drittes Beispiel bietet der erbittert

entsprechender Infrastrukturen in öffentlichen Forschungs- und Bildungseinrichtungen zusätzliche Hürden, so auch plastisch *Georg Sandberger*, Behindert das Urheberrecht den Zugang zu wissenschaftlichen Publikationen?, ZUM 2006, 818, 825. Zur rechtspolitischen Auseinandersetzung im Zuge des „Ersten Korbs“ siehe *Wolf von Bernuth*, Streitpunkt – der Regelungsgehalt des § 52 a UrhG, ZUM 2003, 438 f.

³⁶ In der Literatur wird versucht, der Vorschrift einen sinnvollen Regelungsgehalt zuzuweisen, in dem man das „im Unterricht“ als Redaktionsversehen wertet, so z.B. *von Bernuth*, a.a.O., 440; ähnlich auch *Dreier/Schulze-Dreier* (supra Fn. 34), § 52a, Rn. 6.

³⁷ Vgl. hierzu *Haimo Schack*, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639, 643.

³⁸ *Schack* (supra Fn. 32), S. 266 hegt dennoch Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift im Hinblick auf Art. 14 GG.

³⁹ Zutreffend *Till Kreuzer*, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, Baden-Baden 2008, S. 277.

⁴⁰ § 44a UrhG geht auf Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG (supra Fn. 4) zurück.

⁴¹ § 69d Abs. 1 UrhG gestattet dagegen die bestimmungsgemäße Benutzung eines rechtmäßig in Verkehr

umkämpfte § 53a UrhG zum Kopienversand auf Bestellung, welcher hinsichtlich des elektronischen Kopienversands den Bibliotheken die Pflicht auferlegt zu prüfen, ob sich der Nutzer nicht auch aus offensichtlichen Verlagsangeboten zu „angemessenen Bedingungen“ mit den gewünschten Beiträgen versorgen kann. Man kann sich kaum vorstellen, dass öffentliche Bibliotheken den Mut haben werden, das Risiko einer Fehleinschätzung bezüglich der hier verwendeten offenen Rechtsbegriffe auf sich zu nehmen. Letztlich dürfte die Norm als Verhandlungsmasse für die künftigen Gesamtverträge zwischen Verlagen und Kopienversanddiensten fungieren.⁴² Schrankenbestimmungen dieses Typs – es ließen sich weitere Beispiele nennen – sind so eng gefasst, dass es schwer fällt, überhaupt noch einen eigenständigen und praktisch relevanten Anwendungsbereich ausmachen. Sie sind für die privilegierten Nutzer kaum nachvollziehbar. Zudem tragen sie das Risiko des Rechtsirrtums – *iuris ignorantia nocet*.⁴³

Die Regelungsstruktur des Gesetzes legt damit eine Fortentwicklung des Urheberrechts nahe, bei der neu entstehende Nutzungsformen automatisch mit Verbotsrechten belegt werden, die Gestaltung angemessener Ausnahmebestimmungen aber dem freien Spiel der Kräfte der Lobbys und Verbände im rechtspolitischen Raum überlassen wird. Am Ende stehen Schrankenbestimmungen, die zu allenfalls noch homöopathisch spürbaren Erweiterungen der Nutzerrechte führen. Mit einer ausbalancierten Anpassung des Urheberrechts an die Herausforderungen der Wissensgesellschaft hat dies wenig tun.

2. Dogma der engen Auslegung der Schranken

a) Verschiedene Spielarten der engen Auslegung

Der Bundesgerichtshof, wie auch bereits das Reichsgericht, legen die Schranken in der Regel eng aus.⁴⁴ „Enge“ Auslegung kann dabei Unterschiedliches bedeuten.

gebrachten Computerprogramms einschließlich der hierfür erforderlichen Vervielfältigungen, ohne dass es hierfür des Abschlusses eines Lizenzvertrags oder der Einwilligung des Rechteinhabers bedarf, vgl. hierzu eingehend Wandtke/Bullinger-Grützmacher, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., München 2009, § 69d, Rn. 24-26.

⁴² So das resignierte Fazit bei Till Kreuzer, Kopienversanddienste und deutsches Urheberrecht nach dem „Zweiten Korb“, ZGE 1 (2009), 220, 252.

⁴³ Paulus, D. 22.6.9 pr. Siehe hierzu Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Cape Town u.a. 1990, S. 604 ff.

⁴⁴ Ständige Rspr. (spätestens) seit RGZ 122, 66, 68 – *Tanzschlager-Liederbuch* und BGHZ 11, 135, 143 –

Erstens wird mit dem Argument der engen Auslegung Schrankenvorschriften die Analogiefähigkeit abgesprochen. Sie sollen nicht als Grundlage für eine Rechtsfortbildung geeignet sein.⁴⁵ Zweitens wird das Argument der engen Auslegung als Begründung für eine subjektiv-historische Auslegung herangezogen. Enge Auslegung bedeutet danach, dass nur der vom Gesetzgeber zum Zeitpunkt der Verabschiedung eines Gesetzes ins Auge gefasste Interessenkonflikt von den Schrankenbestimmungen umfasst ist, nicht aber neue technische Nutzungsmöglichkeiten, die sich nach diesem Zeitpunkt ergeben. Folgt man diesem Ansatz, so sind Schranken auf neue technische Nutzungsformen auch dann nicht anwendbar, wenn der Wortlaut diese einschließt. Diese vom Bundesgerichtshof in der Entscheidung *Grundig Reporter*⁴⁶ herangezogenen Auslegungsrundsätze stehen in diametralem Gegensatz zur herrschenden objektiv-teleologischen Auslegungsmethode, welche die Gerichte einschließlich des Bundesverfassungsgerichts seit den Gründungstagen der Bundesrepublik regelmäßig zugrunde gelegt haben.⁴⁷ Drittens – und hiermit eng verwandt – ist die Reduktion der gesetzlichen Begriffe auf den Begriffskern. So lehnte beispielsweise das OLG München in der Entscheidung *Stimme Brecht* die Anwendung der Zitatschranke des § 51 UrhG a.F. auf die Übernahme von Passagen aus den Werken Brechts in Heiner Müllers Stück „Germania 3 – Gespenster am toten Mann“ ab, weil ein Zitat als Beleg für eigene Erörterungen des Zitierenden dienen müsse und andernfalls keinen zulässigen „Zitatzweck“ verfolge.⁴⁸

b) Höchstrichterliche Argumente für die enge Auslegung

Zur Begründung für die enge Auslegung der Schranken stützt sich die Rechtsprechung im Wesentlichen auf drei Argumente.

Erstens seien Ausnahmebestimmungen eng auszulegen – *exceptiones sunt strictissimae*

Lautsprecherübertragung.

⁴⁵ So bspw. BGHZ 144, 232, 235, 236 – *Parfümflakon*.

⁴⁶ So dezidiert BGHZ 17, 266, 274 ff. – *Grundig Reporter*.

⁴⁷ Siehe BVerfGE 1, 299, 312 und BVerfGE 34, 269, 288 f. sowie Staudinger-*Coing/Honsell*, Einleitung zum BGB (Neubearb. 2004), Rn. 134 f.

⁴⁸ Siehe OLG München NJW 1999, 1975 – *Stimme Brecht* sowie die im selben Fall ergangene anderslautende Entscheidung BVerfG GRUR 2001, 149 – *Germania 3* (hierzu eingehend infra bei Fn. 65).

interpretationis.⁴⁹ Allerdings bietet diese Auslegungsmaxime nicht mehr als einen ersten Anhaltspunkt bei der Interpretation. Sie steht erkenntnistheoretisch auf tönernen Füßen, weil die Qualifizierung einer Vorschrift als „Ausnahme“ bereits das Auslegungsergebnis vorwegnimmt.⁵⁰ Ausnahmslose Befolgung verlangt die Maxime jedenfalls nicht.⁵¹

Zweitens gebiete der Beteiligungsgrundsatz, wonach der „Urheber an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke tunlichst angemessen zu beteiligen ist“, eine enge Auslegung der Schranken.⁵² Insoweit kann auf das im Grundlagenteil zur Theorie des geistigen Eigentums Gesagte verwiesen werden. Das Gebot der „angemessenen“ Beteiligung verlangt nicht die automatische und vollständige Zuweisung der Nutzungsmöglichkeiten an den Urheber und seine Vertragspartner, sondern eine Abwägung zwischen partikularen und allgemeinen Interessen.⁵³

Drittens – dies war die vom Reichsgericht zunächst genannte Begründung – seien Ausnahmebestimmungen ebenso wie vertragliche Rechtseinräumungen im Zweifel eng auszulegen.⁵⁴ Die Anklänge an die Zweckübertragungslehre sind hier unübersehbar. Anders als im Vertragsrecht kann die enge Auslegung allerdings nicht auf den mutmaßlichen Willen des Urhebers gestützt werden. Bei der Gestaltung von Schranken macht dieses Argument wenig Sinn, da es nicht um eine privatautonome Gestaltung geht.

Zusammenfassend sprechen für den Grundsatz der engen Auslegung systematische Erwägungen und der Beteiligungsgrundsatz; ausnahmslose Befolgung verlangt der Grundsatz nicht. Dies soll nicht als Freibrief für eine ungehemmte Umdeutung des Urheberrechtsgesetzes mit den Mitteln der teleologischen Auslegung verstanden werden, sondern als Aufforderung zur Auslegung und Rechtsfortbildung mit Augenmaß.

⁴⁹ Siehe bspw. RGZ 130, 196, 206 – *Codex aureus*.

⁵⁰ Siehe nur *Karl Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin 1991, S. 355.

⁵¹ Insoweit ist es auch von Interesse, dass der BGH heute nicht mehr Maxime in den Vordergrund stellt, sondern normative Kriterien, siehe insb. BGHZ 144, 232, 235 – *Parfümflakon* („dies hat seinen Grund weniger darin, dass Ausnahmenvorschriften generell eng auszulegen wären“).

⁵² Siehe bspw. BGHZ 144, 232, 235, 236 – *Parfümflakon*.

⁵³ Vgl. zur „angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes“ gem. § 11 S. 2 UrhG *Schricker-Schricker* (supra Fn. 10), § 11, Rn. 3.

⁵⁴ RGZ 122, 66, 68 – *Tanzschlager-Liederbuch* unter Verweis auf RGZ 118, 282, 285 – *Verfilmungsrecht an Operetten*.

c) Aufweichung der engen Auslegung in der neueren Rechtsprechung und Lehre

Die Rechtsprechung hat sich in jüngerer Zeit mehrfach die Freiheit genommen, Schranken einer weniger restriktiven Auslegung zuzuführen oder Analogien zugunsten der Nutzer anzuerkennen. So gestand der Bundesgerichtshof den öffentlichen Bibliotheken in der Entscheidung *Kopiersanddienst* das Recht zu, auf Einzelbestellungen von Nutzern Vervielfältigungen herzustellen und an diese per Post oder Fax zu verschicken, sofern sich der Nutzer auf einen gem. § 53 UrhG privilegierten Zweck berufen kann.⁵⁵ Eine Verbreitung im Sinne des § 17 UrhG lehnte das Gericht dabei ab. Allerdings gestand es den Urhebern im Wege der rechtsanalogen Anwendung der §§ 27 Abs. 2 und 3, 49 Abs. 1 und 54a und 54h UrhG a.F. einen Vergütungsanspruch gegen die Bibliotheken zu.⁵⁶ Nur wenig später erkannte der Bundesgerichtshof in der Entscheidung *Elektronische Pressespiegel* an, dass auch elektronische Pressespiegel für den betriebs- oder behördeninternen Gebrauch unter den Begriff des „Informationsblattes“ im Sinne des § 49 Abs. 1 S. 1 UrhG fallen können, sofern die Presseartikel nur als graphische Dateien genutzt werden.⁵⁷ Ein im Rahmen der §§ 44a ff. UrhG verwendeter Begriff könne „infolge technischer Fortentwicklungen veralten. Dem muss gegebenenfalls durch eine extensive Auslegung Rechnung getragen werden.“⁵⁸ Eine solche „ausnahmsweise extensive Auslegung“ komme gerade dann in Betracht, wenn die Schranke an einen gesetzlichen Vergütungsanspruch des Urhebers gekoppelt sei, so dass dieser von der erweiternden Auslegung profitiere.⁵⁹ Sieht man die Wortsinngrenze als Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung,⁶⁰ so handelte es sich um eine Rechtsfortbildung, die der Senat als extensive Auslegung kaschierte. Einen „nutzerfreundlichen“ Maßstab legte auch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung *Germania 3* zugrunde, in welcher es Textübernahmen Heiner Müllers aus Stücken Bertolt Brechts als von der Kunstfreiheit gedeckt ansah und nach Art

⁵⁵ BGHZ 141, 13 – *Kopiersanddienst einer öffentlichen Bibliothek*.

⁵⁶ BGH, a.a.O., 28 ff.

⁵⁷ BGHZ 151, 301 – *Elektronischer Pressespiegel*.

⁵⁸ BGH, a.a.O., 310.

⁵⁹ BGH, a.a.O., 311.

⁶⁰ So die traditionelle Auffassung in Deutschland, siehe etwa *Larenz* (supra Fn. 50), S. 343.

einer Superrevisionsinstanz die Einengung des Zitats im Rahmen des § 51 UrhG a.F. auf eine eng verstandene Belegfunktion verwarf.⁶¹ Die weite Auslegung von Schranken im Einzelfall wird allerdings oft als Privileg der höheren Instanzen behandelt. So bekundete das LG Hamburg in der jüngst ergangenen Entscheidung *Google Bildersuche* zwar Verständnis für die Rechtsposition der Beklagten, verwies aber letztlich auf den Gesetzgeber: Es sei nicht Sache der Gerichte, im Wege der Rechtsfortbildung für einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen zu sorgen, wenn die Beklagte keinen der eng auszulegenden Ausnahmetatbestände der §§ 44a UrhG erfülle.⁶² Dass das Gericht selbst die Entscheidung als nicht abschließend angesehen hat, zeigt die astronomische Sicherheitsleistung von 100 Mio. €, welche für die vorläufige Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs festgesetzt wurde.

Die Abkehr von der engen Auslegung im Einzelfall wird von der Literatur zum Teil unter Hinweis auf die grundsätzliche Gleichwertigkeit der Interessen von Rechtsinhabern und Nutzern begrüßt, welche einem Regel-Ausnahme-Verhältnis entgegenstehe.⁶³ Dagegen halten die Standardkommentare und -lehrbücher zum Urheberrecht im Grundsatz an der traditionellen Linie fest und behandeln die neuere Rechtssprechung als Einzelfälle.⁶⁴

d) Einfluss der Grundrechte

Die bereits zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts *Germania 3*⁶⁵ wirft ein interessantes Schlaglicht auf den Einfluss der Grundrechte auf die Auslegung der Schrankenvorschriften. Anders als mitunter in der urheberrechtlichen Literatur

⁶¹ BVerfG GRUR 2001, 149 – *Germania 3*. Siehe hierzu *Axel Metzger*, „Germania 3 Gespenster am toten Mann“ oder Welchen Zweck darf ein Zitat gemäß § 51 Nr. 2 UrhG verfolgen?, ZUM 2000, 924-933.

⁶² LG Hamburg MMR 2009, 55 – *Google Bildersuche* mit kritischer Anm. von *Thomas Hoeren*. Siehe hierzu auch allgemein *Matthias Leistner/Felix Stang*, Die Bildersuche im Internet aus urheberrechtlicher Sicht, CR 2008, 499.

⁶³ Siehe zuletzt *Reto Hilty*, Vergütungssystem und Schrankenregelungen - Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819, 823; *Thomas Hoeren*, Anmerkung zu LG Hamburg Google Bildersuche, MMR 2009, 62; *Detlef Kröger*, Enge Auslegung von Schrankenbestimmungen - wie lange noch? - Zugang zu Informationen in digitalen Netzwerken, MMR 2002, 18 sowie rechtsvergleichend *Christophe Geiger*, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte, in *Hilty/Peukert* (Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht, Berlin 2004, S. 143, 150 f. jeweils m.w.N.

⁶⁴ Siehe insb. *Wandtke/Bullinger-Löffel* (supra Fn. 41), Vor §§ 44a, Rn. 1; *Schricker-Melichar* (supra Fn. 10), Vor §§ 44a, Rn. 15-15b; *Schack* (supra Fn. 32), S. 48 und 246.

⁶⁵ BVerfG GRUR 2001, 149 – *Germania 3*.

behauptet, folgt aus Art. 14 GG nicht ohne Weiteres, dass Schrankenvorschriften grundsätzlich eng auszulegen sind.⁶⁶ Vielmehr ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die „Aufgabe des Richters, im Rahmen der Anwendung der einschlägigen einfachrechtlichen Regelungen die Schranken des Grundrechtsbereichs der einen Partei gegenüber demjenigen der anderen Partei zu konkretisieren.“⁶⁷ Das Gericht geht also weder von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis auf der Ebene der Grundrechte aus, noch formuliert es eine entsprechende Direktive für die Auslegung des einfachen Rechts.⁶⁸ Dies gilt im Übrigen nicht nur bei kollidierenden Grundrechten – im konkreten Fall konnte sich der Beklagte auf die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG berufen – sondern auch bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, bei der das Individualinteresse des Urhebers mit den schutzwürdigen Interessen der Allgemeinheit im Sinne der Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen ist.⁶⁹

e) Notventile im System, insbesondere die Einwilligung

Dass das System starrer Urheberrechtsschranken auf den gegenwärtig zu beobachtenden grundlegenden Wandel der Medienlandschaft nur unzureichend reagieren kann, liegt nach dem bisher Gesagten auf der Hand. Jede technische oder wirtschaftliche Innovation bei den Nutzungsmöglichkeiten der Verbraucher und Intermediäre erhöht den Druck auf das Urheberrechtssystem spürbar und verschärft die rechtspolitischen Konflikte. Die Gerichte haben deswegen – weitgehend unbeobachtet von der Wissenschaft – Notventile geöffnet, um die mangelnde Flexibilität der Schranken auf andere Weise auszugleichen. Hierbei ist an erster Stelle die konkludente Einwilligung zu nennen, welche die Gerichte in ganz unterschiedlichen Fallgestaltungen als dogmatischen Ansatzpunkt jenseits der Schranken gewählt haben. So dient die Einwilligung als Ausgangspunkt für die

⁶⁶ So aber *Joachim Bornkamm*, Ungeschriebene Schranken des Urheberrechts? in: Festschrift für Henning Piper, München 2006, S. 641, 649; *Loewenheim-Götting*, Handbuch des Urheberrechts, München 2003, S. 412; *Schack* (supra Fn. 32), S. 48.

⁶⁷ BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*.

⁶⁸ So auch im Ergebnis *Kreutzer* (supra Fn. 39), S. 158 ff.

⁶⁹ Siehe BVerfGE 49, 382, 394 – *Kirchenmusik*. Siehe hierzu *Gisbert Hohagen*, Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, München 2004, S. 276 f. und 317 ff.; *Kreutzer* (supra Fn. 39), S. 158 ff. Vgl. zur Situation in Frankreich *Christophe Geiger*, Droit d’auteur et droit du public à l’information, Paris 2004, S. 339 ff.

urheberrechtliche Bewältigung von Hyperlinks, insbesondere von „Deeplinks“ in der Entscheidung *Paperboy* des Bundesgerichtshofs⁷⁰ und von „Framing“-Technologien in der Entscheidung *Roche Lexikon Medizin* des OLG Hamburg.⁷¹ Der Rückgriff auf den allgemeinen Rechtsfertigungsgrund der Einwilligung befreit die Gerichte von den Restriktionen der §§ 44a ff. UrhG. Dies erfordert freilich einen kreativen Umgang mit dem mutmaßlichen Willen des Rechtsinhabers, was der Überzeugungskraft der Entscheidungen mitunter schadet. Auch haben die unlängst ergangenen Entscheidungen *Drucker und Plotter*⁷² und *PC*⁷³ verdeutlicht, dass das Ausweichen auf die Einwilligung stets zu einer vergütungsfreien Nutzung führt. Der Rechtsinhaber steht damit schlechter, als bei der extensiven Anwendung vergütungspflichtiger Schranken stünde.⁷⁴

Neben der Einwilligung bietet sich als weiteres Notventil die enge Auslegung der Verbotsrechte an, welche methodisch ebenfalls weniger Probleme aufwirft als die enge Auslegung der Schranken. Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung *Gies-Adler* auf diese Möglichkeit in der gebotenen Deutlichkeit hingewiesen.⁷⁵

IV. Schranken der Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft

Die Frage nach den Grenzen der Auslegung und Fortbildung von Schrankenbestimmungen ist heute nicht mehr allein mit Blick auf das nationale Recht zu beantworten. Vielmehr gilt es den europäischen Bezugsrahmen, die Richtlinie 2001/29 zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft,⁷⁶ zu beachten.

1. Regelungsstruktur der Richtlinie

Die Regelungsstruktur der Richtlinie ähnelt auf den ersten Blick derjenigen des

⁷⁰ BGH GRUR 2003, 958 – *Paperboy*.

⁷¹ OLG Hamburg GRUR 2001, 831 – *Roche Lexikon Medizin*.

⁷² BGHZ 174, 359 – *Drucker und Plotter*.

⁷³ BGH GRUR 2009, 53 – *PC*.

⁷⁴ So auch dezidiert *Joachim von Ungern-Sternberg*, Anm. zu BGH *Drucker und Plotter* GRUR 2008, 247, 249.

⁷⁵ Siehe BGH GRUR 2003, 956, 957 – *Gies-Adler*. „Bei der Anwendung des Urheberrechtsgesetzes ist es namentlich Aufgabe der Gerichte, bei der *Bestimmung der Verwertungsbefugnisse der Urheber* (Hervorhebung vom Verf.) und bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen die verfassungsrechtlich verbrieften Interessen der Nutzerseite angemessen zu berücksichtigen.“

⁷⁶ Siehe supra Fn. 4.

deutschen Urheberrechtsgesetzes. Auf der einen Seite stehen weit formulierte Verwertungsrechte, welche bereits ihrem Wortlaut nach eine dynamische Interpretation nahelegen. Dies gilt insbesondere für das Vervielfältigungsrecht in Art. 2 Abs. 1 („die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise“) und die Verbreitung in Art. 4 Abs. 1 („die Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise“). Erwägungsgrund 20 lässt zudem den Schluss zu, dass die Verwertungsrechte in Ergänzung zu bereits in anderen Richtlinien behandelten Verbotsrechten gedacht sind und bereits deswegen keine abschließende Regelung darstellen können.⁷⁷ Der EuGH verhält sich bislang allerdings zurückhaltend gegenüber einer weiten Auslegung oder richterrechtlichen Erweiterung der Verbotsrechte.⁷⁸

Dagegen stellt der Schranken katalog in Art. 5 Abs. 1 bis 4 gemäß Erwägungsgrund 32 eine „erschöpfende“ Aufzählung dar. Den Mitgliedstaaten ist es verwehrt, Ausnahmen und Beschränkungen jenseits der in der Richtlinie aufgeführten Einzeltatbestände anzuerkennen – sei es im Wege legislativer Maßnahmen oder im Wege der richterlicher Rechtsfortbildung.⁷⁹ An diesem Regelungsansatz dürfte auch eine Reform des Schranken katalogs im Sinne des „Grünbuchs zum Urheberrecht in der wissensbestimmten Wirtschaft“ aus dem Jahr 2008⁸⁰ kaum etwas ändern. Das Grünbuch beschränkt sich auf eine Diskussion von Einzelfragen bereits vorhandener oder denkbarer neuer Tatbestände in Art. 5, ohne den bisherigen Regelungsansatz grundsätzlich in Frage zu stellen.⁸¹

⁷⁷ Vgl. Dreier/Hugenholtz-Bechtold, Concise European Copyright Law, Alphen aan den Rijn 2006, S. 363.

⁷⁸ Siehe EuGH, 17.04.2008, Rs. C-456/06, Slg. 2008 I, 2731 – *Peek & Cloppenburg/Cassina* (Rn. 38 f): „Daher ist es nicht Sache des Gerichtshofs, zu Gunsten der Urheber neue Rechte zu schaffen, die in der Richtlinie 2001/29/EG nicht vorgesehen sind, und demnach die Bedeutung des Begriffs der Verbreitung des Originals eines Werks oder eines Vervielfältigungsstücks davon über die vom Gemeinschaftsgesetzgeber vorgesehene Bedeutung hinaus zu erweitern. Es wäre Sache des Gemeinschaftsgesetzgebers, gegebenenfalls die Gemeinschaftsvorschriften zum Schutz des geistigen Eigentums zu ändern, wenn er der Auffassung wäre, dass der Urheberschutz durch die geltenden Vorschriften nicht auf einem hinreichend hohen Niveau gewährleistet ist (...).“ Ob man hieraus mit dem Bundesgerichtshof (BGH, GRUR 2009, 840 - *LeCorbusier-Möbel II*) den Schluss ziehen muss, auch den Mitgliedstaaten sei ein höheres Schutzniveau verwehrt, erscheint allerdings als fraglich. Die Konsequenz wäre, dass der offene Katalog der Verwertungsrechte in § 15 Abs. 2 und 3 UrhG in Teilen richtlinienwidrig wäre. Vgl. hierzu auch *Gernot Schulze*, Die Gebrauchsüberlassung von Möbelimitaten - Besprechung zu BGH „Le-Corbusier-Möbel II“, GRUR 2009, 812 ff.

⁷⁹ Dreier/Hugenholtz-Bechtold (supra Fn. 77), S. 369.

⁸⁰ Supra Fn. 8.

⁸¹ Allenfalls Frage 3 des Grünbuchs (S. 6) lädt zu einer Überprüfung des Regelungsansatzes ein. Vgl. hierzu die

2. Spielraum bei der Anwendung der Richtlinie?

Dies wirft die Anschlussfrage auf, welcher Spielraum bei der Auslegung der Richtlinienbestimmung verbleibt bzw. ob eine Rechtsfortbildung auf der Ebene des europäischen Rechts denkbar ist. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass einige der europäischen Schrankenbestimmungen deutlich weiter und offener formuliert sind als ihre deutschen Umsetzungsvorschriften. Dies gilt beispielsweise für Art. 5 Abs. 3 lit. a) der Richtlinie, welcher auch eine „öffentliche Wiedergabe“ zur Veranschaulichung im Unterricht gestattet und damit weiter gefasst ist als § 52a UrhG, der sich – wie oben aufgezeigt – nur auf bestimmte E-Learning-Angebote bezieht.⁸² Ein weiteres Beispiel bietet die Vorschrift zu Pressespiegeln in Art. 5 Abs. 3 lit. c). Allerdings gibt es auch in der Richtlinie bedenklich eng gefasste Schrankenregelungen; dies betrifft insbesondere die einzig zwingend vorgeschriebene Schranke zu ephemeren Kopien in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie, welche vom deutschen Gesetzgeber quasi wortgleich in § 44a UrhG übernommen worden ist. Die Kritik an der verunglückten Regelung richtet sich deswegen vor allem an den Richtliniengeber. Dies sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass einige Bestimmungen in Art. 5 durchaus mehr Spielraum lassen als die deutschen Regelungen. Solange sich nationale Rechtsfortbildungen in diesem Rahmen bewegen, steht das europäische Recht nicht entgegen.

Größere Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob auf europäischer Ebene eine extensive Auslegung oder Rechtsfortbildung denkbar ist. Dies würde zugleich die Spielräume für die nationalen Institutionen erweitern. Die Rechtsfortbildung im Wege der Analogie oder auf Grundlage allgemeiner Rechtsgrundsätze gehört zu den gängigen Hilfsmitteln der europäischen Gerichte.⁸³ Die zahlreichen Lücken im *acquis communautaire* lassen den Gerichten oft keine andere Wahl, wollen sie nicht die von ihnen verlangte Entscheidung mangels Rechtsgrundlage verweigern. Allerdings geht

durchaus kritischen Anmerkungen in den Eingaben der British Library (S. 6), des GRUR e.V. (S. 6), des IviR (S. 3) oder des Aktionsbündnisses „Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft“ (S. 3), alle abrufbar unter ec.europa.eu/internal_market/copyright/copyright-info/copyright-info_de.htm#greenpaper.

⁸² Art. 3 der Richtlinie und der hierauf bezogene Art. 5 Abs. 3 lit. a) umfassen nicht jede öffentliche Wiedergabe im Sinne des § 15 Abs. 2 UrhG, insbesondere nicht die öffentliche Wiedergabe vor einem Publikum, das am Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung hat, anwesend ist, vgl. *Michel M. Walter*, Europäisches Urheberrecht, Wien 2001, S. 1050; *Dreier/Hugenholtz-Bechtold* (supra Fn. 77), S. 360.

⁸³ Vgl. *Axel Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen 2009, S. 395 ff. u. 450 ff. m.w.N.

auch der Europäische Gerichtshof von der *Maxime exceptiones sunt strictissimae interpretationis* aus.⁸⁴ Hiervon weichen die Richter jedoch im Einzelfall ab, wenn der *effet utile* oder andere wichtige Gründe eine weniger strikte Auslegung erfordern. Einige der Beispiele sind berühmt. So erweitere der Gerichtshof in der Entscheidung *Cassis de Dijon* die abschließend aufgezählten Rechtfertigungsgründe für Ausnahmen von der Warenverkehrsfreiheit über den Wortlaut von Art. 30 EG hinaus – dies freilich kaschiert durch die Annahme immanenter Schranken der Warenverkehrsfreiheit.⁸⁵ Eine solche erweiternde Anwendung von Ausnahmebestimmungen findet sich nicht nur im Primärrecht, sondern durchaus auch bei der Anwendung von Richtlinien.⁸⁶

Die Hoffnungen der Nutzer auf eine entwicklungs offene Interpretation der Urheberrechtsschranken haben unlängst einen empfindlichen Dämpfer erhalten. In der im August 2009 ergangenen Entscheidung *Infopaq* bezog der Europäische Gerichtshof eine deutlich restriktive Linie hinsichtlich Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29:⁸⁷

„Für die Auslegung der einzelnen Voraussetzungen ist sodann daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung die Bestimmungen einer Richtlinie, die von einem in dieser Richtlinie aufgestellten allgemeinen Grundsatz abweichen, eng auszulegen sind (...). Dies ist bei der Ausnahme des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 der Fall, weil es sich dabei um eine Abweichung vom in dieser Richtlinie aufgestellten allgemeinen Grundsatz – dem Erfordernis einer Zustimmung des Inhabers des Urheberrechts für die jeweilige Vervielfältigung eines geschützten Werkes – handelt.“⁸⁸

Schützenhilfe des Europäischen Gerichtshofs sollten die Nutzer von urheberrechtlich geschützten Inhalten in nächster Zeit also nicht erwarten. Ausnahmslose Befolgung verlangt der Grundsatz der engen Auslegung – wie bereits

⁸⁴ Siehe hierzu und zum Folgenden *Stefan Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Tübingen 2001, S. 371 ff.

⁸⁵ EuGH, 30.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – *Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* („*Cassis de Dijon*“) (Rn. 8).

⁸⁶ EuGH, 22.03.1983, Rs. 88/82, Slg. 1983, 1061 – *Amministrazione delle finanze/Leonelli* (Rn. 10).

⁸⁷ EuGH, 16.07.2009, Rs. C-05/08 – *Infopaq International AS/Danske Dagblades Forening* (noch nicht in der aml. Slg. erschienen).

⁸⁸ A.a.O., Rn. 56 f.

ausgeführt – freilich nicht. Insofern bleibt die vage Hoffnung, dass sich der Gerichtshof im Hinblick auf technische und wirtschaftliche Neuerungen bei den Nutzungsmöglichkeiten zu einer nutzerfreundlichen Lesart durchringen möge. Dem stünde – entgegen der Annahme des Gerichtshofs⁸⁹ – auch der Dreistufentest in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie nicht entgegen.⁹⁰

V. „Fair use“ als Regelungsalternative?

In Anbetracht der unbefriedigenden Regelungsstruktur der geschlossenen Schrankenkataloge in §§ 44a ff. UrhG und Art. 5 der Richtlinie 2001/29 kann es kaum verwundern, dass der Ruf nach einer Übernahme der flexiblen Generalklausel des US-amerikanischen Urheberrechts heute vermehrt zu vernehmen ist.⁹¹

1. „Fair use“ im US-Urheberrecht – eine Skizze

Natürlich kann es nicht Aufgabe dieses Beitrags sein, ein Gesamtbild der Entwicklung der „fair use“-Doktrin im US-Urheberrecht zu zeichnen. Die Idee einer Beschränkung der urheberrechtlichen Verbotsrechte bei „fairen“ Benutzungshandlungen, insbesondere im nicht-kommerziellen Bereich und bei der kreativen Nutzung vorbestehender Werke („transformative use“), ist älter als der Copyright Act von 1976,⁹² hat dort mittlerweile aber in § 107 („Limitations on Exclusive Rights: Fair Use“) seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden.⁹³

Eine kurze Auswahl besonders wichtiger Entscheidungen aus den letzten 25 Jahren

⁸⁹ A.a.O., Rn. 58.

⁹⁰ Dies betont zu Recht die von *Geiger, Hilty, Griffiths* und *Suthersanen* initiierte „Declaration – A Balanced Interpretation of the „Three-Step-Test“ in Copyright Law“, abrufbar unter <www.ip.mpg.de>.

⁹¹ Siehe etwa *Förster* (supra Fn. 14), S. 220-22; *P.B. Hugenholtz* u.a., *The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy*, <www.ivir.nl/publications/other/IViR_Recast_Final_Report_2006.pdf>, S. 66; *Thomas Hoeren*, *Urheberrecht in der Informationsgesellschaft*, GRUR 1997, 866, 871.

⁹² Eingehend *Förster* (supra Fn. 14), S. 17-18 m.w.N.

⁹³ „§ 107 Limitations on exclusive rights: Fair use
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. (...)“

zeigt die Bandbreite der Anwendungsfelder des „fair use“-Grundsatzes und die dadurch gewonnene Entwicklungsoffenheit der Nutzerrechte im US-Urheberrecht. In *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. (BETAMAX)*⁹⁴ erklärte der Supreme Court den Vertrieb von Videorekordern an Endverbraucher für zulässig. Während Universal vor allem auf die wirtschaftlichen Auswirkungen des „time shifting“ verwies, insbesondere die reduzierten Werbeeinnahmen bei verringerten Zuschauerzahlen während der Ausstrahlung sowie die Auswirkungen auf den Mietmarkt für Videokassetten (Faktor § 107 Nr. 4), konnte Sony mit dem Argument durchdringen, dass die Verbraucher die Fernsehsendungen bzw. ihre Aufzeichnungen nicht kommerziell nutzen (Faktor § 107 Nr. 1) und dadurch auch den Hersteller der Geräte nicht die Teilnahme an einer Urheberrechtsverletzung vorgeworfen werden kann. Die Entscheidung erging mit 5 gegen 4 Stimmen denkbar knapp. In *Sega Enterprises v. Accolade, Inc.*⁹⁵ kam der US Court of Appeal for the Ninth Circuit auf Grundlage der „fair use“-Doktrin zum Ergebnis, dass die Dekompilierung eines Computerprogramms keine Urheberrechtsverletzung darstellt, wenn die beklagte Herstellerin von Computerspielen nur auf diese Weise die Kompatibilität der Spiele mit der Spielkonsole der Klägerin herstellen kann. Die Dekompilierung sei als solche nicht kommerziell motiviert, sondern diene zunächst Versuchszwecken und sei zudem transformativ (Faktor § 107 Nr. 1). Die vollständige Dekompilierung des Programms sei mit Faktor § 107 Nr. 3 vereinbar, wenn sie lediglich vorübergehender Natur ist. Auch sei Faktor § 107 Nr. 4 nicht betroffen, weil es alleine um den Wettbewerb auf angrenzenden Märkten geht. In *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*⁹⁶ erklärte der Supreme Court die Parodie einer Rapband über das Roy Orbison-Stück „Pretty Woman“ trotz des letztlich kommerziellen Zwecks für zulässig, weil gerade bei einem „transformative use“ das Kriterium der nicht-kommerziellen Nutzung (Faktor § 107 Nr. 1) nicht allein entscheidend sein könne. Dagegen wurde in der Entscheidung *A & M Records, Inc., v. Napster, Inc.*⁹⁷ es als nicht mehr von der „fair use“-Doktrin gedeckt angesehen, wenn Nutzer durch „peer-to-peer“-Filesharing die Kosten für den Erwerb von Musik oder Filmen einsparen.

⁹⁴ *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) (BETAMAX).

⁹⁵ *Sega Enterprises v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510 (9th Cir. 1992).

⁹⁶ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

⁹⁷ *A & M Records, Inc., v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001).

Entsprechende Nutzungsformen seien wegen der Kostenersparnis kommerziell im Sinne des Faktors § 107 Nr. 1, der Anbieter der Software hafte für die Urheberrechtsverletzung der Nutzer. Die gegenwärtig in Deutschland streitige Frage nach der Zulässigkeit der Darstellung von „thumbnails“, also stark verkleinerten Abbildungen in den Ergebnislisten von Suchmaschinen, wurde vom US Court of Appeal for the Ninth Circuit bereits 2003 in der Entscheidung *Kelly v. Arriba Soft Corp.*⁹⁸ als „fair use“ eingestuft; die Nutzung durch den Beklagten sei zwar kommerziell, aber „transformative“, so dass der Faktor § 107 Nr. 1 zugunsten des Beklagten zu bewerten sei. Das Gericht bestätigte diese Linie im Jahr 2007 für die Google Bildersuche in *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*⁹⁹

2. Relative Rechtssicherheit trotz Entwicklungsoffenheit

Was ergibt sich als vorläufiges Fazit aus der dargestellten Rechtsprechung der US-Obergerichte? Erstens ist festzuhalten, dass der generalklauselartige Charakter der Vorschrift den Gerichten gestattet, auf neue technische und wirtschaftliche Nutzungsformen mit der notwendigen Flexibilität zu reagieren. Die Einordnung von Videorekordern oder Bildersuchmaschinen als „fair use“ überzeugt dabei ebenso wie die Erlaubnis zur Dekompilierung von Computerprogrammen, sofern dies zur Herstellung der Interoperabilität erforderlich ist. Zweitens muss die Einführung einer Generalklausel nicht zwangsläufig in einen Zustand der völligen Rechtsunsicherheit führen. Die Gerichte wägen die Faktoren des § 107 nicht frei ab, sondern greifen auf die üblichen Methoden des „case law“ zurück. Die „ratio decidendi“ älterer Entscheidungen wird in der Regel befolgt, das „obiter dictum“ immerhin beachtet. Abweichungen im Sachverhalt können eine „distinction“ und damit eine abweichende Entscheidung rechtfertigen. Auch ist ein „overruling“ nicht ausgeschlossen.¹⁰⁰ Vergleicht man diese Methode mit den zahlreichen Unwägbarkeiten, welche sich bei der Anwendung des geschriebenen Rechts in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ergeben, so erscheint der Grad an Rechtssicherheit für die Beteiligten nur graduell geringer zu sein.

⁹⁸ *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003).

⁹⁹ *Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, 487 F.3d., 701 (9th Cir. 2007).

¹⁰⁰ Zur Bedeutung und Methode des „common law“ im US-Recht siehe *Mehin A. Eisenberg*, *The Nature of the Common Law*, Cambridge/Mass. 1988, S. 50 ff.

Wie die Kontroverse um den Dienst „Google Book Search“ zeigt,¹⁰¹ befördert die Offenheit des Schrankensystems allerdings auch die Strategie der vollendeten Tatsachen. Der „fair use“-Grundsatz bietet finanzkräftigen Nutzern von urheberrechtlich geschützten Werken ideale Voraussetzungen, ihre Dienste bis zur endgültigen gerichtlichen Entscheidung am Markt durchzusetzen und auf diese Weise die wirtschaftliche Position der Rechtsinhaber zu schwächen.

VI. Ergebnisse

Der Interessenausgleich im Urheberrecht ist in den letzten Jahren zusehends in eine Schieflage geraten. Während die Verwertungsrechte entwicklungs offen gestaltet sind, so dass neue Nutzungsformen von den Verbotsrechten der Urheber und Verwerter umfasst sein können, ohne dass es der Initiative des Gesetzgebers bedarf, sind die Schranken kataloge in Deutschland und Europa abschließend geregelt. Die Gerichte behandeln die Schrankenbestimmungen als Ausnahmen von der Regel und neigen zu einer restriktiven Interpretation. Dieser einseitige Regelungsansatz steht im Widerspruch zu den Erkenntnissen der ökonomischen Analyse, den individualistischen Urheberrechtstheorien und dem verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleich zwischen den Eigentumsrechten der Urheber bzw. Verwerter und dem Allgemeininteresse im Sinne der Sozialbindung des geistigen Eigentums. Dort wo den Schranken die nötige Flexibilität fehlt, greifen die Gerichte notgedrungen auf die konkludente Einwilligung der Rechtsinhaber oder andere Notventile zurück, um bestimmte Nutzungen letztlich doch als urheberrechtskonform zu behandeln.

Dieser Befund wirft die Anschlussfrage auf, wie eine Flexibilisierung der Schrankenbestimmungen erreicht werden kann. Hier hilft der vergleichende Blick in das US-amerikanische Urheberrecht. Der „fair use“-Grundsatz gestattet eine flexible Anpassung der Schranken an neuartige Nutzungsformen, dies allerdings auf Kosten der Rechtssicherheit. Das künftige europäische und deutsche Urheberrecht sollte das Beste aus beiden Welten verbinden. Dies könnte etwa mittels einer Ergänzung der bisherigen gesetzlichen Schrankenbestimmungen durch eine „kleine Generalklausel“

¹⁰¹ Siehe hierzu <www.googlebooksettlement.com> sowie zuletzt *Jens Adolphsen/Martina Mutz*, Das Google Book Settlement, GRUR Int. 2009, 789 ff. Der Vergleich ist von verschiedenen Seiten, u.a. auch vom US Justizministerium, scharfer Kritik ausgesetzt, so dass es zum gegenwärtigen Zeitpunkt als unwahrscheinlich gelten muss, dass der Vergleich in dieser Form ausgeführt werden wird, vgl. den Beschluss des US District Court for the Southern District of New York v. 24.09.2009, abrufbar unter der o.g. URL.

erreicht werden, die sich am Dreistufentest ausrichtet.¹⁰² Denkbar wäre auch, die Schrankenataloge ausdrücklich als nicht abschließende Aufzählungen auszuweisen.¹⁰³ Zunächst judikativ anerkannte Schrankenbestimmungen, die sich zu einer ständigen Rechtsprechung verfestigt haben, sollten allerdings später in das Gesetzesrecht übernommen werden, um die Rechtssicherheit für die Beteiligten zu erhöhen. Ein solches Zusammenspiel von legislativer Rechtssetzung und richterlicher Rechtsfortbildung wäre keineswegs revolutionär, sondern entspräche dem Normalfall der Gesetzesanwendung und -fortbildung in Deutschland und Europa. Auf diese Weise würde die dringend erforderliche „Waffengleichheit“ zwischen den verschiedenen Interessengruppen wieder hergestellt. Sowohl Rechtsinhaber als auch Nutzer könnten dann auf eine legislative und judikative Fortentwicklung des Rechts hinwirken.

Festzuhalten bleibt damit als Fazit, dass die Regelungsstruktur der Schranken in Europa dringend auf den Prüfstand gehört. Bis zum einem Tätigwerden der Gesetzgeber müssen die bereits de lege lata vorhandenen Spielräume dringend genutzt werden, um den Interessenausgleich im Urheberrecht zu wahren.

¹⁰² So Förster (supra Fn. 14), S. 221 f.

¹⁰³ So Hugenholtz u.a. (supra Fn. 91), S. 75, die für eine Streichung von Erwägungsgrund 32 der Richtlinie 2001/29 (supra Fn. 4) plädieren. Ähnlich im Ergebnis auch Jan Poepfel, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005, S. 510 f.