

C. Der Dreistufentest

Im Rahmen der Konferenz zur Revision der Berner Übereinkunft in Stockholm im Jahr 1967 wurde der sogenannte Dreistufentest als Kompromissformel, die im Grunde zwei entgegengesetzte Aufgaben erfüllen sollte, in das internationale Urheberrecht eingeführt. Einerseits sollte durch seine Einführung der Weg für die erstmalige formale Anerkennung eines allgemeinen und umfassenden Vervielfältigungsrechts *iure conventionis* geebnet werden, ohne jedoch dieses weit angelegte Exklusivrecht schutzlos den vielfältigen nationalen Schrankenbestimmungen preiszugeben, die zur damaligen Zeit bereits bestanden.¹⁴⁶⁹ Daher wurde dem schließlich in Art. 9 Abs. 2 RBÜ kodifizierten Dreistufentest die Funktion übertragen, Beschränkungen des in Art. 9 Abs. 1 RBÜ gewährten Vervielfältigungsrechts zu begrenzen.¹⁴⁷⁰ Andererseits sollte der Befürchtung vieler Mitgliedstaaten der Berner Union Tribut gezollt werden, die neu zu schaffende Bestimmung könne den Freiraum der nationalen Gesetzgeber für die Berücksichtigung berechtigter sozialer, kultureller und ökonomischer Belange zu sehr einengen. Dies sollte durch die Wahl eines offenen, durch unbestimmte Rechtsbegriffe geprägten Wortlauts der Regelung gewährleistet werden.¹⁴⁷¹ Auch bei der späteren Einfügung beziehungsweise Übernahme des Dreistufentests in das TRIPS-Übereinkommen und in die WIPO-„Internet Treaties“ WCT und WPPT blieb diese Grundkonzeption ausdrücklich unangetastet. Der Dreistufentest wurde als eine Art Materialisierung des in der RBÜ erreichten Schutzstandards begriffen¹⁴⁷² und seine Interpretation sollte ausdrücklich der gängigen Auslegung des Art. 9 Abs. 2 RBÜ folgen.¹⁴⁷³

1469 Ausführlich zu den Verhandlungen zur Einführung des Dreistufentests *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright I, 13.03-13.09; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 47 ff. Speziell zu den unterschiedlichen nationalen Schrankenregelungen zur damaligen Zeit *Senfileben*, a.a.O., S. 52 ff.

1470 Siehe *Senfileben*, Three-Step Test, S. 52.

1471 Vgl. zum Ganzen *WIPO*, Records of the IP Conference at Stockholm, S. 113, 857 und 883 ff. sowie *Geiger*, e-Copyright Bulletin 2007, S. 3; *Ricketson*, IPQ 1999, 56 (69).

1472 Vgl. GATT-Dokumente MTN.GNG/NG11/W/17/Add. 1, S. 6, und MTN.GNG/NG11/W/14/Rev. 1, S. 8. Vgl. *Reinbothe*, GRUR Int. 1992, 707 (711).

1473 Vgl. WIPO-Dokumente CRNR/DC/4, § 12.05, und CRNR/DC/5, § 13.04, abrufbar unter: <http://www.wipo.org> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

Die enge Verknüpfung aller internationalen Kodifikationen des Dreistufentests wird auch durch deren nahezu identischen Wortlaut verdeutlicht: Nach Art. 9 Abs. 2 RBÜ ist es der Gesetzgebung der Verbandsländer vorbehalten, „*die Vervielfältigung in gewissen Sonderfällen unter der Voraussetzung zu gestatten, dass eine solche Vervielfältigung weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt*“. Diese Formulierung wurde in Art. 13 TRIPS fast wörtlich übernommen;¹⁴⁷⁴ jedoch wurde der in der RBÜ nur das Vervielfältigungsrecht betreffende Dreistufentest horizontal auf alle Verwertungsrechte erstreckt und damit zu einer allgemeinen, für alle Beschränkungen der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte geltenden Regelung erweitert.¹⁴⁷⁵ Die WIPO-„Internet Treaties“ enthalten in Art. 10 WCT beziehungsweise Art. 16 WPPT ebenfalls generelle, für sämtliche Verwertungsrechte geltende Schrankenregelungen nach diesem Muster. Schließlich wurde auch in Art. 5 Abs. 5 der InfoSoc-Richtlinie 2001/29/EG der Dreistufentest fast wortgleich eingeführt und so die Kontinuität unterstrichen, in der die neue Bestimmung steht.¹⁴⁷⁶ Trotz der Ähnlichkeit zwischen den konventionsrechtlichen Ausformungen des Dreistufentests und seiner Kodifizierung in der Richtlinie 2001/29/EG ergeben sich dennoch grundlegende Unterschiede hinsichtlich der Bedeutung und Wirkung des Dreistufentests. Auf diese soll im Folgenden eingegangen werden.

1. Funktion und Wirkung des konventionsrechtlichen Dreistufentests

Der Dreistufentest wurde, wie zuvor dargestellt, als Kompromissformel in das Konventionsrecht aufgenommen. Zum einen stellt der Test eine Vorgabe für die Ausgestaltung von urheberrechtlichen Schranken dar, die weit genug formuliert sein sollte, um allen bestehenden, mehr oder weniger weit reichenden nationalen Beschränkungen (im Rahmen der RBÜ zu-

1474 Art. 13 TRIPS lautet: „Die Mitglieder begrenzen Beschränkungen und Ausnahmen von ausschließlichen Rechten auf *bestimmte* Sonderfälle, die weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des *Rechtsinhabers* unzumutbar verletzen.“ [Hervorhebungen durch den Verfasser].

1475 Bornkamm, in: FS Erdmann, S. 29 (39).

1476 Vgl. Bornkamm, in: FS Erdmann, S. 29 (44).

nächst nur des Vervielfältigungsrechts) in den Verbandsstaaten – unabhängig von deren Regelungstechnik – Rechnung zu tragen, ohne Gesetzesänderungen notwendig zu machen. Zugleich sollten die Rechte der Urheber durch das Aufstellen einer Schranken-Schranke vor einer weiteren Aushöhlung geschützt werden.¹⁴⁷⁷ Adressat des konventionsrechtlichen Dreistufentests ist stets der nationale Gesetzgeber der Vertragsstaaten.¹⁴⁷⁸ Dessen Gestaltungsfreiheit bei der Ausgestaltung der Schranken des Urheberrechts wird durch den Dreistufentest eingeschränkt. Schranken dürfen demnach nur für gewisse/bestimmte Sonderfälle unter der Voraussetzung vorgesehen werden, dass weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzt werden. Neben dieser kompetenzbegrenzenden Funktion für den Gesetzgeber kommt dem konventionsrechtlichen Dreistufentest jedoch eine weitere entscheidende Funktion zu: Auch bei der Anwendung des Urheberrechtsgesetzes durch die nationalen Gerichte ist seinen Anforderungen Rechnung zu tragen. Da das inländische Urheberrecht nach allgemeiner Meinung konventionsfreundlich auszulegen ist, ist dem Dreistufentest der entscheidende Maßstab für die Anwendung der einschlägigen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes zu entnehmen.¹⁴⁷⁹

II. Funktion und Wirkung des gemeinschaftsrechtlichen Dreistufentests

Art. 5 Abs. 5 der InfoSoc-Richtlinie hat den Wortlaut des Dreistufentests der RBÜ fast wortgleich übernommen und unterstreicht so die Kontinuität, in der die Regelung steht.¹⁴⁸⁰ Dennoch geht seine Wirkung weit über diejenige des konventionsrechtlichen Dreistufentests hinaus. Zum einen gilt der gemeinschaftsrechtliche Dreistufentest in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie abweichend von Art. 9 Abs. 2 RBÜ (aber ebenso wie Art. 13 TRIPS und Art. 10 WCT) nicht lediglich für das Vervielfältigungsrecht, sondern

1477 Vgl. Geiger, EIPR 2007, 29(12), 486 (487) m.w.N.

1478 Vgl. die einleitende Formulierung der einzelnen Regelungen: Art. 9 Abs. 2 RBÜ: „It shall be a *matter for legislation* in the countries of the Union to permit ...“; Art. 13 TRIPS: „Members shall *confine* limitations or exceptions to exclusive rights to ...“; Art. 10 WCT: „Contracting Parties may, in their *national legislation*, provide for ...“ [Hervorhebungen durch den Verfasser].

1479 Vgl. BGHZ 141, 13 (34) – *Kopienversanddienst*; sowie oben Fn. 1331 und 1333.

1480 Vgl. Bornkamm, in: FS Erdmann, S. 29 (44).

bezieht sich auf alle durch die Artikel 2 bis 4 der InfoSoc-Richtlinie harmonisierten Verwertungsrechte. Zudem wird nicht lediglich auf die Urheber und deren berechnigte Interessen abgestellt, sondern es werden alle Rechteinhaber erfasst. Anders als im Konventionsrecht stellt der Dreistufentest in der InfoSoc-Richtlinie allerdings keine eigenständige Ermächtigung zur Einschränkung dieser Verwertungsrechte dar. Er fußt vielmehr ausweislich seines Wortlauts auf den in Art. 5 Abs. 1 bis 4 InfoSoc-RL abschließend aufgezählten Schrankenbestimmungen, die er als zusätzliche Schranken-Schranke begrenzt.¹⁴⁸¹ Ebenso wie der konventionsrechtliche Dreistufentest wirkt auch Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL somit als Kompetenzbegrenzung für den Gesetzgeber bei der Schaffung und Ausgestaltung urheberrechtlicher Schranken im Rahmen der Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 bis 4 InfoSoc-RL. So ist der europäische Gesetzgeber seiner völkerrechtlichen Verpflichtung¹⁴⁸² nachgekommen, die Schrankenbestimmungen im europäischen Recht im Einklang mit den Vorgaben des TRIPS-Übereinkommens und der WIPO-„Internet Treaties“ auszugestalten.¹⁴⁸³

Neben der begrenzenden Wirkung für den Gesetzgeber könnte dem gemeinschaftsrechtlichen Dreistufentest jedoch eine weitere, über die Tragweite seiner konventionsrechtlichen Ausformung hinausgehende Wirkung zukommen: Anders als im Konventionsrecht, das stets die Gesetzgeber der Vertragsparteien als Adressaten des Dreistufentests kennzeichnet,¹⁴⁸⁴ wird der Adressat des Dreistufentests in der InfoSoc-Richtlinie nicht ausdrücklich benannt. Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL regelt vielmehr nur, dass die in dessen Absätzen 1 bis 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen nur unter den Voraussetzungen des Dreistufentests *angewandt* werden dürfen. Es liegt somit nahe, die Norm nicht als reine Anweisung an den Gesetzgeber zu verstehen, sondern dieser zusätzlich einen Auftrag an den Rechtsanwender zu entnehmen. Auch der Wortlaut des Erwägungsgrundes 44 der Richtlinie stützt diese Ansicht, da ausdrücklich auf die *Anwen-*

1481 Vgl. Bayreuther, ZUM 2001, 828 (839); Bornkamm, in: FS Erdmann, S. 29 (44); Heide, EIPR 1999, 21(3), 105 (108); Schack, Urheberrecht, Rn. 535; Westkamp, 56 J. Copyright Soc'y U.S.A. 1, 25 (2008).

1482 Die EU ist sowohl Vertragspartei des TRIPS-Übereinkommens als auch der WIPO-„Internet Treaties“; vgl. oben 6. Kapitel, A.VII. und VIII.

1483 Vgl. Bayreuther, ZUM 2001, 828 (839); Bornkamm, in: FS Erdmann, S. 29 (44); Geiger, e-Copyright Bulletin 2007, S. 3; Reinbothe, ZUM 1998, 429 (434 f.); ders., GRUR Int. 2001, 733 (740).

1484 Vgl. oben Fn. 1475.

dung der Ausnahmen und Beschränkungen abgestellt wird.¹⁴⁸⁵ Ein solches Verständnis des gemeinschaftsrechtlichen Dreistufentests birgt jedoch dann ein nicht unerhebliches Risiko in sich, wenn man der Richtlinie einen *unmittelbaren* Auftrag an den Rechtsanwender entnehmen wollte.¹⁴⁸⁶ Die gesetzgeberische Entscheidung hinter einzelnen Schranken des Urheberrechts wäre so ständig durch die Einzelfallüberprüfung der Vereinbarkeit mit dem Dreistufentest durch die Gerichte in Frage gestellt,¹⁴⁸⁷ was

-
- 1485 Erwägungsgrund 44 der Richtlinie 2001/29/EG lautet: „Bei der Anwendung der Ausnahmen und Beschränkungen im Sinne dieser Richtlinie sollten die internationalen Verpflichtungen beachtet werden. Solche Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nicht auf eine Weise angewandt werden, dass die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber verletzt werden oder die normale Verwertung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände beeinträchtigt wird. Die von den Mitgliedstaaten festgelegten Ausnahmen oder Beschränkungen sollten insbesondere die gesteigerte wirtschaftliche Bedeutung, die solche Ausnahmen oder Beschränkungen im neuen elektronischen Umfeld erlangen können, angemessen berücksichtigen. Daher ist der Umfang bestimmter Ausnahmen oder Beschränkungen bei bestimmten neuen Formen der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände möglicherweise noch enger zu begrenzen.“ [Hervorhebungen durch den Verfasser].
- 1486 So aber *Cohen Jehoram*, in: FS Schricker II, S. 249 (258); *ders.*, EIPR 2005, 27(10), 359 (364); *ders.*, EIPR 2009, 31(8), 408 (409); *Geiger*, CRi 2005, 7 (11); *ders.*, IIC 2006, 74 (80); *ders.*, IIC 2006, 683 (689 f.); *ders.*, e-Copyright Bulletin 2007, S. 13 ff.; *ders.*, IIC 2008, 178 (194 ff.); *ders.*, EIPR 2008, 30(4), 121 (127); *Ghidini*, Innovation, Competition and Consumer Welfare, S. 112 f.; *Mazziotti*, EU Digital Copyright Law, S. 85 f.; *Oliver*, 25 Colum. J.L. & Arts 119, 139 (2002); *Senfileben*, Three-Step Test, S. 281.
- 1487 So geschehen in der Entscheidung des französischen *Cour de Cassation*, Urt. v. 28.2.2006, IIC 2006, 760 – *DVD Copy III*, in der das Gericht die private Kopie einer DVD als Beeinträchtigung der normalen Verwertung des geschützten Werkes ansah und daher die Schrankenregelung des Art. L.122-5 des *Code de la propriété intellectuelle* (CPI) zugunsten der Privatkopie für mit der zweiten Stufe des Dreistufentests unvereinbar erklärte. Das Gericht wandte den Dreistufentest an, obwohl zum Zeitpunkt der Entscheidung die InfoSoc-Richtlinie (und somit Art. 5 Abs. 5) in Frankreich noch nicht in nationales Recht umgesetzt war. Da allerdings die Umsetzungsfrist bereits abgelaufen war, sah sich das Gericht gezwungen, das nationale Recht im Einklang mit der Richtlinie anzuwenden. Ausführlich zur Entscheidung des *Cour de Cassation*, siehe die Besprechungen von *Geiger*, IIC 2006, 683; *Griffiths*, IPQ 2009, 428 (433 f.); *Ngombe*, EIPR 2007, 29(2), 61 und *Senfileben*, JIPITEC 2010, 67 (71). Siehe auch die Entscheidung der *Rechtbank Den Haag*, Urt. v. 25.6.2008, No. 246698, LJN BD5690 – *Thuiskopie*, in der das Gericht den Dreistufentest unmittelbar anwandte und zu dem Ergebnis kam, das Anfertigen privater Kopien von einer illegalen Vorlage sei mit dem Dreistufentest unvereinbar und könne daher

insbesondere vor dem Hintergrund der weiterhin uneinheitlichen Auslegung der Tatbestandsmerkmale und der Reichweite des Dreistufentests problematisch erscheint. Eine erhebliche Rechtsunsicherheit wäre die Konsequenz.¹⁴⁸⁸ So könnte etwa ein Nutzer nicht mit Sicherheit davon ausgehen, dass eine gesetzlich gewährte Ausnahme zu seinen Gunsten auch in einem Prozess Bestand hätte.¹⁴⁸⁹

Auch wenn der Wortlaut des Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL nahe legt, dass nicht ausschließlich der Gesetzgeber zur Beachtung des Dreistufentests angehalten werden soll, kann diese Ansicht letztlich nicht überzeugen. Eine Richtlinie stellt gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 3 EGV) stets ein an die nationalen Gesetzgeber gerichtetes Harmonisierungsinstrument dar, dem grundsätzlich ein unmittelbarer Auftrag an den Rechtsanwender nicht entnommen werden kann.¹⁴⁹⁰ Auch den Materialien zur InfoSoc-Richtlinie lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass eine unmittelbare Anwendbarkeit des Dreistufentests durch die nationalen Gerichte gewünscht gewesen wäre. Hätte der Richtliniengeber jedoch eine derart weitreichende Neuerung hinsichtlich der Wirkung des Dreistufentests bezweckt, so erscheint es wahrscheinlich, dass sich ausdrückliche Hinweise darauf zumindest in den Gesetzgebungsmaterialien finden würden.¹⁴⁹¹ Es erscheint daher überzeugender, dem Dreistufentest

nicht von der gesetzlichen Regelung des Art. 16c des niederländischen Urheberrechtsgesetzes (*Auteurswet*) erfasst sein. Bemerkenswert ist, dass das Gericht in diesem Fall zum einen eine detaillierte Analyse der einzelnen Tatbestandsmerkmale vermissen lässt, zum anderen nicht einmal offenbart, gegen welche der drei Stufen die fragliche Handlung nach seiner Auffassung verstößt; siehe dazu kritisch *Senfleben*, AMI 2009, 1 (3); *ders.*, JIPITEC 2010, 67 (70 f.).

1488 Vgl. *Brinkel*, Filesharing, S. 71; *Dusollier*, IRDI 2005, 212 (215); *Geiger*, EIPR 2007, 29(12), 486 (489); *ders.*, EIPR 2008, 30(4), 121 (127); *Ghidini*, Innovation, Competition and Consumer Welfare, S. 213; *Senfleben*, AMI 2009, 1 (3 f.).

1489 Vgl. etwa die Urteile des *Cour de Cassation*, IIC 2006, 760 – *DVD Copy III* und der *Rechtbank Den Haag*, Urt. v. 25.6.2008, No. 246698, LJN BD5690 – *Thuis-kopie*; siehe dazu bereits oben Fn. 1484.

1490 Vgl. *Wandtke/Bullinger/v. Welser*, Vor §§ 120 ff. Rn. 56 m.w.N.

1491 Siehe auch. *Hart*, EIPR 2002, 24(2), 58 (61), der darauf hinweist, dass die endgültige Formulierung des Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL („angewandt“) von der ursprünglich – in Anlehnung an Art. 6 Abs. 3 Computerprogramm-RL – vorgeschlagenen Formulierung abweicht. Der ursprüngliche Vorschlag lautete: „The exceptions and limitations provided for in paragraphs 1, 2 and 3 shall only be applied to certain specific cases and *shall not be interpreted* in such a way as to allow their application to be used in a manner which unreasonably prejudices

in seiner Ausformung durch die InfoSoc-Richtlinie einen *unmittelbaren* Auftrag an den Gesetzesanwender nicht zu entnehmen, sondern ihn als an die nationalen Gesetzgeber gerichtet anzusehen.¹⁴⁹² Dies bedeutet jedoch nicht, dass die nationalen Gerichte den Dreistufentest völlig unbeachtet lassen können. Bei der fraglichen Formulierung des Dreistufentests in der Richtlinie handelt es sich vielmehr letztlich um eine Klarstellung und Festschreibung der Verpflichtung der Gerichte zur Anwendung und Auslegung der nationalen Gesetze nach den etablierten Grundsätzen der richtlinienkonformen Auslegung.¹⁴⁹³ Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL verdeutlicht

the right holders' legitimate interests or conflicts with the normal exploitation of their works or other subject matter." [Hervorhebung durch den Verfasser]. Die Streichung der Formulierung „shall not be interpreted“ kann als Indiz dafür angesehen werden, dass der Richtliniengeber eine unmittelbare Anwendung des richtlinienrechtlichen Dreistufentests gerade nicht bezweckt hat.

- 1492 So auch *Bechtold*, in: Dreier/Hugenholtz, Concise Copyright, Information Society Dir., Art. 5 Rn. 6 b; *Berger*, CR 2004, 360 (364); *Brinkel*, Filesharing, S. 72; *Burrell/Coleman*, Copyright Exceptions, S. 298; *Dusollier*, IRDI 2005, 212 (216); *Hart*, EIPR 2002, 24(2), 58 (61); *Griffiths*, IPQ 2009, 428 (456); *Guntrum*, Zukunft der Privatkopie, S. 56; *Hugenholtz/Okediji*, Limitations and Exceptions, S. 18; *Koelman*, EIPR 2006, 28(8), 407 (408 f.); *Leistner*, CMLR 46 (2009), 847 (852); v.*Lewinski/Walter*, in: Walter/v.Lewinski, European Copyright Law, 11.5.78; *Westkamp*, 56 J. Copyright Soc'y U.S.A. 1, 26 f. (2008).
- 1493 Es kommt dabei nicht darauf an, ob die mitgliedstaatlichen Vorschriften vor oder nach der Richtlinie erlassen wurden. Das Gebot richtlinienkonformer Auslegung betrifft zwar typischerweise Gesetze, die die Richtlinie umsetzen (vgl. BGH, GRUR 2007, 691 (692) – *Staatsgeschenk*), erfasst wird aber auch das sonstige mitgliedstaatliche Recht; st. Rspr. des EuGH, siehe EuGH, Urt. v. 14.7.1994, C-91/92, Slg. 1994, I-3325 = NJW 1994, 2473 – *Paola Faccini Dori*; Urt. v. 7.3.1996, C-192/94, Slg. 1996, I-1281 = NJW 1996, 1401 – *El Corte Inglés*. Der Gerichtshof formuliert in seiner ELOG-Entscheidung (Urt. v. 4.7.2006, C-212/04, Slg. 2006, I-6057 = NJW 2006, 2465 – *Konstantinos Adeneler u.a./Ellinikos Organismos Galaktos [ELOG]*) unmissverständlich: „Es ist daran zu erinnern, dass die nationalen Gerichte bei der Anwendung des innerstaatlichen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zweckes der fraglichen Richtlinie auslegen müssen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Artikel 249 Absatz 3 EG nachzukommen. Diese Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung betrifft das gesamte nationale Recht, unabhängig davon, ob es vor oder nach der Richtlinie, um die es geht, erlassen wurde.“ Umfassend zur richtlinienkonformen Auslegung, siehe statt vieler *Streinz/Schroeder*, EUV/EGV, Art. 249 EGV Rn. 125 ff. m.w.N.
- 1494 So ausdrücklich die belgische amtliche Begründung zum Gesetz zur Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie, Doc. 51-1137/001, *Chambre des Représentantes de Bel-*

somit, dass der Dreistufentest die äußerste Grenze des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraumes hinsichtlich der urheberrechtlichen Schranken darstellt. Eine Auslegung des nationalen Rechts im Lichte des gemeinschaftsrechtlichen Dreistufentests in diesem Sinne wurde auch bereits von mehreren mitgliedstaatlichen Gerichten angestrengt.¹⁴⁹⁵ Dies trifft so freilich nur in Mitgliedstaaten zu, die sich gegen eine unmittelbare Übernahme des Dreistufentests in nationales Recht entschieden haben.¹⁴⁹⁶ In Mitgliedstaaten, die den Dreistufentest zu einem Bestandteil ihres nationalen

gique, Projet de Loi transposant en droit belge la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, S. 15: „Le test en trois étapes, tel qu'il est repris dans l'article 5.5 de la directive est donc *destiné avant tout au législateur*, ce qui n'empêche toutefois pas qu'il *peut servir de ligne directrice pour les Cours et tribunaux* lors de l'application de la loi.“ [Hervorhebungen durch den Verfasser]. Vgl. auch OLG Dresden, ZUM 2010, 362 (364) – *Urheberrechtsschutz für programmbegleitendes Material*. Ähnlich die deutsche amtl. Begr. zum „zweiten Korb“, BT-Drs. 16/1828, S. 21. Vgl. auch die amtl. Begr. zum ersten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drs. 15/38, S. 15. Vgl. außerdem die in Fn. 1426 genannten Stimmen aus der Literatur.

1495 Vgl. etwa für Belgien *Tribunal de Première Instance de Bruxelles*, Urt. v. 13.2.2007, 06/10.928/C – *Google, Inc. v. Copiepresse SCRL*; siehe dazu *Klein*, IIC 2008, 451 ff.; *Turner/Callaghan*, EIPR 2008, 30(1), 34 ff. Vgl. für die Niederlande *Rechtbank Den Haag*, Urt. v. 2.3.2005, No. 192880, LJN AS8778 – *Uitgevers/De Staat*; dazu Anm. *Koelman*, Computerrecht 2005, 143 ff. und Anm. *Sujecki*, MR-Int. 2005, 40 f.; sowie *Rechtbank Den Haag*, Urt. v. 25.6.2008, No. 246698, LJN BD5690 – *Thuiskopie*. Zur Anwendung des richtlinienrechtlichen Dreistufentests durch deutsche Gerichte, siehe BGHZ 151, 300 (315 f.) – *Elektronischer Pressespiegel*; KG Berlin, GRUR 2010, 64 (67) – *Gerechter Ausgleich*; OLG Dresden, ZUM 2010, 362 (364) – *Urheberrechtsschutz für programmbegleitendes Material*; OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2010, 1 (3) – *Elektronische Leseplätze*; LG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2009, 330 (331) – *Elektronische Leseplätze*. Zur Anwendung des konventionsrechtlichen Dreistufentests durch deutsche Gerichte, vgl. BGHZ 141, 13 (30 ff.) – *Kopienversanddienst*; OLG Dresden, ZUM 2007, 203 (206) – *Online-Videorekorder*.

1496 So – neben Deutschland – etwa Belgien, Dänemark, Großbritannien, die Niederlande und Österreich. Für eine vollständige Übersicht über die Umsetzung des Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL in den Mitgliedstaaten, siehe *Westkamp*, Implementation of Directive 2001/29/EC, S. 92 ff.

Rechts gemacht haben,¹⁴⁹⁷ stellt dieser selbstverständlich unmittelbar anwendbares Recht dar, an dem sich nationale Schrankenregelungen in jedem Einzelfall messen lassen müssen.¹⁴⁹⁸ Gerade vor dem Hintergrund der unterschiedlichen nationalen Regelungen und des daraus resultierenden unterschiedlichen Ranges des Dreistufentests auch innerhalb der europäischen Union ist es geboten, für den gemeinschaftsrechtlichen Dreistufentest eine einheitliche Auslegung zu finden, die den beteiligten Interessen gerecht wird.

Eine weitere Besonderheit des Dreistufentests in seiner Ausformung durch Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL besteht schließlich darin, dass der EU-Gesetzgeber diesen durch die Aufnahme in die Richtlinie zu einem durch den EuGH überprüfbaren Bestandteil des urheberrechtlichen *acquis communautaire* gemacht hat.¹⁴⁹⁹ Eine Auslegung und Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Dreistufentests kann somit nun durch den EuGH – anders als etwa durch die WTO-Schiedsstelle¹⁵⁰⁰ – für alle Mitgliedstaaten *verbindlich* erfolgen.¹⁵⁰¹

1497 So etwa Frankreich (Art. L.122-5 a.E. *Code de la propriété intellectuelle*; zur Umsetzung der InfoSoc-Richtlinie in Frankreich, siehe Geiger, AMI 2008, 1 ff.), Italien (Art. 71-nonies *Legge 22 aprile 1941 n. 633 sul diritto d'autore*), Griechenland (Art. 28(c) Griechisches Urheberrechtsgesetz, eingefügt durch Gesetz 3057/2002, JO A/239 vom 10.10.2002), Luxemburg (Art. 10 Abs. 2 *Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données*), Portugal (Art. 75(4) *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (Lei n.º 45/85)*) und Spanien (Art. 40bis *Ley de propiedad intelectual*).

1498 Vgl. *v.Eechoud/Hugenholtz/v.Gompel/Guibault/Helberger*, Harmonizing European Copyright Law, S. 114; Geiger, IIC 2006, 683 (690); ders., EIPR 2008, 30(4), 121 (127); Griffiths, IPQ 2009, 428 (433); Hugenholtz/Okediji, Limitations and Exceptions, S. 18.

1499 Vgl. Dreier/Schulze, Vor §§ 44a ff. Rn. 21; Schack, Urheberrecht, Rn. 535; Westkamp, 56 J. Copyright Soc'y U.S.A. 1, 33 (2008).

1500 Zur mangelnden Bindungswirkung der Entscheidungen der WTO-Schiedsstelle siehe bereits oben Fn. 1385.

1501 Vgl. Cohen Jehoram, EIPR 2005, 27(10), 359 (364), Koelman, EIPR 2006, 28(8), 407 (408) Mazzitti, EU Digital Copyright Law, S. 86. Bisher hat der EuGH den Dreistufentest in keinem Urteil ausgelegt, obwohl er zuletzt in der *Infopaq*-Entscheidung (EuGH, Urt. v. 16.7.2009, C-5/08, Slg. 2009, I-6569 = GRUR 2009, 1041 – *Infopaq International A/S./Danske Dagblades Forening*) Gelegenheit dazu gehabt hätte; vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak vom 12.2.2009, Rs. C-5/08, Rn. 134 ff. Siehe dazu Derclaye, EIPR 2010, 32(5), 247 (251) und Griffiths, IPQ 2009, 428 (456), die es begrüßen, dass der EuGH von einer Auslegung des Dreistufentests bisher Abstand genommen hat, da sie die Zeit für ein derartiges Urteil aufgrund der weiterhin sehr lebhaften

III. Auslegung der drei Stufen

Der Dreistufentest hat sich von einem nur für Beschränkungen des Vielfältigungsrechts geltenden Schrankenvorbehalt in der RBÜ zu einer oder gar der zentralen Schrankenvorschrift des internationalen und insbesondere europäischen Rechts in Bezug auf die Begrenzung urheberrechtlicher Verwertungsbefugnisse entwickelt.¹⁵⁰² Nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsstaaten der WIPO-„Internet Treaties“ stellt der Dreistufentest auch im digitalen Kontext den entscheidenden Maßstab für die Beschränkung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte dar.¹⁵⁰³ Aufgrund dieser herausragenden Bedeutung ist es wenig verwunderlich, dass die Auslegung des Dreistufentests bereits Gegenstand einer Vielzahl von Beiträgen der wissenschaftlichen Literatur war.¹⁵⁰⁴ Umso erstaunli-

wissenschaftlichen Debatte noch nicht für reif halten. Vgl. auch die Schlussanträge der Generalanwältin *Stix-Hackl* vom 8.6.2004 in den Rechtssachen C-444/02, Rn. 136 ff. – *Fixtures Marketing* und C-203/02, Rn. 115 ff. – *The British Horseracing Board*, in denen sich die Generalanwältin im Zusammenhang mit der dem Dreistufentest nachempfundenen Regelung des Art. 7 Abs. 5 RL 96/9/EG mit der Auslegung des konventionsrechtlichen Dreistufentests auseinandersetzt.

- 1502 Aufgrund des enormen Bedeutungszuwachses des Dreistufentests durch seine Verankerung in diversen völkerrechtlichen Verträgen und die Übernahme in die Richtlinie 2001/29/EG ist wohl zu Recht von der „Karriere eines Begriffs“ (*Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29), einem „beispiellosen Siegeszug durch das internationale Urheberrecht“ (*Senfileben*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 (171)) oder dem „mittlerweile berühmten“ Dreistufentest (Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rn. 12) gesprochen worden.
- 1503 Vgl. Absatz 1 der vereinbarten Erklärung zu Art. 10 WCT (wiedergegeben oben S. 319). So auch *Hohagen*, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, S. 92.
- 1504 Nachdem der Dreistufentest lange Zeit erstaunlich wenig wissenschaftliche Beachtung gefunden hat, ist er in jüngerer Zeit – insbesondere nach der Entscheidung des WTO-Panels in der Angelegenheit „*United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*“ (siehe dazu oben Fn. 1385) und seiner Aufnahme in die InfoSoc-Richtlinie – Gegenstand einer großen Zahl nationaler und internationaler wissenschaftlicher Beiträge gewesen; siehe insbesondere die Monographie von *Senfileben*, Three-Step Test; sowie *ders.*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 ff.; *ders.*, CR 2003, 914; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200; *ders.*, IIC 2006, 407; außerdem etwa *Berger*, CR 2004, 360; *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 ff.; *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807; *Geiger*, CRi 2005, 7; *ders.*, IIC 2006, 683; *ders.*, e-Copyright Bulletin 2007, S. 2 ff.; *ders.*, EIPR 2007, 29(12), 486; *ders.*, GRUR Int. 2008, 459; *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707; *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 3; *He*, IIC 2009, 274; *Heide*, EIPR 1999, 21(3), 105;

cher ist es jedoch, dass sich eine einheitliche Auslegung des konventionsrechtlichen Dreistufentests bisher nicht etablieren lassen hat. Im Folgenden soll daher die Systematik der Norm und der Inhalt der einzelnen Tatbestandsmerkmale beleuchtet werden, um eine eigene Stellungnahme zu ermöglichen. Dabei können die Kriterien des Dreistufentests für sämtliche konventionsrechtlichen Vorschriften und auch für das europäische Recht grundsätzlich einheitlich interpretiert werden.¹⁵⁰⁵ Lediglich im Rahmen des dritten Prüfungsschrittes ergibt sich insoweit eine Abweichung, als hinsichtlich der Regelung des Art. 13 TRIPS die unzumutbare Verletzung der Interessen der Rechteinhaber allein auf deren vermögensrechtliche Interessen gestützt werden kann, da – anders als durch die RBÜ, die WIPO-„Internet Treaties“ und das europäische Urheberrecht – persönlichkeitsrechtliche Interessen durch das TRIPS-Übereinkommen ausdrücklich nicht geschützt sind.¹⁵⁰⁶

1. Zur Methode der Auslegung des Dreistufentests

Die Regelungen der Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS und Art. 10 WCT legen für die Ausgestaltung urheberrechtlicher Schranken ein positives und zwei negative Kriterien fest: So sind Schranken des Urheberrechts zulässig, wenn sie (1) für *gewisse*¹⁵⁰⁷ beziehungsweise *bestimmte*¹⁵⁰⁸ *Sonderfälle* vorgesehen werden, (2) die *normale Auswertung des Werkes*

Hugenholz/Okediji, Limitations and Exceptions, S. 16 ff., *Katzenberger*, GRUR Int. 2004, 739 (743 ff.); *Koelman*, EIPR 2006, 28(8), 407; *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 305 ff. (2009); *Lucas*, in: FS Dietz, S. 423 ff.; *ders.*, EIPR 2010, 32(6), 277; *Newby*, 51 Stan. L. Rev. 1633 (1999); *Oliver*, 25 Colum. J.L. & Arts 119, 133 ff. (2002); *Poll/Braun*, ZUM 2004, 266 (271 ff.); *Ricketson*, WIPO-Study, S. 65 ff.; *Runge*, GRUR Int. 2007, 130; *Sun*, 5 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 265 (2007); *Ullrich*, GRUR Int. 2009, 283; *Westkamp*, 56 J. Copyright Soc'y U.S.A. 1 (2008).

1505 Die Kriterien des Dreistufentests in seiner Ausformung durch die Richtlinie 2001/29/EG entsprechen denen der konventionsrechtlichen Vorschriften, denen sie nachgebildet sind. Lediglich in Bezug auf die *Wirkung* des Dreistufentests ergeben sich für das europäische Recht deutliche Abweichungen zum Konventionsrecht; siehe dazu oben 6. Kapitel, C.II. und zugehörige Fußnoten.

1506 Siehe Art. 9 Abs. 1 S. 2 TRIPS i.V.m. Art. 6^{bis} RBÜ; siehe dazu oben 6. Kapitel, A.VII.

1507 So die Formulierung in Art. 9 Abs. 2 RBÜ.

1508 So die Formulierung in Art. 13 TRIPS und Art. 10 WCT.

durch die Beschränkung *nicht beeinträchtigt* wird und (3) die *berechtigten Interessen des Urhebers*¹⁵⁰⁹ beziehungsweise *des Rechteinhabers*¹⁵¹⁰ *nicht unzumutbar verletzt* werden. Es besteht weitestgehendes Einvernehmen, dass die drei Voraussetzungen des Dreistufentests kumulativ erfüllt sein müssen, damit sich eine Schranke im Rahmen des Zulässigen bewegt.¹⁵¹¹ Kann eine der Stufen nicht überwunden werden, ist die Schrankenbestimmung folglich grundsätzlich unzulässig. Insbesondere vor dem Hintergrund dieser rigiden Folge ist eine angemessene Auslegung und gegebenenfalls Eingrenzung der einzelnen Tatbestandsmerkmale daher entscheidend, um zu gewährleisten, dass der Dreistufentest seine Funktion als Grundlage und Grenze der Ausgestaltung, Einführung und Auslegung zukunftsfähiger urheberrechtlicher Schranken erfüllen kann.

Die Auslegung internationaler Verträge richtet sich in erster Linie nach den Regeln des Völkergewohnheitsrechts, die in den Artikeln 31 bis 33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜV)¹⁵¹² vom 23. Mai 1969 kodifiziert sind.¹⁵¹³ Im Fall der RBÜ ist jedoch zu beachten, dass diese vor dem Inkrafttreten des WÜV geschlossen wurde und daher grundsätzlich lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen des Völkergewohnheitsrechts auszulegen ist.¹⁵¹⁴ Auch hinsichtlich des TRIPS-Übereinkommens und der WIPO-„Internet Treaties“ ist umstritten, ob diese auf Grundlage des WÜV auszulegen sind. Zum einen ist der Verweis in

1509 So die Formulierung in Art. 9 Abs. 2 RBÜ und Art. 10 WCT.

1510 So die Formulierung in Art. 13 TRIPS.

1511 Vgl. WTO-Panel Report, WT/DS160/R vom 15.6.2000, § 6.97: “The three conditions apply on a cumulative basis, each being a separate and independent requirement that must be satisfied. Failure to comply with any one of the three conditions results in the Article 13 exception being disallowed.”; ebenso die ganz h.L., vgl. nur Busche/Stoll/Füller, TRIPs, Art. 13 Rn. 7; Maus, Digitale Kopie, S. 132 f.; Reinbothe, in: FS Dittrich, S. 251 (256); Reinbothe/v.Lewinski, WIPO Treaties, Art. 10 WCT Rn. 14; Ricketson, Berne Convention, S. 482; Senfleben, Three-Step Test, S. 125, jeweils m.w.N.; a.A. Hugenholtz/Okediji, Limitations and Exceptions, S. 21.

1512 BGBl. 1985 II, S. 927.

1513 Ausführlich zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge Buck, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 117 ff.; umfassend zur Auslegung des Dreistufentests Senfleben, Three-Step Test, S. 99 ff.

1514 Nach Art. 4 WÜV findet dieses nur auf solche Verträge Anwendung, die nach Inkrafttreten der Wiener Vertragskonvention geschlossen wurden. Das Übereinkommen entfaltet keine rückwirkende Geltungskraft; vgl. Aust, Modern Treaty Law, S. 8. Umfassend zur Frage der Auslegung der RBÜ nach Völkergewohnheitsrecht und/oder WÜV, Dittrich, in: FS 50 Jahre UrhG, S. 63 (67 ff.).

Art. 3 Abs. 2 S. 2 TRIPS insoweit nicht eindeutig. Zum anderen ist hinsichtlich der Auslegung von WCT und WPPT zu beachten, dass diese zwar formal dem WÜV unterfallen, jedoch wichtige Vertragsstaaten – wie etwa die USA – dem WÜV nicht beigetreten sind.¹⁵¹⁵ Allerdings ist allgemein anerkannt, dass das WÜV auch dann zur Auslegung eines internationalen Vertragswerkes herangezogen werden kann, wenn dieses formal nicht dem WÜV unterfällt, da das WÜV inhaltlich die Vorgaben des Völkergewohnheitsrechts widerspiegelt.¹⁵¹⁶ Folglich können die Regelungen des WÜV als Richtschnur für die Auslegung des Dreistufentests in allen seinen konventionsrechtlichen Verkörperungen dienen.

Nach Art. 31 Abs. 1 WÜV ist ein Vertrag grundsätzlich nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Diese „gewöhnliche Bedeutung“ kann dabei nicht isoliert, sondern nur im Rahmen des gesamten Übereinkommens – insbesondere mit Rücksicht auf dessen Gesamtinhalt, den Zweck und die Entstehungsgeschichte – ermittelt werden.¹⁵¹⁷ Zusätzlich sind nach Art. 31 Abs. 3 WÜV „in gleicher Weise“ auch spätere Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Vertrag – etwa spätere Übereinkünfte zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrags oder spätere Übungen bei der Anwendung des Vertrags – zu berücksichtigen. Die *Panel Reports* des WTO-Streitbeilegungsgremiums, in denen sich teilweise ausführliche Überlegungen zur Auslegung des Dreistufentests in seiner TRIPS-Variante finden,¹⁵¹⁸ stellen keine „späteren Übungen“ oder „späteren Übereinkünfte“ im Sinne des Art. 31 Abs. 3 WÜV dar.¹⁵¹⁹ Die *Panel Reports* haben daher keine für die Auslegung bindende Wirkung, sondern können allenfalls als Anknüpfungspunkte für die Auslegung des TRIPS-Übereinkommens herangezogen werden.¹⁵²⁰ Nach Art. 31 Abs. 3 lit. c

1515 Vgl. *Ricketson*, WIPO-Study, S. 5.

1516 Vgl. dazu *Aust*, Modern Treaty Law, S. 10 ff.; *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 126 f.; *Lennard*, 5 J. Int'l Econ. L. 17, 18 f. (2002); *Netanel*, 37 Va. J. Int'l L. 441, 449 f. (1997); *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright I, 5.15; *Sinclair*, Vienna Convention, S. 10 ff., jeweils m.w.N.

1517 Vgl. *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, S. 128 f.

1518 Vgl. insbesondere WTO-Panel Report, WT/DS160/R, dazu oben Fn. 1385.

1519 Vgl. *Gray/Cameron*, ICLQ 2001, 50(2), 248 (274); *Kur*, 8 Rich. J. Global L. & Bus. 287, 328 f. (2009); *Senfleben*, Three-Step Test, S. 107 ff.

1520 Vgl. *Jackson*, GATT and WTO, S. 128 f.; *Senfleben*, Three-Step Test, S. 109 f.; zustimmend *Förster*, Fair Use, S. 192 f.

WÜV sind zudem alle zwischen den Vertragsparteien anwendbaren einschlägigen Völkerrechtssätze für die Auslegung heranzuziehen. So kommt etwa eine Heranziehung der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR)¹⁵²¹ für die Auslegung in Betracht.¹⁵²² Führt die Auslegung anhand der Kriterien des Art. 31 WÜV zu einem mehrdeutigen oder offensichtlich sinnwidrigen Ergebnis, so können nach Art. 32 WÜV als ergänzende Auslegungsmittel etwa die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses zur Auslegung herangezogen werden. Art. 33 WÜV schließlich enthält eine Sonderregelung für die Auslegung von Verträgen mit zwei oder mehr authentischen Sprachen.¹⁵²³

2. Die drei Stufen des Dreistufentests

Trotz der zentralen Verankerung des Dreistufentests im internationalen und europäischen Urheberrecht und seiner prominenten Rolle bei der Ausgestaltung und Auslegung urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen sind weder die einzelnen Tatbestandsmerkmale der drei Teststufen, noch deren genaue Bedeutung und ihr Zusammenspiel bisher abschließend und befriedigend geklärt. Solange die Voraussetzungen des Dreistufentests jedoch derart ungeklärt sind, kann dieser seine Funktion als zentrale Vorschrift für die Gestaltung von Beschränkungen des Urheberrechts nicht wahrnehmen. Im Folgenden sollen daher im Rahmen eines Überblicks über die auslegungsbedürftigen Merkmale der einzelnen Stufen die zu deren Auslegung vertretenen Auffassungen nachgezeichnet und – wo dies sinnvoll erscheint – nach deren kritischer Würdigung eigene Positionen entwickelt werden.

1521 Zu Inhalt und Bedeutung der AEMR in Bezug auf das Urheberrecht siehe oben 6. Kapitel, A.I.

1522 Vgl. etwa *Geiger*, IIC 2009, 627 (629 ff.), der sogar die Einfügung eines ausdrücklichen Verweises auf die AEMR im TRIPS-Übereinkommen befürwortet, um so das Übereinkommen zu „konstitutionalisieren“.

1523 Die Auslegungsregel des Art. 33 WÜV könnte hinsichtlich der für die vorliegende Untersuchung relevanten Konventionen etwa bei der Auslegung des TRIPS-Übereinkommens, dessen englische, französische und spanische Sprachfassung verbindlich sind, oder bei der Auslegung des WCT (verbindlich in englischer, arabischer, chinesischer, französischer, russischer und spanischer Sprache) herangezogen werden. Siehe dazu umfassend *Linderfalk*, *Interpretation of Treaties*, S. 355 ff.

a) Bestimmte Sonderfälle

Hinsichtlich der ersten Stufe des Dreistufentests, der Frage nach dem Vorliegen eines „bestimmten Sonderfalls“, drängen sich zwei Auslegungsfragen auf: Auslegungsbedürftig ist zum einen das Kriterium der „Bestimmtheit“, zum anderen der Begriff des „Sonderfalls“. Dem vorgelagert stellt sich jedoch aufgrund der verglichen mit den beiden anderen Stufen deutlich allgemeineren Natur der ersten Stufe die Frage, ob ihr überhaupt eine *eigenständige Bedeutung* als „vollwertiges“ Prüfungselement zukommt oder ob sich die Prüfung tatsächlich – wie teilweise in der Literatur vertreten – eher auf einen „Zweistufentest“ reduziert.

aa) Bedeutung der ersten Stufe

Die Überlegung, dass der ersten Stufe eine eigenständige Bedeutung nicht zukomme, beruht zum einen auf der Tatsache, dass dem ersten Prüfungskriterium bei der Stockholmer Revisionskonferenz, in deren Rahmen der Dreistufentest in die RBÜ aufgenommen wurde, nur wenig Beachtung geschenkt wurde.¹⁵²⁴ Diese Haltung spiegelt sich auch in der Rezeption des neuen Schrankeninstruments in der frühen Literatur zum Dreistufentest wider,¹⁵²⁵ so dass die Annahme nahe liegt, dem ersten Prüfungsschritt nicht das gleiche Gewicht beizumessen wie den beiden folgenden Bedingungen.

Eine derartige Reduzierung der Konventionsvorschriften zur Schrankenausgestaltung auf lediglich zwei Bedingungen kann jedoch letztlich

1524 In den Konferenzmaterialien ist die Verpflichtung, Schranken auf bestimmte Sonderfälle zu begrenzen, zwar am Rande erwähnt, es findet sich jedoch keine nähere Auseinandersetzung mit dieser Prüfungsstufe; siehe *WIPO*, Records of the IP Conference at Stockholm, Report of the Work of Main Committee I, S. 1145; vgl. auch den Konferenzbericht von *Reimer/Ulmer*, GRUR Int. 1967, 431 (444), in dem *Ulmer* lediglich den zweiten und dritten Prüfungsschritt näher erläutert.

1525 Vgl. etwa *Masouyé*, RBÜ, Art. 9 Rn. 9.6, der von „zwei kumulativ anwendbare[n] Voraussetzungen“ spricht [Hervorhebung durch den Verfasser]; sowie *Desbois/Françon/Kéréver*, Conventions Internationales, § 137 und *Nordemann/Vinck/Hertin*, Internationales Urheberrecht, Art. 9 RBÜ Rn. 3 f., die das erste Kriterium nicht erwähnen. Auch *Drexler*, Entwicklungsmöglichkeiten, S. 115 f. erwähnt das erste Kriterium nicht.

nicht überzeugen. Bereits der Wortlaut der Normen und deren Entstehungsgeschichte streiten für eine eigenständige Bedeutung der ersten Stufe. Wäre dieser keinerlei Bedeutung beizumessen, so hätten die Vertragsparteien ohne größeren Aufwand auf eine andere Formulierung zurückgreifen können, die eine Beschränkung auf bestimmte Sonderfälle nicht beinhaltete,¹⁵²⁶ oder aber erst recht bei der Übernahme der „Ursprungsregelung“ aus der RBÜ in weitere Abkommen diesen Passus streichen können. Auch aus systematischer Sicht ist es gerade in Bezug auf die Regelung des Art. 9 Abs. 2 RBÜ sinnvoll, der ersten Stufe eigenständige Bedeutung beizumessen. In Art. 9 Abs. 1 RBÜ wird dem Urheber das ausschließliche Vervielfältigungsrecht eingeräumt. Das erste Kriterium der unmittelbar anschließenden Schrankenregelung in Absatz 2 stellt somit klar, dass das gewährte Mindestrecht nicht etwa in beliebigen Fällen, sondern nur unter besonderen Voraussetzungen eingeschränkt werden darf. Dies setzt in der Regel das Vorliegen eines bestimmten Sonderfalles voraus.¹⁵²⁷ Es hat sich daher inzwischen allgemein die Überzeugung durchgesetzt, dass im Rahmen des konventionsrechtlichen Dreistufentests der erste Prüfungsschritt als Grundregel und somit als „Eintrittstor zum Abwägungsvorgang“¹⁵²⁸ zu den darauf folgenden Stufen nicht etwa eine untergeordnete Rolle spielt, sondern diesem eigenständige Bedeutung zukommt.¹⁵²⁹ Diese Auffassung spiegelt letztlich auch die internationale Durchsetzung der Bezeichnung „Dreistufentest“ beziehungsweise „three-step test“ wider.

Ein abweichender Befund lässt sich jedoch im Hinblick auf den Dreistufentest in seiner Ausformung durch die Richtlinie 2001/29/EG vertreten. In der InfoSoc-Richtlinie findet sich der Dreistufentest im Anschluss an den enumerativen Katalog von Schrankenvorgaben in Art. 5 Abs. 1 bis Abs. 5. *Dreier* hat daher geltend gemacht, dem Erfordernis eines bestimm-

1526 So auch *Frotz*, in: FS 50 Jahre UrhG, S. 119 (122); *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200 (206).

1527 Vgl. *Frotz*, in: FS 50 Jahre UrhG, S. 119 (122 f.); *Senfleben*, Three-Step Test, S. 127.

1528 *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200 (205).

1529 Siehe etwa *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (34); *Frotz*, in: FS 50 Jahre UrhG, S. 119 (124 f.); *He*, IIC 2009, 274 (279 f.); *Katzenberger*, GRUR Int. 2004, 739 (744); *Maus*, Digitale Kopie, S. 132; *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 290; *Poeppel*, Neuordnung, S. 112; *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, S. 139 f.; *Ricketson*, Three-Step Test, S. 27; *Sattler*, Status quo, S. 60; *Senfleben*, Three-Step Test, S. 126 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200 (206).

ten Einzelfalles komme in diesem Rahmen keine eigenständige Bedeutung zu, da der EU-Gesetzgeber in der Richtlinie die Ausnahmen von den Ausschließlichkeitsrechten bereits auf Einzelfälle beschränkt habe.¹⁵³⁰ Einer Einschränkung auf faktische Einzelfälle innerhalb der bereits durch die einzelne Schrankenbestimmung festgelegten Einzelfälle bedürfe es angesichts der zwei weiteren Stufen des Dreistufentests auch gar nicht. Die logische Konsequenz sei daher in diesem Rahmen die *Reduzierung des Dreistufentests auf einen Zweistufentest*.¹⁵³¹ Diese Auffassung hat im Hinblick auf den Dreistufentest in seiner Ausformung durch die InfoSoc-Richtlinie vielfach Zustimmung erfahren.¹⁵³² Es wäre widersinnig, die nationalen Gesetzgeber zu einer weiteren Konkretisierung zu verpflichten, die die Bildung von Sonderfällen der in den Absätzen 1 bis 4 aufgelisteten Schranken erfordern und somit eine doppelte Beschränkung darstellen würde. Gerade im Hinblick auf die durch Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL privilegierten ephemeren Vervielfältigungen würde das Ziel einer europäischen Harmonisierung wohl verfehlt, wäre der nationale Gesetzgeber verpflichtet, innerhalb der Kriterien des Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL bestimmte Sonderfälle zu bilden. Diese Auffassung stützt auch Erwägungsgrund 44 zur Richtlinie, in dessen Satz 2 lediglich das zweite und dritte Kriterium des Dreistufentests erwähnt werden, was nahe legt, dass auch der Richtliniengeber selbst die einzelnen Schranken des Art. 5 Abs. 1 bis 4 InfoSoc-RL bereits als „bestimmte Sonderfälle“ im Sinne des Dreistufentests verstand. *Richtlinienintern* kommt der ersten Teststufe somit *keine eigenständige Bedeutung* zu. Dennoch ist die erste Teststufe auch im Rahmen der InfoSoc-Richtlinie nicht völlig sinnentleert. Durch die (wortgleiche) Übernahme des Dreistufentests in europäisches Richtlinienrecht ist der europäische Gesetzgeber zugleich seiner völkerrechtlichen Verpflichtung¹⁵³³ nachgekommen, die Schrankenbestimmungen im europäischen Recht im Einklang mit den Vorgaben des TRIPS-Übereinkommens und der WIPO-

1530 Siehe *Dreier*, ZUM 2002, 28 (35).

1531 Siehe *Dreier*, ZUM 2002, 28 (35).

1532 Siehe etwa *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (43); *Brinkel*, Filesharing, S. 69; *Findeisen*, Auslegung, S. 166; *Freiwald*, Private Vervielfältigung, S. 90; *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 290; *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, S. 139; *Sattler*, Status quo, S. 60 f.; *Senfleben*, CR 2003, 914 (915); *ders.*, GRUR Int. 2004, 200 (206); *Westkamp*, 56 J. Copyright Soc'y U.S.A. 1, 25 ff. (2008).

1533 Die EU ist sowohl Vertragspartei des TRIPS-Übereinkommens als auch der WIPO-„Internet Treaties“, vgl. oben 6. Kapitel, A.VII. und 6. Kapitel, A.VIII.

„Internet Treaties“ zu begrenzen.¹⁵³⁴ Auch Erwägungsgrund 44 der Richtlinie hebt die Beachtung der internationalen Verpflichtungen ausdrücklich hervor. Im Konventionsrecht besteht der Dreistufentest jedoch, wie gezeigt, aus drei gleichberechtigten Prüfungsstufen. Nur die vollständige Übernahme des Dreistufentests in die Richtlinie garantiert daher die sichere Einhaltung der internationalen Verpflichtungen. Der Dreistufentest in der Richtlinie kann somit als eine Art „Platzhalter“ für die bestehenden internationalen Verpflichtungen verstanden werden.¹⁵³⁵ Auch wenn der europäische Gesetzgeber durch die Verwendung eines enumerativen Schrankenkataloges in Art. 5 Abs. 1 bis 4 der Richtlinie bereits den Vorgaben der ersten Teststufe – der Beschränkung von Ausnahmen auf bestimmte Sonderfälle – Rechnung getragen hat, ist jeder einzelne Mitgliedstaat bei der Umsetzung in nationales Recht letztlich dazu aufgerufen, selbst nachzuprüfen, ob eine nach Art. 5 erlaubte Schranke tatsächlich die internationalen Vorgaben erfüllt.¹⁵³⁶ Der ersten Stufe des Dreistufentests kommt somit innerhalb der InfoSoc-Richtlinie zum einen eine klarstellende Funktion in Bezug auf die Umsetzung konventionsrechtlicher Verpflichtungen zu, zum anderen dient sie als Richtschnur für die nationalen Gesetzgeber bei der konventionskonformen Umsetzung der Schrankenvorgaben der Richtlinie in nationales Recht.

bb) Anforderungen an die Bestimmtheit

Während Art. 9 Abs. 2 RBÜ als erstes Kriterium eine Beschränkung auf „gewisse Sonderfälle“ vorschreibt, wurde von dieser Formulierung in den deutschen Fassungen der nachfolgenden Festschreibungen des Dreistufentests abgewichen und fortan eine Beschränkung auf „bestimmte Sonderfälle“ vorgesehen. Insbesondere vor dem Hintergrund dieser abweichenden Formulierungen ist in der Literatur über das Kriterium der Bestimmtheit kontrovers diskutiert worden.

1534 Vgl. Bayreuther, ZUM 2001, 828 (839); Reinbothe, ZUM 1998, 429 (434 f.); ders., GRUR Int. 2001, 733 (740).

1535 So anschaulich Senfleben, CR 2003, 914 (915).

1536 Vgl. Brinkel, Filesharing, S. 69; Senfleben, CR 2003, 914 (915).

Teilweise wird angenommen, das Merkmal sei restriktiv im Sinne eines gesonderten Bestimmtheitsgebotes zu verstehen.¹⁵³⁷ Ein bestimmter Sonderfall setze klar definierte Ausnahmefälle und einen spezifischen Nutzungszweck voraus, der präzise und eng festgelegt und somit klar identifizierbar sei.¹⁵³⁸ Ausgeschlossen wären demnach grundsätzlich pauschalisierte Beschränkungen der Urheberrechte wie die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke,¹⁵³⁹ bei denen ein bestimmter Privilegierungszweck nicht erkennbar ist.¹⁵⁴⁰

Eine derartige restriktive Auslegung des Bestimmtheitsmerkmals ist jedoch aus mehreren Gründen abzulehnen. Zum einen vermag sie bereits auf Grundlage einer Wortlautauslegung nicht zwingend zu überzeugen. An-

1537 So WTO-Panel Report, WT/DS160/R vom 15.6.2000, § 6.108; *Ficsor*, Law of Copyright, C10.03; *Maus*, Digitale Kopie, S. 134 f.; *Reinbothe*, in: FS Dittrich, S. 251 (257); *Reinbothe/v.Lewinski*, WIPO Treaties, Art. 10 WCT Rn. 15.

1538 Vgl. WTO-Panel Report, WT/DS160/R vom 15.6.2000, § 6.108: “[A]n exception or limitation in national legislation must be clearly defined”; *Ficsor*, Law of Copyright, C10.03: “[T]he use to be covered must be specific – precisely and narrowly determined [...] no broadly determined cases are acceptable.”; zustimmend *Berger*, CR 2004, 360 (365); *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (46); *Busche/Stoll/Füller*, TRIPs, Art. 13 Rn. 8; *Dusollier*, IRDI 2005, 212 (218); *Förster*, Fair Use, S. 196 f.; *Fromm-Russenschuck/Duggal*, WTO und TRIPs, S. 54; *Reinbothe*, in: FS Dittrich, S. 251 (257); *Reinbothe/v.Lewinski*, WIPO Treaties, Art. 10 WCT Rn. 15; *Ricketson*, Three-Step Test, S. 29; wohl auch *Hohagen*, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, S. 96. Vgl. auch Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 26.6.2007, Az. 4C.73/2007 = GRUR Int. 2007, 1046 (1049) – *Elektronische Pressespiegel*; siehe dazu die kritische Anmerkung von *Born*, MR-Int. 2007, 148 ff.

1539 Zur Vereinbarkeit der *Fair Use*-Schranke mit dem Dreistufentest siehe unten 6. Kapitel, C.IV.

1540 Einige Befürworter einer restriktiven Auslegung des Bestimmtheitserfordernisses versuchen jedoch, diese insoweit „abzufedern“, als sie es als hinreichend bestimmt ansehen, wenn nicht alle denkbaren Ausnahmen explizit geregelt sind, sondern eine Abwägung anhand nachvollziehbarer Kriterien erfolgt, z.B. – wie im Falle der US-amerikanischen *Fair Use*-Doktrin – durch eine gefestigte Rechtsprechung; vgl. etwa *Busche/Stoll/Füller*, TRIPs, Art. 13 Rn. 9 (der jedoch wenig überzeugend zum einen ausdrücklich fordert, nationale Beschränkungen dürften nicht pauschal gefasst sein, sondern müssten eindeutig formuliert und definiert sein, zum anderen aber eine transparente Interessenabwägung als hinreichend bestimmt verstehen will und deshalb die *Fair Use*-Doktrin für mit der ersten Stufe des Dreistufentests vereinbar hält); ähnlich *Förster*, Fair Use, S. 197. Derartige systematisch nicht überzeugende (Hilfs-)Konstruktionen werden überflüssig, wenn man – wie hier vertreten – eine übermäßige Betonung des Bestimmtheitserfordernisses ablehnt.

ders als in den deutschen Sprachfassungen des Dreistufentests findet sich etwa in den (verbindlichen)¹⁵⁴¹ englischen Sprachfassungen keine Abweichung zwischen den einzelnen Konventionen. Sowohl in Art. 9 Abs. 2 RBÜ als auch in Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT, Art. 16 WPPT und Art. 5 Abs. 5 der InfoSoc-Richtlinie wird einheitlich die Formulierung „*certain special cases*“ verwendet. Diese Formulierung vermag aber eine besondere Betonung des „Bestimmten“, die man in die deutsche Fassung durchaus hineininterpretieren könnte, nicht zu stützen. Vielmehr kann die englische Formulierung ebenso gut in dem Sinne verstanden werden, dass Ausnahmen lediglich in „einigen“ oder „gewissen“ Sonderfällen zulässig sein sollen.¹⁵⁴² Letztlich ist die besondere Hervorhebung dieses Merkmals gerade in der deutschen Sprachfassung das Ergebnis einer unglücklichen Übersetzung, die trotz gleichbleibenden Wortlauts in den Originalfassungen bis heute überlebt hat. Auch die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Dreistufentests stützt diesen Befund. Ein früher, von den USA eingebrachter Entwurf für das TRIPS-Übereinkommen etwa enthielt die Vorgabe, Schranken sollten auf „*clearly and carefully defined special cases*“ beschränkt sein.¹⁵⁴³ Diese oder ähnliche Formulierungen konnten sich allerdings letztlich gerade aufgrund der damit verbundenen einschränkenden Wirkung nie durchsetzen und wurden stets im Zuge der Verhandlungen zugunsten der Formulierung „*certain special cases*“ gestrichen.¹⁵⁴⁴

1541 Englisch stellt nach Art. 24 Abs. 1 WCT, Art. 32 Abs. 1 WPPT und der Schlusspassage des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation, dessen Annex 1C das TRIPS-Übereinkommen ist, eine authentische und somit für die Auslegung verbindliche Sprache für Art. 10 WCT, Art. 16 WPPT und Art. 13 TRIPS dar. Für die Auslegung der RBÜ hat nach Art. 37 Abs. 1 lit. c RBÜ im Zweifel der französische Text Vorrang. Allerdings ergeben sich aus der französischen Sprachfassung des Art. 9 Abs. 2 RBÜ, die von „*certaines cas spéciaux*“ spricht, keine abweichenden Schlussfolgerungen, so dass der englische Text nach Art. 37 Abs. 1 lit. a RBÜ gleichermaßen verbindlich ist.

1542 Vgl. *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200 (206). Diese Auslegung stützt auch die französische Sprachfassung. Die Wortwahl „*certaines cas spéciaux*“ spricht deutlich dafür, dass dem Begriff „*certaines*“ keine eigenständige Bedeutung im Sinne eines zusätzlichen Bestimmtheitserfordernisses zukommen sollte. Andernfalls hätte die Formulierung „*cas certains et spéciaux*“ nahegelegt. Vgl. ausführlich zu dieser Argumentation und insgesamt zur Auslegung der Formulierung unter Rückgriff sowohl auf die englische als auch auf die französische Sprachfassung *Senftleben*, Three-Step Test, S. 133 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200 (206 f.).

1543 Siehe Draft Agreement on the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, GATT-Dokument MTN.GNG/NG11/W/70, S. 6.

1544 Vgl. *Senftleben*, Three-Step Test, S. 134 m.w.N.

Schließlich sprechen auch teleologische Überlegungen gegen ein zu restriktives Verständnis des Bestimmtheitsmerkmals. Durch ein enges Bestimmtheitserfordernis würde letztlich die kontinentaleuropäische Regelungstechnik der enumerativen Kataloge von Einzeltatbeständen mit begrenztem Anwendungsbereich auf Grundlage des Konventionsrechts für (einzig) maßgeblich erklärt.¹⁵⁴⁵ Dies kann und sollte jedoch nicht der Zweck der ersten Stufe des Dreistufentests sein, wie ein Blick auf die Konsequenzen eines solch engen Verständnisses verdeutlicht: Zum einen wäre in diesem Fall die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin wohl nicht mit dem Dreistufentest vereinbar. Die Geschichte der Entstehung des Dreistufentests und seiner Implementierung in das Konventionsrecht zeigt jedoch, dass der flexible Wortlaut des Dreistufentests sich gerade deshalb durchsetzen konnte, weil auf diese Weise die internationalen Vereinbarungen neben dem kontinentaleuropäischen Ansatz gerade auch andere Regelungstechniken, insbesondere die angloamerikanischen Schrankengeneralklauseln mit generellem Anwendungsbereich und weitgehend unbestimmten Tatbestandsmerkmalen, zu legitimieren vermochten.¹⁵⁴⁶ Die Zulässigkeit offener Schrankengeneralklauseln wie der *Fair Use*-Doktrin sollte also gerade nicht in Frage gestellt werden.¹⁵⁴⁷ Zum anderen würde durch eine enge Auslegung des Bestimmtheitserfordernisses auch der Weg für die zukünftige Einfügung flexiblerer Schranken oder Schrankenelemente weitgehend verbaut. Dass flexiblere Elemente im Bereich der Schranken des Urheberrechts jedoch dringend erforderlich sind, hat diese Untersuchung bereits gezeigt.¹⁵⁴⁸

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass eine enge Auslegung des Bestimmtheitserfordernisses der ersten Teststufe im Sinne eines echten Bestimmtheitsgebotes, das eine präzise und enge Umschreibung einzelner Schrankenvorschriften erfordert, nicht überzeugen kann. Wie die

1545 Vgl. Nolte, Informationsmehrwertdienste, S. 291; Poeppel, Neuordnung, S. 113; Senftleben, Three-Step Test, S. 135.

1546 So wurde die letztlich bei der Stockholmer Konferenz angenommene finale Formulierung des Art. 9 Abs. 2 RBÜ von der Delegation Großbritanniens vorgeschlagen, einem Land, das traditionell auch einer generalklauselartigen Schrankentechnik folgt und dessen zentrales Schrankenkonzept das *fair dealing* darstellt.

1547 So auch Geiger, EIPR 2007, 29(12), 486 (487); ders., IIC 2009, 627 (633 f.); Ginsburg, RIDA 187 (2001), 3 (35 f.), jeweils m.w.N.

1548 Siehe zur Notwendigkeit, mehr Flexibilität im Bereich der urheberrechtlichen Schranken zu schaffen, oben S. 279 ff.

Auslegung des Bestimmtheitsmerkmals gezeigt hat, ist eine übermäßige Betonung der „Bestimmtheit“ im Rahmen der ersten Stufe des Dreistufentests weder erforderlich noch geboten und daher abzulehnen. Glücklicher und deutlicher wäre insofern die einheitliche Verwendung der Formulierung „gewisse Sonderfälle“ auch in allen deutschen Sprachfassungen des Dreistufentests, da so das Augenmerk im Rahmen der ersten Teststufe schwerpunktmäßig auf das Erfordernis des „Sonderfalls“ gelenkt würde. Durch dieses Verständnis wird zugleich sichergestellt, dass der Dreistufentest den Gesetzgeber nicht daran hindert, offene Beschränkungen beizubehalten oder einzuführen, solange die Reichweite derartiger Beschränkungen hinreichend vorhersehbar ist. Eine hinreichende Vorhersehbarkeit ist auch dann gegeben, wenn eine Abwägung anhand etablierter und nachvollziehbarer Kriterien erfolgt – etwa solchen, die in gefestigter Rechtsprechung entwickelt wurden.¹⁵⁴⁹

cc) Vorliegen eines Sonderfalls

Auch das zweite Merkmal der ersten Teststufe ist jedoch auslegungsbedürftig. Im Hinblick auf die Frage, wann ein „Sonderfall“ im Sinne des Dreistufentests vorliegt, werden im Wesentlichen zwei Ansätze vertreten.

Zum einen wird der Begriff im Sinne eines *quantitativen* Kriteriums verstanden. Die Zulässigkeit einer urheberrechtlichen Schranke soll demnach wesentlich davon abhängen, wie groß die zu erwartende Zahl der privilegierten Nutzungshandlungen ist. Wird lediglich eine begrenzte Anzahl von Verwertungsvorgängen erfasst oder lediglich eine kleine Nutzergruppe angesprochen, so würde ein Sonderfall gegenüber den Fällen der normalen Verwertung vorliegen.¹⁵⁵⁰ Ein solcher rein quantitativer Ansatz kann jedoch aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen. Es kann nicht darauf ankommen, wie groß die (potentielle) Nutzergruppe einer Schran-

1549 So etwa bei der durch die US-amerikanische Rechtsprechung detailliert ausgeformten *Fair Use*-Doktrin; siehe dazu unten 6. Kapitel, C.IV.

1550 Vgl. WTO-Panel Report, WT/DS160/R vom 15.6.2000, § 6.109, § 6.111-112; zustimmend *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 3 (41 f.); *Reinbothe*, in: FS Dittrich, S. 251 (257); *Ricketson*, WIPO-Study, S. 22; *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright I, 13.11. Unklar *Reinbothe/v.Lewinski*, WIPO Treaties, Art. 10 WCT Rn. 15, die zum einen eine „*limited application*“ verlangen, zum anderen jedoch einen Sonderfall anhand eines „*specific and sound policy objective*“ messen wollen.

kenregelung oder wie hoch die zu erwartende Zahl der Nutzungshandlungen ist. Eine solche Betrachtung ist zwangsläufig zu starr, um den hinter der Einführung einer Schrankenvorschrift stehenden komplexen Überlegungen zum Ausgleich berechtigter Interessen gerecht zu werden.¹⁵⁵¹ Auch aus systematischen Gründen sieht sich eine quantitative Betrachtung Bedenken ausgesetzt. Art. 31 WÜV fordert eine Auslegung völkerrechtlicher Bestimmungen „in ihrem Zusammenhang“. Das Merkmal des „Sonderfalls“ darf daher nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss auch mit Rücksicht auf die weiteren Stufen des Dreistufentests ausgelegt werden.¹⁵⁵² Eine quantitative Betrachtung der Beschränkung erfolgt jedoch bereits auf der zweiten Stufe des Dreistufentests bei der Frage nach einer Beeinträchtigung der normalen Werkverwertung. Betrifft eine Schrankenbestimmung lediglich eine geringe Zahl von Nutzungshandlungen, so wird in der Regel eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung ausscheiden. Ist hingegen eine Vielzahl von Nutzungshandlungen privilegiert oder eine (besonders) große Nutzergruppe angesprochen, so ist eine Beeinträchtigung der normalen Werkverwertung wahrscheinlicher. Wären bereits auf der ersten Stufe allein quantitative Aspekte maßgeblich, würde die zweite Stufe weitgehend sinnentleert.¹⁵⁵³ Schließlich wäre eine rein quantitative Betrachtung auch aus praktischer Sicht zweifelhaft. Gerade im „digitalen Zeitalter“ wird es aufgrund des schnellen Wandels des sozialen, ökonomischen und technologischen Umfeldes aufwendig oder oftmals unmöglich sein, einen Überblick über den Nutzerkreis oder gar die Zahl der Nutzungshandlungen zu erlangen.¹⁵⁵⁴ Zudem mag die Zahl der Nutzer etwa durch die weltweite Online-Verbreitung eines Werkes enorm hoch sein, ohne dass sich daraus zwingend Rückschlüsse auf die Erheblichkeit der Nutzung und somit auf die Frage des Vorliegens eines Sonderfalles ziehen ließen.

1551 *Senfleben*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 (178) verwendet in Anlehnung an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache *Germania 3* (GRUR 2001, 149) das treffende Beispiel, dass es im Rahmen des Zitatrechts für die Qualifikation als Sonderfall unmöglich von Belang sein könne, wie oft eine Textstelle eines gewissen Umfangs ohne Zustimmung des Urhebers genutzt werden kann.

1552 Auf diesen Aspekt weist zutreffend Förster, Fair Use, S. 194 hin.

1553 So auch *Senfleben*, Three-Step Test, S. 144; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200 (207); zustimmend He, IIC 2009, 274 (292 f.); Nolte, Informationsmehrwertdienste, S. 292; Poeppel, Neuordnung, S. 114; Sattler, Status quo, S. 64.

1554 Vgl. He, IIC 2009, 274 (289); *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200 (207).

Nach der Gegenansicht ist nicht eine quantitative Betrachtung, sondern eine *qualitative* Bewertung vorzunehmen. Es soll demnach für die Bewertung als Sonderfall entscheidend darauf abgestellt werden, welchem *Zweck* eine Beschränkung des Urheberrechts dient.¹⁵⁵⁵ Dient die Schrankenbestimmung der Durchsetzung von Grundrechten, wie der Informations- oder Meinungsfreiheit oder anderen hochrangigen Allgemeinwohlbelangen, so soll von einem Sonderfall auszugehen sein.¹⁵⁵⁶ Anhaltspunkte für eine ausreichende qualitative Fundierung einer Schrankenregelung soll dabei das internationale Urheberrecht bieten, etwa der Schrankenkatalog der RBÜ oder die Präambel des WCT.¹⁵⁵⁷¹⁵⁵⁸ Ein Sonderfall soll indes nicht vorliegen, wenn die Rechtfertigung für eine Schranke so schwach ist, dass eine sinnvolle Abwägung gegen berechnigte Interessen des Urhebers ausgeschlossen erscheint.¹⁵⁵⁹ Auch diese rein qualitative Betrachtung

1555 So erstmals *Ricketson*, Berne Convention, S. 482, der allerdings in jüngerer Zeit von diesem Standpunkt abgewichen ist, siehe *Ricketson*, WIPO-Study, S. 22 („[T]he phrase ‘certain special cases’ should not be interpreted as requiring that there should also be some ‘special purpose’ underlying it.“); *ders.*, Three-Step Test, S. 31 („There is no further requirement at this stage of the analysis to point to some specific public policy or exceptional circumstance justifying the exception.“) sowie *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright I, 13.14. Die ursprüngliche qualitative Betrachtung von *Ricketson* hat jedoch vielfach Zustimmung erfahren, siehe etwa *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (45 f.); *Ficsor*, Law of Copyright, C10.03; *Goldstein*, International Copyright, S. 295; *Hohagen*, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, S. 96; *Lucas*, in: FS Dietz, S. 423 (429 f.); *Sattler*, Status quo, S. 64; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 144 ff.

1556 Vgl. *Ficsor*, Law of Copyright, 5.55 und C10.03; *ders.*, RIDA 192 (2002), 111 (129); *Goldstein*, International Copyright, S. 295; *Koelman*, EIPR 2006, 28(8), 407 (409); *Nolte*, Informationsmehrwerdendienste, S. 292; *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, S. 141; *Reinbothe/v.Lewinski*, WIPO Treaties, Art. 10 WCT Rn. 15; *Ricketson*, Berne Convention, S. 482; *Runge*, GRUR Int. 2007, 130 (134); *Sattler*, Status quo, S. 64; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 144 ff.; *ders.*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 (178 f.); *ders.*, CR 2003, 914 (916); *ders.*, GRUR Int. 2004, 200 (207 f.).

1557 Die Präambel des WCT hebt als wichtigen Belang allgemein das „öffentliche Interesse, insbesondere Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen, zu wahren“ hervor.

1558 Siehe *Ficsor*, Law of Copyright, 5.55 und C10.03; *ders.*, RIDA 192 (2002), 111 (129); *Reinbothe/v.Lewinski*, WIPO Treaties, Art. 10 WCT Rn. 15; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 144 f.; *ders.*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 (179); zustimmend *Lüghausen*, Auslegung von § 53 I S. 1 UrhG, S. 159.

1559 Siehe *Senfileben*, GRUR Int. 2004, 200 (207).

tungsweise ist jedoch Bedenken ausgesetzt.¹⁵⁶⁰ So greift eine Prüfung der (grund-)rechtlichen Fundierung und des Zwecks einer Schrankenregelung teilweise der Prüfung der dritten Stufe vor und läuft daher Gefahr, die Konturen des Dreistufentests zu verwischen. Ob eine ungebührliche Verletzung der Urheberinteressen vorliegt, hängt schließlich nicht zuletzt davon ab, welches Gewicht den hinter einer Beschränkung stehenden (Allgemein-)Interessen zukommt und ob die Schrankenregelung somit einem legitimen Zweck dient. Auch ein Rückgriff auf den Schranken katalog der RBÜ oder die Präambel des WCT als Anhaltspunkte für „qualitativ hochwertige“ Zwecke erscheint letztlich nicht weiterführend. Zum einen betreffen die in der RBÜ ausdrücklich zugelassenen Schranken spezielle Nutzungsformen, die gerade in der Zeit der Entstehung beziehungsweise Revisionen der RBÜ für relevant gehalten wurden. Anhaltspunkte für neue Nutzungsarten und somit für die gerade im Zeitalter digitaler Nutzung problematischen Fälle enthält der Schranken katalog der RBÜ deshalb nicht. Die in der Präambel des WCT hervorgehobenen Interessen der Allgemeinheit etwa am „Zugang zu Informationen“ sind hingegen so weit und offen gefasst, dass sie eine echte Leitlinie für den Gesetzgeber oder Rechtsanwender kaum darstellen können. Da die Schranken gerade das entscheidende Rechtsinstrument darstellen, um das Urheberrecht mit den individuellen und kollektiven Interessen der Allgemeinheit in Einklang zu bringen, ist die Einführung einer Urheberrechtsschranke, die nicht einem der in der Präambel genannten Interessen dient, kaum vorstellbar.

Trotz dieser Schwächen erscheint ein qualitativer Ansatz zur Bestimmung von „Sonderfällen“ letztlich vorzugswürdig. Entgegen entsprechender Bedenken in der Literatur wird die erste Stufe bei qualitativer Ermittlung des Vorliegens eines „Sonderfalles“ weder inhaltsleer¹⁵⁶¹ noch nimmt sie den weiteren Stufen der Prüfung ihre Bedeutung. Der ersten Stufe kommt tatsächlich die wichtige Aufgabe zu, die hinter einer Schrankenregelung stehenden Belange zu bestimmen und so den Weg für eine vertiefende Überprüfung einer Schrankenbestimmung auf den folgenden Stufen zu ebnen. Durch ein derartiges Verständnis der ersten Prüfungsstufe wird die dreistufige Prüfung insgesamt entzerrt und somit letztlich übersichtlich und nachvollziehbar gestaltet. Insbesondere die auf der dritten Stufe vorzunehmende Abwägung der beteiligten Interessen wird so deut-

1560 Auch *He*, IIC 2009, 274 (291 f.) und *Poeppel*, Neuordnung, S. 115 machen auf die Schwächen dieses Ansatzes aufmerksam.

1561 So aber *Poeppel*, Neuordnung, S. 115.

lich erleichtert. Eine allein quantitative Bewertung ist hingegen keinesfalls geeignet, den hinter der Einführung einer Schrankenvorschrift stehenden Überlegungen zum Ausgleich berechtigter Interessen gerecht zu werden. Zugleich würde durch ein derartiges Vorgehen der zweiten Prüfungsstufe weitgehend die Bedeutung genommen.

b) Beeinträchtigung der normalen Auswertung

Die zweite Stufe des Dreistufentests legt fest, dass eine urheberrechtliche Beschränkung die normale Auswertung des Werkes nicht beeinträchtigen darf. Die Formulierung stellt klar, dass im Bereich der normalen Auswertung des Werkes Ausnahmen grundsätzlich unzulässig sein sollen.¹⁵⁶² Eine Aussage darüber, was die „normale Auswertung“ eines Werkes ist und wann diese „beeinträchtigt“ ist, enthält der Dreistufentest nicht.

Die „Auswertung“ beziehungsweise „Verwertung“ eines urheberrechtlich geschützten Werkes lässt sich als die Erzielung eines wirtschaftlichen Nutzens mittels einer Nutzungsrechtseinräumung auf der Grundlage der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte definieren.¹⁵⁶³ Durch die Beschränkung auf die „normale“ Auswertung wird deutlich, dass im Rahmen der zweiten Teststufe eine gewisse Einschränkung erfolgen muss, so dass nicht jede Form der Auswertung urheberrechtlich geschützten Materials erfasst wird.¹⁵⁶⁴ Wann in diesem Zusammenhang allerdings von einer „normalen“ Verwertung gesprochen werden kann, bleibt bei dieser Definition offen. Eine sachgerechte Auslegung und Eingrenzung dieses Kriteriums ist jedoch gerade für die Anwendung des Dreistufentests im Hinblick auf neue Nutzungsarten insbesondere im digitalen Umfeld von entscheidender Bedeutung, da die von mangelnder Flexibilität gekennzeichnete zweite Prüfungsstufe das „Potential“ hat, eine erhebliche Hürde für die Zulässigkeit neuer ebenso wie bestehender Schrankenregelungen darzustellen. Insofern ist zu beachten, dass – anders als auf der dritten Prüfungs-

1562 Vgl. *Desbois/Françon/Kéréver*, Conventions Internationales, § 173; *Reimer/Ulmer*, GRUR Int. 1969, 431 (444).

1563 Siehe WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.165; ähnlich *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, 16 (2005).

1564 Würde die „normale“ Auswertung mit der vollständigen Auswertung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte gleichgesetzt, bliebe letztlich kein Raum für zulässige Beschränkungen der ausschließlichen Verwertungsrechte; vgl. WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.167.

stufe – auch die Zahlung einer angemessenen Vergütung keinerlei Einfluss auf die Bewertung dieser Stufe haben soll.¹⁵⁶⁵ Bereits diese starre Folge verdeutlicht die Notwendigkeit einer sachgerechten Auslegung und Einschränkung der zweiten Teststufe. Verstärkt wird dieses Bedürfnis durch die Notwendigkeit einer Berücksichtigung neuer technischer Entwicklungen, insbesondere im digitalen Umfeld: Während sich eine Trennlinie zwischen „normaler“ und „nicht-normaler“ Auswertung eines Werkes zur Zeit der Entstehung des Dreistufentests zumeist noch relativ scharf ziehen ließ, verschwimmen derartige Konturen im digitalen Kontext zwangsläufig immer mehr. So konnte im „analogen Zeitalter“ eine gewöhnliche Verwertungsform zumeist recht eindeutig identifiziert werden, insbesondere da für viele Werke lediglich ein klar definier- und abgrenzbarer (Haupt-)Markt bestand. Im digitalen Umfeld, in dem ständig neue Verwertungsmöglichkeiten entstehen oder sich bestehende Auswertungsformen durch den Einsatz digitaler Technologie – etwa technischer Schutzmaßnahmen – ändern und dabei häufig einander annähern, ist eine (sinnvolle) Abgrenzung von „normaler“ und „nicht-normaler“ Verwertung aufgrund der sich verschiebenden oder der neu entstehenden Märkte hingegen zumeist kaum noch möglich. Ein zu weites Verständnis der „normalen Auswertung“ birgt daher die Gefahr, die Schrankenregelungen zu stark zugunsten der Urheber auszugestalten und so die Interessen der Allgemeinheit zu vernachlässigen. Vor diesem Hintergrund ist bereits vielfach versucht worden, sinnvolle Ansätze zur Auslegung und Eingrenzung des Anwendungsbereichs der zweiten Teststufe zu entwickeln. Anhand dieser Ansätze soll im Folgenden überlegt werden, wie das zweite Prüfungskrite-

1565 Siehe *WIPO*, Records of the IP Conference at Stockholm, Report of the Work of Main Committee I, S. 1145 f. Diese Annahme wird auch von der ganz h.M. in der Literatur geteilt, siehe etwa *Berger*, CR 2004, 360 (365); *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (47); *Geiger*, EIPR 2007, 29(12), 486 (490); *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 298; *Ricketson*, Berne Convention, S. 484; *ders.*, IPQ 1999, 56 (70); *Ricketson/Ginsburg*, International Copyright I, 13.25; *Senfileben*, Three-Step Test, S. 170; *ders.*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 (179 f.). **A.A.** aber wohl der BGH, der in seiner Entscheidung zum „Kopienversanddienst“ die zweite Teststufe des Dreistufentests vollständig überspringt und lediglich feststellt: „Die Vorschrift des Art. 9 Abs. 2 RBÜ läßt es – in ihrem auf Sonderfälle beschränkten Anwendungsbereich – zu, eine unzumutbare Verletzung der berechtigten Interessen des Urhebers ebenso wie eine – etwa gegebene – Beeinträchtigung der normalen Auswertung des Werkes, die mit der Freistel-

rium eingegrenzt und zugleich für den auf der dritten Prüfungsstufe folgenden umfassenden Interessenausgleich dienstbar gemacht werden kann.

aa) Historische Auslegung

Als Ausgangspunkt mögen hierbei die Überlegungen der zuständigen Kommission im Rahmen der Stockholmer Revisionskonferenz zur Berner Übereinkunft dienen, in deren Rahmen der Dreistufentest in die RBÜ aufgenommen wurde. Zur Erläuterung des Dreistufentests findet sich in den Tagungsberichten folgendes Anwendungsbeispiel, das sich auf das damals besonders aktuelle Problem der Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Materialien zu verschiedenen Zwecken im Wege der Fotokopie bezog:

„A practical example might be photocopying for various purposes. If it consists of producing a *very large number* of copies, it may not be permitted, as it conflicts with a normal exploitation of the work. If it implies a *rather large number* of copies for use in industrial undertakings, it may not unreasonably prejudice the legitimate interests of the author, provided that, according to national legislation, an equitable remuneration is paid. If a *small number* of copies is made, photocopying may be permitted without payment, particularly for individual or scientific use.“¹⁵⁶⁶

Das Anwendungsbeispiel verdeutlicht anhand einer Abstufung nach der Anzahl der gefertigten Vervielfältigungsstücke, dass der Intensität, mit der in das Ausschließlichkeitsrecht des Rechteinhabers eingegriffen wird, entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung der einzelnen Stufen des Dreistufentests zukommt. Unter Bezugnahme auf diese Erwägungen bei der Stockholmer Revisionskonferenz und insbesondere unter Rückgriff auf

lung vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers verbunden wäre, durch die Zuerkennung eines Vergütungsanspruchs zu beseitigen.“; siehe BGHZ 141, 13 (33) – *Kopienversanddienst* unter Bezugnahme auf *Reimer/Ulmer*, GRUR Int. 1969, 431 (444). Dem vom BGH zitierten Beitrag lässt sich diese Aussage jedoch tatsächlich nicht entnehmen. *Ulmer* schreibt im Rahmen eines Beispiels zur gewerblichen Fotokopie: „Auch hier kann aber der Gesichtspunkt, daß dem Urheber ein unzumutbarer Schaden zugefügt wird, entfallen, wenn die nationale Gesetzgebung wenigstens eine angemessene Vergütung vorsieht.“ Diese Aussage, die sich bei näherer Betrachtung eindeutig auf die dritte Prüfungsstufe bezieht, missversteht der BGH.

¹⁵⁶⁶ WIPO, Records of the IP Conference at Stockholm, Report of the Work of Main Committee I, S. 1145 f. [Hervorhebungen durch den Verfasser].

den Konferenzbericht von *Ulmer*,¹⁵⁶⁷ der der zuständigen Kommission vorsah, vertritt *Bornkamm* deshalb die Auffassung, für eine sinnvolle Abgrenzung der zweiten Stufe zur dritten Stufe sei es erforderlich, eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung nur dann anzunehmen, wenn die fragliche Nutzung in *unmittelbarem Wettbewerb zu herkömmlichen Formen der Werknutzung* tritt.¹⁵⁶⁸ *Mittelbare* nachteilige Effekte auf die herkömmliche Verwertung sollen hingegen erst im Rahmen des dritten Prüfungsschrittes zu beachten sein.¹⁵⁶⁹ Der Wirkungsbereich der zweiten Teststufe wäre demnach auf direkte Eingriffe in traditionelle Primärverwertungsformen eines Werkes beschränkt.

Während diese historische Betrachtungsweise *Bornkamms* den Vorteil einer klaren Trennung der zweiten und dritten Teststufe für sich reklamieren kann, kann sie aus anderen Gründen nicht überzeugen. Die inhaltliche Beschränkung der zweiten Teststufe auf traditionelle Verwertungsformen vermag dem technischen Wandel und der damit einhergehenden Veränderung der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke nicht gerecht zu werden. Zum einen wird es gerade im digitalen Umfeld zunehmend schwieriger, überhaupt eine oder gar die „herkömmliche“ Verwertung eines Werkes zu definieren, insbesondere dann, wenn neue Technologien ganz neue Märkte entstehen lassen oder neue Arten der Werkverwertung neben die traditionellen Formen treten und so zu zusätzlichen Optionen für die Rechteinhaber führen, ohne eine herkömmliche Verwertungsform vollständig zu ersetzen.¹⁵⁷⁰ Selbst wenn jedoch eine „normalen Verwertung“ in diesem Sinne ermittelt werden kann, erscheint die Prüfung, ob im konkreten Fall ein „unmittelbares Konkurrenzverhältnis“ vorliegt, als wei-

1567 *Reimer/Ulmer*, GRUR Int. 1969, 431. *Ulmer* vertritt die Auffassung, dass etwa die Vervielfältigung literarischer Werke durch den Buchdruck oder die Veranstaltung einer Neuauflage im Wege der fotomechanischen Vervielfältigung dem Bereich der normalen Auswertung zuzuordnen seien. Keine normale Verwertungsart sei hingegen beispielsweise die Herstellung einzelner Fotokopien. Hier komme es vielmehr darauf an, ob den berechtigten Interessen der Urheber ein unzumutbarer Schaden zugefügt werde, wobei man davon ausgehen könne, dass die Herstellung einzelner Fotokopien, die zu rein persönlichen oder wissenschaftlichen Zwecken erfolgt, nicht als unzumutbarer Schaden anzusehen sei und daher von den nationalen Gesetzgebern gestattet werden könne; siehe *Reimer/Ulmer*, a.a.O., S. 444.

1568 Siehe *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (34, 47); zustimmend *Grassmann*, Elektronischer Kopienversand, S. 155.

1569 Vgl. *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (34).

1570 So auch *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 299.

tere teilweise nur schwer zu ermittelnde Vorgabe. Der entscheidende Mangel dieses Ansatzes ist jedoch darin zu sehen, dass die zweite Teststufe des Dreistufentests bei einer derartigen historischen Herangehensweise aufgrund ihres statischen Charakters mit fortschreitender Entwicklung der Verwertungsarten zwangsläufig ihre Bedeutung verlieren würde. Das Ergebnis wäre letztlich eine Reduzierung des Dreistufentests auf einen Zweistufentest,¹⁵⁷¹ die im Widerspruch zum Anspruch eines effektiven Urheberschutzes durch die Konventionen und das europäische Recht stünde.¹⁵⁷²

In Anbetracht der vielfältigen Kritik an der mangelnden Flexibilität der zweiten Teststufe mag ein derartiges Ergebnis von vielen Kritikern als „kleineres Übel“ gegenüber einer zu engen Auslegung der zweiten Stufe akzeptiert werden. Es erscheint dennoch unglücklich, eine Auslegung zu wählen, die letztlich einer der Stufen des Dreistufentests zumindest „schleichend“ die Bedeutung entzieht. Vielmehr erscheint es vorzugswürdig, eine Auslegung zu finden, die weder einzelne Stufen des Dreistufentests überbetont und diese zu Ausschlusskriterien im Rahmen der dreistufigen Prüfung werden lässt, noch einzelne Stufen völlig inhaltsleer werden lässt.

Letztlich lässt sich in Fällen, in denen sich eine herkömmliche Auswertungsform eindeutig ermitteln lässt und eine privilegierte Handlung in unmittelbare Konkurrenz zu eben dieser Primärverwertung tritt, bereits mit Hilfe der historischen Herangehensweise begründen, dass eine Beeinträchtigung der normalen Auswertung im Sinne der zweiten Teststufe vorliegt und die Schrankenregelung somit wegen Verstoßes gegen den Dreistufentest unzulässig sein muss. Wenn jedoch – wie es aufgrund technologischer Neuerungen und der damit verbundenen Verschiebung und Neuentstehung von Märkten häufig der Fall sein wird – eine „normale“, herkömmliche Verwertungsform in diesem Sinne nicht eindeutig zu ermitteln ist, scheitert der historische Ansatz aufgrund seines zu statischen Charakters.

1571 Ebenso *Senfileben*, Three-Step Test, S. 170; *ders.*, CR 2003, 914 (917).

1572 Siehe auch *Hohagen*, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, S. 101 f., der diesen historischen Ansatz einerseits – zu Recht – als zu statisch kritisiert, andererseits jedoch – letztlich kaum weniger statisch – die „normale Auswertung“ unter Einbeziehung der modernen Formen der Werkverwertung im digitalen Kontext als diejenigen Hauptverwertungsformen definiert, denen *gegenwärtig* eine wichtige wirtschaftliche und praktische Bedeutung zukommt.

bb) Normative Auslegung

Einen völlig anderen und deutlich weitergehenden Ansatz zur Auslegung der zweiten Teststufe wählte das WTO-Panel im Streitbeilegungsverfahren „*United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*“.¹⁵⁷³ Es ist dabei allerdings auch zu beachten, dass die Auslegung des WTO-Panels sich ausschließlich auf die Regelung des Art. 13 TRIPS bezog. Das TRIPS-Übereinkommen verfolgt – anders als die anderen Konventionen und insbesondere auch die InfoSoc-Richtlinie – in erster Linie ökonomische Ziele, so dass auch die Auslegung des WTO-Panels in diesem Lichte zu sehen ist. Das Ergebnis des WTO-Panels muss bereits aus diesem Grund hinsichtlich seiner Übertragbarkeit auf die anderen Erscheinungsformen des Dreistufentests, insbesondere in seiner Ausformung durch die InfoSoc-Richtlinie, die auch wesentlich auf die soziale und kulturelle Dimension des Urheberrechts fokussiert ist, kritisch betrachtet werden.¹⁵⁷⁴

Auf Basis einer sorgfältigen Wortlautauslegung unter Heranziehung von Wörterbuchdefinitionen vertrat das WTO-Panel die Auffassung, der Begriff „*normal*“ könne in der englischen Sprache auf zwei unterschiedliche Arten verstanden werden. Zum einen komme dem Begriff eine eher empirische Bedeutung im Sinne von „*regular, usual, typical or ordinary*“ zu. Zum anderen könne der Begriff jedoch auch als „*conforming to a type or standard*“ und somit in einem eher normativen und dynamischeren Sinne interpretiert werden.¹⁵⁷⁵ Da das Panel sich nicht gezwungen sah, zu entscheiden, welche der beiden Bedeutungen des Begriffs im konkreten Fall maßgeblich sei, bemühte es sich unter Hinweis auf die Auslegungsregel des Art. 31 WÜV¹⁵⁷⁶ um eine Auslegung, die beiden Konnotationen des Begriffs gerecht würde.

1573 WTO-Panel Report, WT/DS160/R vom 15.6.2000; zum Gegenstand und Inhalt des Streitbeilegungsverfahrens siehe bereits oben Fn. 1385.

1574 So auch *Geiger*, e-Copyright Bulletin 2007, S. 6.

1575 Siehe WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.166. Ähnlich auch bereits die Entscheidung des WTO-Panels im Streitbeilegungsverfahren „*Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*“, in der das Panel in Bezug auf die (dem Art. 13 TRIPS ähnliche) für Patente geltende Regelung des Art. 30 TRIPS dieselbe Auffassung vertrat; siehe WTO-Panel Report, WT/DS114/R vom 17.3.2000, § 7.54.

1576 Siehe dazu oben 6. Kapitel, C.III.1.

Im Hinblick auf die erste, *empirische Bedeutung* der Formulierung nimmt das Panel in Anlehnung an *Ricketson*¹⁵⁷⁷ an, die „normale Auswertung“ sei dann betroffen, wenn es sich um eine Form der Auswertung handelt, die im Falle des normalen Laufes der Dinge vernünftigerweise auch vom Urheber hätte erwartet werden können.¹⁵⁷⁸ Zusätzlich sei aber auch die zweite, *dynamisch-normative Bedeutung* zu beachten, die die Berücksichtigung von technologischen Entwicklungen und Marktgesichtspunkten ermögliche.¹⁵⁷⁹ Das Panel kommt dabei zu dem Ergebnis, die „normale Auswertung“ in diesem zweiten, normativen Sinne umfasse neben den Auswertungsformen, die derzeit bereits erhebliche oder spürbare Einnahmen erzeugten, auch solche Nutzungsformen, die – mit einem gewissen Grad an Wahrscheinlichkeit – zukünftig beachtliche ökonomische oder praktische Bedeutung erlangen könnten.¹⁵⁸⁰ Die normale Auswertung sei demnach letztlich immer dann betroffen, wenn eine Nutzung in einen wirtschaftlichen Wettbewerb zu den Nutzungsformen trete, die den Rechten eines Rechteinhabers gewöhnlich einen wirtschaftlichen Wert gäben, so dass der Rechteinhaber letztlich um einen erheblichen oder spürbaren wirtschaftlichen Gewinn gebracht werde.¹⁵⁸¹

Das Panel stellt somit bei der Ermittlung der „normalen Auswertung“ zentral auf ökonomische Gesichtspunkte ab. Entscheidend ist demnach die *ökonomische Relevanz* der fraglichen Verwertung im Rahmen der Gesamtverwertung beziehungsweise Gesamtverwertungsmöglichkeit aus

1577 *Ricketson*, Berne Convention, S. 483.

1578 Siehe WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.176: „[...] *the ways in which an author might reasonably be expected to exploit his work in the normal course of events.*“.

1579 Vgl. WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.178.

1580 WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.180: „*Thus it appears that one way of measuring the normative connotation of normal exploitation is to consider, in addition to those forms of exploitation that currently generate significant or tangible revenue, those forms of exploitation which, with a certain degree of likelihood and plausibility, could acquire considerable economic or practical importance.*“.

1581 Siehe WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.183: „*We believe that an exception or limitation to an exclusive right [...] rises to the level of a conflict with a normal exploitation of the work [...] if uses [...] enter into economic competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right to the work (i.e., the copyright) and thereby deprive them of significant or tangible commercial gains.*“; zustimmend Gervais, TRIPS Agreement, 2.121; *ders.*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, 16 f. (2005.).

Sicht des Rechteinhabers. Diese rein ökonomisch fokussierte Betrachtungsweise weist jedoch – neben der Unsicherheit, die jedem Wahrscheinlichkeitsurteil über mögliche zukünftige Marktentwicklungen anhaftet – eine erhebliche Schwäche auf: Betrachtet man im Sinne des WTO-Panels unter ausschließlicher Beachtung ökonomischer Interessen der Rechteinhaber alle diejenigen Verwertungsformen als „normale Auswertung“, denen aktuell oder potentiell eine gewisse wirtschaftliche oder praktische Bedeutung zukommt, und lässt man – wie das Panel – bereits eine auch nur geringe ökonomische Bedeutung genügen, droht die zweite Teststufe gerade im digitalen Verwertungsumfeld aufgrund der ständig wachsenden Möglichkeiten zur Werkauswertung und zu deren Kontrolle zu einer (fast) unüberwindbaren Hürde für die Prüfung zu werden.¹⁵⁸² So müssten alle erdenklichen aktuell bestehenden oder zukünftig – insbesondere auch durch neue Möglichkeiten des Einsatzes von DRM-Systemen – zu erwartenden Verwertungsformen – unabhängig von den möglicherweise dahinter stehenden öffentlichen Interessen – der „normalen Auswertung“ zugerechnet werden und demnach einen Verstoß gegen die zweite Stufe des Dreistufentests darstellen, da sie dem Rechteinhaber einen derzeit oder zukünftig realisierbaren Gewinn entziehen.¹⁵⁸³ Die Prüfung wäre somit notwendig an dieser Stelle „abgeschnitten“, da nach h.M. auf der zweiten Stufe auch eine „Heilung“ durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung nicht möglich ist.^{1584/1585} Selbst traditionell privilegierte Nutzungsfor-

1582 Heide, EIPR 1999, 21(3), 105 (106) weist zutreffend darauf hin, dass durch die Weiterentwicklung der technischen Möglichkeiten insbesondere auf dem Gebiet der DRM-Systeme bereits heute und erst recht in absehbarer Zukunft beinahe jede Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes unter den Vorbehalt des Abschlusses einer (Einzel-)Lizenz gestellt werden kann.

1583 Vgl. Griffiths, IPQ 2009, 428 (441); ähnlich Senfleben, Three-Step Test, S. 181. Eine theoretische Grundlage für diese Auffassung, die auf neoklassizistischen ökonomischen Theorien basiert, liefern etwa Bell, 76 N.C. L. Rev. 557, 567 ff. (1998); Gordon, 82 Colum. L. Rev. 1600, 1605 ff. (1982); Merges, 12 Berkeley Tech. L.J. 115, 130 ff. (1997).

1584 Siehe dazu oben S. 352 f. sowie die Nachweise in Fn. 1562.

1585 Vgl. Heide, EIPR 1999, 21(3), 105 (106): „In an environment where few, if any, practical problems prevent contracting directly with the end user for the user's desired use of a work and where on-line contracts and technological devices enable an author to monitor the use of his work, such an interpretation potentially transforms the three-step test into a one-step test, and in the process renders it, depending on the perspective taken, either totally effective or completely ineffective.“.

men – beispielsweise eine Nutzung zu privaten Studien- und Forschungszwecken oder im Rahmen einer Parodie – müssten demnach zukünftig dann zur „normalen Auswertung“ gezählt werden, wenn die Rechteinhaber transaktionskostenarme Möglichkeiten – etwa durch die Verwendung technischer Schutzmaßnahmen – entwickelten, um derartige Nutzungen unter den Vorbehalt einer Lizenzerteilung zu stellen und so für diese eine Bezahlung zu verlangen.¹⁵⁸⁶

Um zu verhindern, dass der Dreistufentest regelmäßig bereits auf der zweiten Stufe scheitert, bedarf die rein ökonomische Herangehensweise des WTO-Panels einer Korrektur. Nur wenn die zweite Teststufe „überwunden“ wird, kann die – entscheidende – auf der dritten Stufe des Dreistufentests angelegte umfassende Abwägung der konfligierenden Interessen erfolgen und insbesondere auch die Möglichkeit der Zahlung einer angemessenen Vergütung in den Abwägungsvorgang einbezogen werden.

Es ist deshalb vorgeschlagen worden, dem Bereich der „normalen Auswertung“ nur den *ökonomischen Kern* des Urheberrechts zuzurechnen und somit nur solche Schrankenbestimmungen als Beeinträchtigung der normalen Auswertung anzusehen, die dem Urheber oder Rechteinhaber eine aktuelle oder potentielle Einnahmequelle entziehen, die typischerweise von ganz erheblichem Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung der betroffenen Werkart ist.¹⁵⁸⁷ Verstehe man den gesamten Dreistufentest als verfeinerte Verhältnismäßigkeitsprüfung, so komme der zweiten Teststufe die Funktion zu, Fälle evidenter Unverhältnismäßigkeit bereits im Vorfeld der eigentlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung der dritten Stufe auszuschließen.¹⁵⁸⁸ Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt somit auch nach dieser Ansicht auf den ökonomischen Interessen der Urheber.

Aufgrund der nicht ausschließlich ökonomischen Fokussierung der anderen Erscheinungsformen des Dreistufentests scheint es jedoch sinnvoll, im Rahmen der zweiten Teststufe ausgehend vom entscheidenden Faktor der ökonomischen Relevanz der fraglichen Verwertungsform Abstand von

1586 Siehe Ginsburg, RIDA 187 (2001), 3 (49 f.); zustimmend Geiger, e-Copyright Bulletin 2007, S. 6; Griffiths, IPQ 2009, 428 (441); He, IIC 2009, 274 (284); weitgehend zustimmend Senfileben, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 (180).

1587 Vgl. Senfileben, Three-Step Test, S. 193 f.; ders., GRUR Int. 2004, 200 (209); zustimmend Rehse, Ungeschriebene Schranken, S. 142; Runge, GRUR Int. 2007, 130 (134).

1588 Senfileben, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 181 f.

der reinen Fokussierung auf den Rechteinhaber zu nehmen und zusätzlich weitere normative, nicht-ökonomische Aspekte zu berücksichtigen. Es kann durchaus auf der zweiten Stufe danach gefragt werden, ob eine bestimmte Verwertungsart tatsächlich ausschließlich dem Rechteinhaber zugeordnet werden *sollte*.¹⁵⁸⁹ So können bereits auf dieser Stufe auch übergeordnete Allgemeininteressen Beachtung finden.¹⁵⁹⁰ Zur „normalen Auswertung“ sollten demnach solche Formen der Werkverwertung nicht gezählt werden, mit deren wirtschaftlicher Auswertung der Rechteinhaber vernünftiger Weise nicht rechnen darf.¹⁵⁹¹ Dies sollte jedoch keinesfalls in dem Sinne verstanden werden, dass automatisch alle Verwertungshandlungen, zu deren Gunsten bereits Schrankenregelungen bestehen, außerhalb des Bereichs liegen, mit dessen Auswertung der Rechteinhaber rechnen darf. Andernfalls wäre die logische Konsequenz der automatische Schutz des *status quo* der Schrankenregelungen.¹⁵⁹² Vielmehr sollte zusätzlich zu der stets zu ermittelnden wirtschaftlichen Bedeutung einer Verwertungsform anhand von normativen, über die Bestimmung des rein ökonomischen Umfangs der Verwertungsform hinausgehenden Aspekten für jeden Einzelfall ermittelt werden, ob diese dem Rechteinhaber tatsächlich

1589 So auch *Ricketson*, WIPO Study, S. 24: „[...] *considerations as to what the copyright owner's market should cover [...]*” [Hervorhebung im Original]; zustimmend *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 303.

1590 Vgl. *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 3 (51); *He*, IIC 2009, 274 (285).

1591 Vgl. *Ricketson*, IPQ 1999, 56 (70). Diese Ansicht stützt auch der Bericht der sog. *Swedish/BIRPI Study Group*, einer 1963 ins Leben gerufenen Gruppe von Vertretern der schwedischen Regierung und des United International Bureau for the Protection of Intellectual Property (BIRPI), die mit der Vorbereitung der Stockholmer Revisionskonferenz von 1967 betraut war. In ihrem Bericht äußerte die *Swedish/BIRPI Study Group* im Hinblick auf die zweite Teststufe: „[A]ll the forms of exploiting a work, which had, or were likely to acquire, considerable economic or practical importance, must in principle be reserved to the authors“; *BIRPI*, General Report of the Swedish/BIRPI Study Group Established at 1 July 1964, Doc. DA/22/2, S. 47 f. [Hervorhebung durch den Verfasser]; siehe auch Doc. S/1, *WIPO*, Records of the IP Conference at Stockholm, S. 111 f. Dies legt den Schluss nahe, dass auch die Study Group davon ausging, dass durchaus Verwertungsformen denkbar sind, denen eine ökonomische oder praktische Bedeutung für den Urheber oder derivativen Rechteinhaber zukommt und die dennoch nicht zum Bereich der „normalen Auswertung“ zu zählen sind.

1592 Auf die Gefahr einer derartig zirkelschlüssigen Argumentation weist *Goldstein*, International Copyright, S. 295 f. überzeugend hin; zustimmend *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 3 (45); *Senfileben*, Three-Step Test, S. 172.

ausschließlich zugeordnet werden sollte, oder ob dies etwa aus Sicht der Gesamtwohlfahrt zu untragbaren Ergebnissen, etwa aufgrund eines Marktversagens, führen würde oder etwa gegen Grundrechte Dritter verstieße.¹⁵⁹³

Wie gezeigt wurde, droht sowohl eine zu enge als auch eine zu weite Definition der „normalen Auswertung“ im Rahmen der zweiten Prüfungsstufe den gesamten Dreistufentest aus dem Gleichgewicht zu bringen. Es gilt jedoch auch zu beachten, dass im Rahmen der dritten Teststufe, nach der eine *ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen* der Rechteinhaber verboten ist, aufgrund des offenen Wortlauts Raum für eine umfassende Abwägung und einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen bleibt. Wesentliches Ziel der Auslegung der zweiten Prüfungsstufe muss es daher sein, zum einen ein vorzeitiges „Abbrechen“ der Prüfung und daraus resultierende ungerechte Ergebnisse zu vermeiden, zum anderen aber auch, die zweite Stufe nicht durch eine allzu umfassende Prüfung zu überfrachten, die die der dritten Stufe vorbehaltene umfassende Interessenabwägung weitgehend vorwegnehmen würde. *Ausgangspunkt* für die Bestimmung der „normalen Auswertung“ eines Werkes auf der zweiten Teststufe muss weiterhin die *ökonomische Bedeutung einer Verwertungsform* sein. Dies erfordert eine Identifizierung der betroffenen Märkte und deren genaue Analyse sowie eine Folgenbetrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen einer Schrankenbestimmung auf die ökonomischen Interessen des Rechteinhabers.¹⁵⁹⁴ Ein alleiniges Abstellen auf die Interessen der Rechteinhaber auf der zweiten Teststufe kann dem Dreistufentest als Abwägungsvorgang zwischen den Interessen der Rechteinhaber und denen der Nutzer beziehungsweise der Allgemeinheit jedoch nicht gerecht werden. Andernfalls wäre die Prüfung stets bereits dann auf der zweiten Stufe beendet, wenn eine Schrankenregelung einen Marktbereich beträfe, der tatsächlich oder potentiell von einigem Gewicht für den Rechteinhaber ist. Zu einer Abwägung der beteiligten Interessen auf der (entscheidenden) dritten Stufe käme es in diesem Fall nicht. Aufgrund der fortschreitenden technischen Entwicklung und der damit verbundenen stetigen – zumindest potentiellen – Erschließung zusätzlicher Märkte würde so auf längere Sicht die dritte Stufe als Beschränkung funktionslos. Ein solches Ergebnis

1593 So auch *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 3 (51 f.); zustimmend *He*, IIC 2009, 274 (285); *Nolte*, Informationsmehrwerdendienste, S. 303. Ähnlich *Hilty*, in: FS Schricker II, S. 325 (344).

1594 Vgl. *Senfileben*, GRUR Int. 2004, 200 (209).

ließe aber die Tatsache außer Betracht, dass zahlreiche Schrankenbestimmungen denkbar sind, die zwar einen ökonomisch gewichtigen Verwertungsmarkt betreffen, jedoch zu keinen oder lediglich zu marginalen finanziellen Verlusten für die Rechteinhaber führen, etwa weil die privilegierten Handlungen bei genauerer Betrachtung auch den Interessen der Rechteinhaber dienen mögen¹⁵⁹⁵ – insbesondere wenn nicht ökonomische Interessen des Urhebers im Vordergrund stehen – oder weil die Zahlung einer (auf der dritten Teststufe zu berücksichtigenden) angemessenen Vergütung die Interessen der Rechteinhaber ebenso oder gar besser zu wahren vermag als ein Verbotsrecht.¹⁵⁹⁶ Es ist somit auf der zweiten Stufe zu beurteilen, wem bei wertender Betrachtung der beteiligten widerstreitenden Interessen ein Markt im konkreten Fall zuzuordnen ist. Unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen, insbesondere auch von Grundrechten Dritter, kann so verhindert werden, dass die zweite Teststufe des Dreistufentests aufgrund eines zu engen Verständnisses des Kriteriums der „normalen Auswertung“ zu unerwünschten oder gar untragbaren Ergebnissen führt. Gleichzeitig kann die zweite Teststufe bei einem solchen Verständ-

1595 So etwa in dem im 4. Kapitel ausführlich dargestellten Fall der Nutzung fremder Werke als *Thumbnails* im Rahmen eines Bildersuchdienstes. Die Werknutzung durch die Bildersuchmaschine führt in aller Regel zu keinem (spürbaren) finanziellen Nachteil der Rechteinhaber und ermöglicht zugleich eine Steigerung der Bekanntheit der verwendeten Werke durch eine verbesserte (oder gar erstmalige) Auffindbarkeit und gesteigerten *traffic* der jeweiligen Internetseite.

1596 Letzteres ist insbesondere denkbar, wenn ein Urheber – wie vielfach üblich – seine Rechte umfassend einem Primärverwerter eingeräumt hat. In diesem Fall profitiert von einem Verbotsrecht hinsichtlich einer möglichen Sekundärverwertung nur der mit umfassenden Rechten ausgestattete Primärverwerter, nicht jedoch der Urheber. Bei einer die Sekundärverwertung zulassenden Schrankenregelung, die einen gesetzlichen Vergütungsanspruch vorsieht, partizipiert der Urheber hingegen wenigstens anteilmäßig am Verwertungserlös; vgl. dazu die entsprechenden Überlegungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Urte. v. 26.6.2007, Az. 4C.73/2007 = GRUR Int. 2007, 1046 (1050) – *Elektronische Pressespiegel*; siehe auch *Geiger*, e-Copyright Bulletin 2007, S. 8; *Hilty*, GRUR 2005, 819 (820); *Hohagen*, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, S. 109; *Reinbothe/v.Lewinski*, WIPO Treaties, Art. 10 WCT Rn. 21; kritisch aber *Reschke*, Verfassungs- und dreistufentestkonforme Auslegung, S. 80. Ähnlich BGHZ 151, 300 (311 f.) – *Elektronischer Pressespiegel* (der BGH rechtfertigt die ausnahmsweise extensive Auslegung einer Schrankenbestimmung damit, dass die Anwendung der Schranke den Urheber günstiger stelle als die Geltung des Ausschließlichkeitsrechts). Vgl. auch bezüglich gesetzlicher Lizenzen die Überlegungen von *Hilty*, in: FS Schricker II, S. 325 (345).

nis dazu dienen, Fälle von evidenter Unverhältnismäßigkeit bereits vor dem Eintritt in eine auf der dritten Teststufe vorzunehmende umfassende Interessenabwägung auszusondern.¹⁵⁹⁷

Ein solches Verständnis der zweiten Teststufe nähert sich deutlich der US-amerikanischen *Fair Use*-Prüfung an, in deren Rahmen die betroffenen ökonomischen Interessen des Rechteinhabers insbesondere bei der Prüfung der vierten Stufe zwar ein zentrales Kriterium darstellen, jedoch keinesfalls einzig entscheidend für die Zulässigkeit einer urheberrechtlichen Schrankenregelung sind.¹⁵⁹⁸ Die für die Bestimmung des *Fair Use* entwickelten Kriterien der Rechtsprechung und die ebenfalls zu beachtenden weiteren Faktoren mögen gar geeignet sein, als Leitlinie für die Bestimmung der „normalen Auswertung“ eines Werkes im Rahmen des Dreistufentests zu dienen.¹⁵⁹⁹ Auch die von Wissenschaftlern des *Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht* und der *School of Law at Queen Mary, University of London*, erarbeitete „*Declaration on a Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' in Copyright Law*“¹⁶⁰⁰ ähnelt diesen Überlegungen. Es wird vorgeschlagen, Schranken dann als nicht mit der normalen Auswertung konkurrierend anzusehen, wenn sie auf wichtigen konkurrierenden Erwägungen beruhen oder den Effekt haben, unangemessenen Einschränkungen des Wettbewerbs, namentlich auf Sekundärmärkten, entgegenzuwirken.¹⁶⁰¹ Schließlich soll nach der „*Declaration*“ der Dreistufentest ausdrücklich in einer Weise ausgelegt werden, welche die berechtigten Interessen Dritter berücksichtigt.¹⁶⁰² Das Vorliegen „wichtiger konkurrierender Erwägungen“ und „berechtigter Interessen Dritter“ sind Überlegungen, die auch im Rah-

1597 Vgl. *Senfleben*, CR 2003, 914 (918).

1598 Siehe zur *Fair Use*-Prüfung und zur Auslegung deren vierter Stufe oben 2. Kapitel, C.I. und 5. Kapitel, B.II.1.e).

1599 Ähnlich *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 305. Deutlich weitergehend *He*, IIC 2009, 274 (294 ff.), der ausdrücklich alle vier *Fair Use*-Faktoren (unter leichter Abwandlung des vierten Faktors) zum Prüfungsmaßstab der zweiten Stufe des Dreistufentests erheben möchte.

1600 Abgedruckt in IIC 2008, 707 [im Folgenden: *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707]; eine (nicht maßgebliche) deutsche Übersetzung der Erklärung ist abgedruckt in GRUR Int. 2008, 822.

1601 Siehe *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707 (711).

1602 Siehe *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707 (712).

men der *Fair Use*-Prüfung, insbesondere auf deren erster Stufe,¹⁶⁰³ ange stellt werden. Die Frage nach dem „Effekt, unangemessenen Einschränkungen des Wettbewerbs entgegenzuwirken“, ähnelt ebenfalls der *Fair Use*-Prüfung, insbesondere deren vierter Stufe.¹⁶⁰⁴

c) Ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen

Auf der dritten Stufe des Dreistufentests ist schließlich zu prüfen, ob die berechtigten Interessen des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers unzumutbar beziehungsweise ungebührlich¹⁶⁰⁵ verletzt werden. Nicht jede Beeinträchtigung von Interessen des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers stellt demnach automatisch einen Verstoß gegen die dritte Prüfungsstufe dar. Es wird vielmehr anerkannt, dass jede Beschränkung die Interessen des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers in gewisser Weise beeinträchtigt, eine Schrankenbestimmung jedoch nur dann an der dritten Teststufe scheitern soll, wenn dadurch solche Interessen betroffen werden, die bei wertender Betrachtung als „berechtigt“ anzusehen sind, und wenn deren Verletzung „ungebührlich“ erscheint.¹⁶⁰⁶ Dieser wertungsoffene Wortlaut gibt der dritten Stufe den nötigen Spielraum für eine umfassende Abwägung, mit deren Hilfe ein sachgerechter Ausgleich zwi-

1603 „[T]he purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes“; eingehend zur ersten Stufe der *Fair Use*-Prüfung siehe oben 2. Kapitel, C.I. und 5. Kapitel, B.II. 1.b).

1604 „[T]he effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work“; zur vierten Stufe der *Fair Use*-Prüfung siehe oben 2. Kapitel, C.I.2.c) und 5. Kapitel, B.II.1.e).

1605 Diese Abweichung im Wortlaut („unzumutbar“ in Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS und Art. 10 WCT – „ungebührlich“ in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL) findet sich nur in den deutschen Sprachfassungen. In allen englischen Fassungen wird die Formulierung „...do not *unreasonably* prejudice...“ verwendet. Es erscheint daher vorzugswürdig, auch in der deutschen Sprache durchgehend das Wort „ungebührlich“ anstelle von „unzumutbar“ zu verwenden, da dieses dem (maßgeblichen) englischen Wortlaut näher kommt; so auch *Senfileben*, CR 2003, 914 (Fn. 3) unter Hinweis auf *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (47), der auf diese Abweichung aufmerksam macht.

1606 Vgl. *Gervais*, TRIPS Agreement, 2.122; *Ricketson*, Berne Convention, S. 483 f.

schen den widerstreitenden Interessen gefunden werden kann.¹⁶⁰⁷ Als Leitlinie einer solchen umfassenden Abwägung bietet sich der – in unterschiedlichen Ausprägungen – in vielen Rechtsordnungen und insbesondere auch im EG-Recht anerkannte¹⁶⁰⁸ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an.¹⁶⁰⁹

Dabei bedürfen auf dieser Teststufe insbesondere drei Aspekte der näheren Erörterung: Erstens enthalten die unterschiedlichen Erscheinungsformen des Dreistufentests abweichende Formulierungen hinsichtlich des Personenkreises, auf dessen Interessen abzustellen ist. Art. 9 Abs. 2 RBÜ sowie die WIPO-„Internet Treaties“ sprechen von den „berechtigten Interessen des *Urhebers*“, nach Art. 13 TRIPS und Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL ist hingegen auf die „berechtigten Interessen des *Rechtsinhabers*“ abzustellen. Zweitens ist zu erörtern, wann Interessen als „*berechtigt*“ im Sinne dieser Stufe des Dreistufentests anzusehen sind. Drittens stellt sich schließlich die Frage, wann eine Verletzung „*ungebührlich*“ ist, wobei insbesondere die Verhinderung beziehungsweise Beseitigung einer ungebührlichen Verletzung durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung zu diskutieren sein wird.

aa) Auswirkung der Wortlautabweichung „Urheber“ – „Rechtsinhaber“

Die verschiedenen Erscheinungsformen des Dreistufentests unterscheiden sich in Bezug auf den Wortlaut der jeweiligen dritten Stufe. Während nach der ursprünglichen Fassung des Dreistufentests in Art. 9 Abs. 2 RBÜ und ebenso nach Art. 10 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT auf die „berechtigten Interessen des *Urhebers*“ abzustellen ist, sind nach Art. 13 TRIPS und nach Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL die „berechtigten Interessen des *Rechtsinhabers*“ zu beachten.

Die Formulierung des Art. 9 Abs. 2 RBÜ, der auf die Interessen des Urhebers abstellt, entspricht dem Sprachgebrauch der gesamten Berner Über-

1607 Vgl. *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, 18 f. (2005); *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 3 (55 f.); *Ricketson*, Berne Convention, S. 484.

1608 Vgl. dazu grundlegend *Emmerich-Fritzsche*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbes. S. 96 ff.

1609 So etwa auch *Dusollier*, IRDI 2005, 212 (221); *Geiger*, IIC 2006, 683 (696); *ders.*, e-Copyright Bulletin 2007, S. 18; *Senfleben*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 (183); *ders.*, GRUR Int. 2004, 200 (210 f.).

einkunft, in der stets auf den Urheber verwiesen wird, da das Ziel der Übereinkunft der möglichst wirksame und gleichmäßige Schutz der Rechte der Urheber von Werken der Literatur und Kunst in allen Verbandsstaaten ist.¹⁶¹⁰ Durch Art. 2 Abs. 6 RBÜ werden auch die Rechtsnachfolger und die Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte in den Schutzbereich einbezogen. Es sind somit sowohl die Interessen der eigentlichen Urheber als auch die – möglicherweise gegenläufigen¹⁶¹¹ – Interessen der Werkverwerter zu berücksichtigen. Der Wortwahl des Art. 9 Abs. 2 RBÜ schließen sich die als Sonderabkommen nach Art. 20 RBÜ abgeschlossenen WIPO-„Internet Treaties“ konsequenterweise an.

Nach Art. 13 TRIPS sollen hingegen die „berechtigten Interessen des *Rechtsinhabers*“ maßgeblich sein. Diese Wortlautabweichung gegenüber der RBÜ überrascht auf den ersten Blick, da es gerade das ausdrückliche Ziel des TRIPS-Übereinkommens war, die Mitgliedstaaten zur Einhaltung des hohen Schutzniveaus der materiellen Bestimmungen der RBÜ zu verpflichten,¹⁶¹² so dass eine wortgleiche Übernahme des Dreistufentests naheliegend erscheint. Es ist allerdings zu beachten, dass nach Art. 9 Abs. 1 TRIPS ausdrücklich die durch Art. 6^{bis} RBÜ gewährten Urheberpersönlichkeitsrechte vom Schutz durch das TRIPS-Übereinkommen ausgenommen sind. Vor dem Hintergrund dieser Regelung ist auch der abweichende Wortlaut des Art. 13 TRIPS zu verstehen. Hätte das TRIPS-Übereinkommen den Dreistufentest der RBÜ wortgleich übernommen und ebenfalls auf die „berechtigten Interessen des *Urhebers*“ abgestellt, so hätte dies als Indiz verstanden werden können, dass alle im Rahmen des Dreistufentests der Berner Übereinkunft im Rahmen der dritten Teststufe zu berücksichtigenden Interessen auch unter dem TRIPS-Übereinkommen Berücksichtigung finden müssten. Für Art. 9 Abs. 2 RBÜ ist allerdings anerkannt, dass als derartige Interessen neben den ökonomischen Interessen auch urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte erfasst sind.¹⁶¹³ Die neutralere Formulierung unter Bezugnahme auf die „berechtigten Interessen des *Rechtsinhabers*“ in Art. 13 TRIPS ist somit als Klarstellung zu verstehen, dass – wie im gesamten TRIPS-Übereinkommen – auch im Rahmen des Dreistufentests urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen keine Berücksichti-

1610 Vgl. die Präambel der RBÜ.

1611 Vgl. dazu unten 6. Kapitel, D.II. sowie ausführlich zur tripolaren Interessenlage im Urheberrecht *Hilty*, GRUR 2005, 819 (820 ff.); *ders.*, Urheberrecht, S. 25 ff.

1612 Vgl. dazu bereits oben 6. Kapitel, A.VII.

1613 Siehe *Ricketson*, IPQ 1999, 56 (70).

gung finden sollen.¹⁶¹⁴ Eine ungebührliche Verletzung der Interessen der Rechtsinhaber kann somit im Rahmen des Dreistufentests nach dem TRIPS-Übereinkommen allein auf deren vermögensrechtliche Interessen gestützt werden.

Ebenfalls auf die Interessen der Rechtsinhaber stellt Art. 5 Abs. 5 der InfoSoc-Richtlinie ab. Im Rahmen der Richtlinie resultiert die Verwendung des Begriffs „Rechtsinhaber“ allerdings in erster Linie daraus, dass die Richtlinie neben Urheberrechten ausdrücklich auch verwandte Schutzrechte erfasst und somit die Inhaber dieser Schutzrechte ebenfalls in den Schutzbereich des Dreistufentests einbezogen werden.¹⁶¹⁵ Die wörtliche Übernahme der Formulierung des Dreistufentests des WCT und WPPT, deren Umsetzung die Richtlinie (auch) diene, wäre somit schlichtweg nicht ausreichend gewesen, um alle zu berücksichtigenden Interessengruppen zu erfassen. Ebenso wie beim TRIPS-Übereinkommen müssen zudem auch im Rahmen der Auslegung des Dreistufentests in seiner Ausformung durch die InfoSoc-Richtlinie urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen ausweislich des neunzehnten Erwägungsgrundes zur Richtlinie letztlich außer Betracht bleiben.

bb) Berechtigte Interessen

Die dritte Stufe des Dreistufentests spricht von den „berechtigten Interessen“ des Urhebers beziehungsweise Rechtsinhabers. Es ist somit zu klären, wann die betroffenen Interessen des Urhebers oder Rechteinhabers als „berechtigt“ im Sinne dieser Stufe anzusehen sind. Als Ausgangspunkt für diese Überlegung bieten sich die Feststellungen des WTO-Panels im Streitbeilegungsverfahren „*United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*“¹⁶¹⁶ an. Das Panel ging zunächst von einer *rechtlich-positivistischen Sichtweise* aus und stellte fest, eine Möglichkeit sei es, das „berechtigte Interesse“ als den ökonomischen Wert der Ausschließlichkeitsrechte zu definieren, die dem Rechteinhaber durch das Urheberrecht gewährt

1614 Vgl. Hohagen, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, S. 110; Senftleben, Three-Step Test, S. 225.

1615 Vgl. Senftleben, GRUR Int. 2004, 200 (209).

1616 WTO-Panel Report, WT/DS160/R vom 15.6.2000; zum Gegenstand und Inhalt des Streitbeilegungsverfahrens siehe bereits oben Fn. 1385.

werden.¹⁶¹⁷ „Berechtigte Interessen“ wären nach dieser Ansicht also letztlich gleichbedeutend mit „rechtlichen Interessen“.¹⁶¹⁸ Das Panel stellte jedoch weiterhin fest, dass der Begriff „berechtigt“ auch anders, im Sinne eines *normativen Erfordernisses*, verstanden werden könne. Diesbezüglich griff das Panel auf die Entscheidung eines früheren WTO-Panels zurück, das sich im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens zum Patentschutz von pharmazeutischen Produkten in Kanada¹⁶¹⁹ mit der an den Dreistufentest angelehnten Bestimmung des Art. 30 TRIPS auseinandersetzte. Art. 30 TRIPS verbietet die ungebührliche Verletzung von berechtigten Interessen des Patentinhabers unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen Dritter¹⁶²⁰ und bietet somit einen größeren Abwägungsspielraum als die starrere Formulierung des Dreistufentests in Art. 13 TRIPS. Trotz dieser Abweichung nahm das WTO-Panel in der Rechtssache „*United States – Section 110(5)*“ ausdrücklich Bezug auf die Ausführungen des patentrechtlichen Panel Reports zur Identifizierung berechtigter Interessen.¹⁶²¹ Das Patent-Panel war zu Art. 30 TRIPS zu der Überzeugung gelangt, der Ausdruck „berechtigte Interessen“ stelle ein normatives Erfordernis dar, das „den Schutz von Interessen verlangt, die in dem Sinne „gerechtfertigt“ sind, dass sie auf relevanten politischen Wertentscheidungen oder anderen sozialen Normen beruhen“.¹⁶²² Übertragen auf das Urheberrecht vertrat das WTO-Panel in der Rechtssache „*United States – Section 110(5)*“ die Auffassung, es könnten demnach solche Interessen als „berechtigt“ angesehen werden, die im Lichte der kulturellen, ökonomischen oder sozialen Überzeugungen, die die Einräumung von Urheberrechten tragen, gerechtfertigt erscheinen.¹⁶²³

1617 Vgl. WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.227.

1618 Vgl. *Ficsor*, RIDA 192 (2002), 111 (141); *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, 17 f. (2005); *Senfleben*, Three-Step Test, S. 228, 230.

1619 WTO-Panel Report „*Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*“, WT/DS114/R vom 17.3.2000.

1620 Art. 30 TRIPS lautet: „*Members may provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not unreasonably conflict with a normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, taking account of the legitimate interests of third parties.*“.

1621 Siehe WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.224 und 6.227.

1622 Siehe WTO-Panel Report, WT/DS114/R, § 7.69.

1623 Siehe WTO-Panel Report, WT/DS160/R, § 6.224; zustimmend *Senfleben*, Three-Step Test, S. 230 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200 (210).

Trotz des traditionell fehlenden Konsenses über die hinter der Gewährung des Urheberrechtsschutzes stehenden Wertentscheidungen¹⁶²⁴ besteht inzwischen insbesondere aufgrund des hohen Schutzniveaus internationaler Verträge weitgehende Einigkeit hinsichtlich Umfang und Ausgestaltung des urheberrechtlichen Schutzes, so dass diese Herangehensweise gewisse Aussagen über die Berechtigung eines Interesses ermöglicht. Jedenfalls das ökonomische Interesse des Urhebers an der Geltendmachung international anerkannter Ausschließlichkeitsrechte wird demnach als berechtigtes Interesse im Sinne des Dreistufentests anzusehen sein.¹⁶²⁵ Neben diesen ökonomischen Interessen kommen als berechnigte Interessen im Sinne des Dreistufentests ebenfalls urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen in Betracht, jedenfalls soweit der in Art. 6^{bis} RBÜ manifestierte diesbezügliche Minimalkonsens¹⁶²⁶ reicht.¹⁶²⁷ Ausscheiden muss die Berücksichtigung persönlichkeitsrechtlicher Interessen jedoch – wie bereits gezeigt – im Hinblick auf Art. 13 TRIPS und Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL.

cc) Ungebührliche Verletzung

Schließlich stellt sich die Frage, wann diese berechtigten Interessen der Urheber beziehungsweise Rechteinhaber *ungebührlich* verletzt werden. Ausgangspunkt des abschließend vorzunehmenden Abwägungsvorganges sind die berechtigten Belange der genannten Interessengruppen. (Berechtigte) Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter Nutzergruppen finden hingegen im Dreistufentest – anders als etwa in Art. 30 TRIPS¹⁶²⁸ – keine ausdrückliche Erwähnung. Jedoch bedarf es für die Frage, ob eine Interessenbeeinträchtigung als ungebührlich einzustufen ist, notwendigerweise einer Abwägung. Diese Abwägung wiederum erfordert einen Bezugspunkt, den sinnvollerweise nur Interessen außerhalb des Interessenkreises der ausdrücklich genannten Gruppen (Urheber und Rechteinhaber), insbesondere also wichtige Interessen der Allgemeinheit oder bestimmter Nut-

1624 Zu den unterschiedlichen Grundansätzen der *copyright*- und *droit d'auteur*-Systeme vgl. bereits oben 1. Kapitel, A. und B.

1625 Vgl. *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200 (210); zustimmend *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 307.

1626 Vgl. dazu *Dietz*, 19 Colum.-VLA J.L. & Arts 199, 200 ff. (1995).

1627 Vgl. *Ricketson*, IPQ 1999, 56 (70); *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200 (210).

1628 Vgl. dazu oben Fn. 1617.

zergruppen darstellen können.¹⁶²⁹ Eine derartige Interessenabwägung unter Gegenüberstellung der Interessen der Urheber und Rechteinhaber einerseits und Interessen der Allgemeinheit an der Nutzung der urheberrechtlichen Verwertungsgegenstände andererseits steht auch im Einklang mit neueren Entwicklungen im internationalen (Urheber-) Recht, wonach die Interessen der Allgemeinheit eine deutlich stärkere Betonung gefunden haben.¹⁶³⁰

Als Grundregel lässt sich demnach festhalten, dass ein Eingriff als ungebührlich anzusehen ist, wenn im konkreten Fall die betroffenen berechtigten Interessen der Urheber oder Rechteinhaber schwerer wiegen als die Interessen der Allgemeinheit.¹⁶³¹ Verwendet man – wie hier befürwortet – den *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit* als Leitbild dieses Abwägungsvorganges, so lässt sich dies weiter präzisieren. Eine Verletzung der berechtigten Interessen des Urhebers oder Rechteinhabers darf unter Berücksichtigung der Zwecke, denen die Beschränkung dient, nicht unverhältnismäßig sein.¹⁶³² Eine Schrankenregelung muss demnach zur Erreichung der Zwecke *geeignet, erforderlich und angemessen* sein.¹⁶³³ Die Geeignetheit einer Regelung erfordert nicht, dass das Regelungsziel in jedem Einzelfall tatsächlich erreicht wird, mit seiner Hilfe muss jedoch der ge-

1629 Vgl. *Ginsburg*, RIDA 187 (2001), 3 (57).

1630 Vgl. die Präambel des WCT, die explizit die Notwendigkeit anerkennt, „ein Gleichgewicht zwischen den Rechten der Urheber und dem umfassenderen öffentlichen Interesse, insbesondere Bildung, Forschung und Zugang zu Informationen, zu wahren, wie dies in der Berner Übereinkunft zum Ausdruck kommt“; siehe dazu bereits oben 6. Kapitel, A.VIII. sowie *Hohagen*, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, S. 111 f. Vgl. zudem etwa das Menschenrecht auf kulturelle Teilhabe gemäß Art. 27 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, wonach jeder das Recht hat, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben; siehe dazu bereits oben 6. Kapitel, A.I. sowie *Runge*, GRUR Int. 2007, 130 (135).

1631 Vgl. *Runge*, GRUR Int. 2007, 130 (134 f.).

1632 Vgl. *Senfleben*, GRUR Int. 2004, 200 (211).

1633 Diese Kriterien entsprechen der st. Rspr. des BVerfG zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; siehe statt vieler aus jüngerer Zeit etwa BVerfGE 109, 279 (335 ff.) – *Großer Lauschangriff*; E 115, 320 (345) – *Rasterfahndung*; E 118, 168 (193) – *Kontenabfrage*; E 120, 274 (318 f.) – *Online-Durchsuchung*; zuletzt grundlegend zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit BVerfGE 125, 260 (316 ff.) – *Vorratsdatenspeicherung*.

wünschte Erfolg zumindest gefördert werden.¹⁶³⁴ Das gewählte Mittel ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.¹⁶³⁵ Angemessen – oder auch verhältnismäßig im engeren Sinn – ist eine Maßnahme nur dann, wenn eine Abwägung sämtlicher Vor- und Nachteile ergibt, dass die Nachteile, die mit der Maßnahme verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die diese bewirkt.¹⁶³⁶ Übertragen auf die Vereinbarkeit einer Schrankenregelung mit dem Dreistufentest bedeutet dies, dass die konkrete Schrankenregelung dazu geeignet sein muss, die Zwecke zu fördern, um deretwillen sie eingeführt worden ist. Zudem muss die gewählte Beschränkung erforderlich sein, also das relativ mildeste Mittel zur Erreichung dieser Ziele darstellen. Eine Beschränkung verletzt die berechtigten Interessen der Urheber oder Rechteinhaber somit ungebührlich, wenn sie nutzlos ist oder wenn dem Gesetzgeber ein ebenso effektives, aber weniger einschneidendes Mittel zur Zweckerreichung zur Verfügung gestanden hätte.¹⁶³⁷

Auch wenn dies dem Wortlaut der dritten Stufe des Dreistufentests nicht unmittelbar zu entnehmen ist, ist anerkanntermaßen als Mittel zur (Wieder-)Herstellung eines angemessenen Verhältnisses zwischen den berechtigten Interessen des Urhebers oder Rechteinhabers und den Belangen, deren Förderung die Schrankenregelung dient, insbesondere an die Zahlung einer angemessenen Vergütung zu denken.¹⁶³⁸ Denn mit Hilfe einer

1634 St. Rspr., siehe z.B. BVerfGE 63, 88 (115) – *Versorgungsausgleich*; E 67, 157 (175) – *Telefonüberwachung*; E 96, 10 (23) – *Räumliche Aufenthaltsbeschränkung*; E 103, 293 (307) – *Urlaubsanrechnung*.

1635 St. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 30, 292 (316) – *Erdölbevorratung*; E 40, 196 (222) – *Güterkraftverkehrsgesetz*.

1636 St. Rspr., siehe etwa BVerfGE 90, 145 (173) – *Cannabis*; E 109, 279 (349 ff.) – *Großer Lauschangriff*; E 113, 348 (382) – *Telekommunikationsüberwachung*; E 120, 274 (318 f.) – *Online-Durchsuchung*.

1637 Vgl. *Senfleben*, Three-Step Test, S. 230 f., 236 f.

1638 Die Möglichkeit, auf der dritten Teststufe die Zahlung einer angemessenen Vergütung vorzusehen, entspricht – auch ohne einen ausdrücklichen Hinweis im Wortlaut – eindeutig der Intention der „Schöpfer“ des Dreistufentests. Bereits bei der Stockholmer Revisionskonferenz war dies Teil des getroffenen Konsenses, vgl. *WIPO*, Records of the IP Conference at Stockholm, Report of the Work of Main Committee I, S. 1145 f.; vgl. dazu *Reimer/Ulmer*, GRUR Int. 1967, 431 (444). Auch in der InfoSoc-Richtlinie findet sich ein ausdrücklicher Anspruch auf eine Vergütung nicht, jedoch spricht Erwägungsgrund 35 von einem „gerechten Ausgleich“, den die Rechteinhaber erhalten sollen, damit die Nutzung

angemessenen Vergütungszahlung kann eine zunächst ungebührlich erscheinende Interessenverletzung auf ein für den Urheber oder Rechteinhaber annehmbares, „gebührliches“ Maß reduziert werden.¹⁶³⁹ Welche Vergütungssumme im konkreten Fall angemessen ist, hängt maßgeblich von der Rechtfertigung ab, auf der die fragliche Schrankenbestimmung beruht.¹⁶⁴⁰ Sind berechnete Belange der Allgemeinheit von ganz erheblicher Bedeutung der Beweggrund zur Einführung einer Schranke, so müssen Urheber und Rechteinhaber tendenziell Eingriffe in ihre Rechte in deutlich größerem Umfang hinnehmen, als dies bei weniger wesentlichen Belangen der Allgemeinheit oder bei Interessen nur einer bestimmten Nutzergruppe der Fall sein wird. Eine demnach vorzusehende Vergütung des Urhebers beziehungsweise Rechteinhabers ist dabei nicht erst dann angemessen, wenn sie die durch die Schrankenregelung entstehenden Einbußen vollständig ausgleicht und der Schranke somit jegliche Spürbarkeit nimmt. Eine angemessene Vergütung entspricht also nicht einer „vollständigen Vergütung“. Vielmehr muss es ausreichen, wenn die Höhe der Ausgleichszahlung so bemessen ist, dass die Beeinträchtigung aus dem Bereich des Unzumutbaren auf ein (gerade noch) zumutbares Niveau abgemildert wird.¹⁶⁴¹ Die Vergütung kann somit als angemessen angesehen werden, wenn sie dazu geeignet ist, den für die Einführung einer Schrankenregelung maßgeblichen Erwägungen Vorschub zu leisten, und zugleich ausreichend hoch ist, um weiterhin ausreichende Anreize für die Schöpfung und Verbreitung urheberrechtlicher Werke unter den bestehenden sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen zu bieten.¹⁶⁴² Dabei kann im Einzelfall auch eine Vergütung unterhalb des Marktpreises angemessen sein, insbesondere dann, wenn die Differenz zwischen tatsächlicher Vergütung unterhalb des Marktpreises und der theoretischen Marktpreisvergütung durch Drittinteressen gerechtfertigt ist.¹⁶⁴³ So entsteht auf der dritten Prüfungsstufe ein flexibles System, das einen fließenden Übergang von Konstellationen

ihrer Werke „angemessen vergütet“ wird; zur Auslegung des „gerechten Ausgleiches“ durch den EuGH, siehe oben 6. Kapitel, B.III.

1639 Vgl. *Senfleben*, Three-Step Test, S. 239.

1640 Vgl. *Senfleben*, GRUR 2004, 200 (211). Nach Erwägungsgrund 35 zur Info-Soc-RL soll zudem auch der Grad des Einsatzes technischer Schutzmaßnahmen Berücksichtigung finden. Allgemein zum Problem einer den Umständen nach angemessenen Vergütung *Schricker*, GRUR 2002, 737.

1641 Ebenso *He*, IIC 2009, 274 (300 f.).

1642 So auch *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707 (710); *He*, IIC 2009, 274 (303).

1643 Vgl. *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707 (710).

tionen ermöglicht, in denen eine Vergütungszahlung – aufgrund des Gewichts der geförderten Interessen oder aufgrund der Geringfügigkeit des Eingriffs – gar nicht erforderlich ist, bis hin zu Fällen, in denen aufgrund der Erheblichkeit des Eingriffs in die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte nur relativ große Summen eine ungebührliche Verletzung zu verhindern vermögen.¹⁶⁴⁴ Insoweit gewährt der Dreistufentest sowohl dem nationalen Gesetzgeber als auch der Rechtsprechung¹⁶⁴⁵ erheblichen Spielraum bei der Ausgestaltung einzelner Vergütungsansprüche beziehungsweise der Festlegung einer angemessenen Vergütungshöhe.

3. Zusammenfassende Stellungnahme

Die vorgehenden Überlegungen haben gezeigt, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale der drei Stufen des Dreistufentests sich zwar durch Auslegung mit „Leben“ füllen lassen, eine trennscharfe Abgrenzung der einzelnen Tatbestandsmerkmale und auch der einzelnen Stufen jedoch nicht immer möglich ist. Eine solche ist allerdings auch nicht zwingend erforderlich, damit der Dreistufentest seinen Zweck als Grundlage und Grenze der Ausgestaltung, Einführung und Auslegung von urheberrechtlichen Schranken erfüllen kann. Es erscheint im Gegenteil sogar vorzugswürdig, keine der Stufen überzubetonen und keiner Stufe den Vorrang vor den anderen einzuräumen. Vielmehr sollten anstelle eines strikt auf die einzelnen Stufen fokussierten Vorgehens die Vorgaben des Dreistufentests im Sinne einer umfassenden Gesamtprüfung umgesetzt werden.¹⁶⁴⁶ So kann verhindert werden, dass eine einzelne Prüfungsstufe zur „Sackgasse“ für die gesamte Prüfung wird und daher Ergebnisse erzielt werden, die möglicherweise berechnete Interessen der Allgemeinheit, der Urheber oder der derivativen Rechteinhaber nicht hinreichend berücksichtigen. Diese Gefahr droht – wie gezeigt wurde – insbesondere bei einer zu engen Interpretation der zweiten Teststufe.

1644 Vgl. *Senfleben*, Three-Step Test, S. 239. Vgl. auch Erwägungsgrund 35 zur InfoSoc-RL.

1645 Siehe etwa die Überlegungen des BGH zur Ermittlung eines angemessenen Vergütungsbetrages in der *Kopienversanddienst*-Entscheidung, BGHZ 141, 13 (28 ff.). Zur Kritik an der mangelnden Genauigkeit dieser Entscheidung im Hinblick auf die Prüfung des Dreistufentests siehe bereits oben Fn. 1562.

1646 Ähnlich *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707 (709 ff.).

Es erscheint jedoch auch nicht gewinnbringend, von einem Vorgehen anhand der einzelnen Stufen vollständig Abstand zu nehmen.¹⁶⁴⁷ Eine reine Gesamtbetrachtung ohne Beachtung der einzelnen Stufen birgt die Gefahr einer vagen, wenig nachvollziehbaren und kaum vorhersehbaren Prüfung. Die in den einzelnen Stufen enthaltenen Tatbestandsmerkmale ermöglichen die notwendige Orientierung und bieten wichtige Anhaltspunkte für die Prüfung einzelner Schranken und deren Auslegung. Sie sollten daher als Leitlinien der Prüfung weiter eingehalten werden. Es erscheint daher insgesamt angemessen, die vom Dreistufentest vorgeschriebenen Prüfungskriterien im Sinne einzelner Faktoren zu verstehen, die – ähnlich der *Fair Use*-Prüfung im US-amerikanischen Recht – bei der Überprüfung einer Schrankenbestimmung zu beachten sind, wobei jedoch keinem der einzelnen Faktoren eine abschließende Bedeutung zukommen darf, die regelmäßig einen vorzeitigen Abbruch der Prüfung herbeiführen könnte.¹⁶⁴⁸ So ist es etwa sinnvoll, den ökonomischen Nachteilen für den Rechteinhaber bei der Überprüfung einer Schrankenregelung große Beachtung zu schenken. Diese tatsächlich schwer zu ermittelnde Größe sollte jedoch auch nicht (wie es bei einem zu engen Verständnis der zweiten Teststufe droht) zu einem allein entscheidenden Ausschlusskriterium werden. Vielmehr müssen stets auch die berechtigten Interessen Dritter in die Betrachtung einbezogen werden. Nur so bleibt die Möglichkeit erhalten, gegebene

1647 In diese Richtung aber *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707 (711); dazu ebenfalls kritisch *He*, IIC 2009, 274 (280).

1648 Für einen geänderten Dreistufentest in Anlehnung an den US-amerikanischen *Fair Use* spricht sich ausdrücklich *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, 28 f. (2005) aus. Einen ähnlichen Vorschlag macht *Koelman*, EIPR 2006, 28(8), 407 (410), der aber letztlich eine Reduzierung auf einen „Zweistufentest“ nach dem Vorbild der für das Patentrecht in das TRIPS-Übereinkommen aufgenommenen Regelung des Art. 30 TRIPS als Ideallösung bevorzugt. Art. 30 TRIPS gewährt einen größeren Abwägungsspielraum als der Dreistufentest, da er Beschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts für zulässig erklärt, solange sichergestellt ist, dass diese „do not unreasonably conflict with a normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, taking account of the legitimate interests of third parties“. Die tatsächliche Durchsetzbarkeit einer entsprechenden Änderung des internationalen Dreistufentests hält aber auch *Koelman* letztlich für wenig realistisch, siehe EIPR 2006, 28(8), 407 (411). Bedenken hinsichtlich der Praktikabilität jeglicher Reform des Dreistufentests, die eine Änderung des Wortlauts voraussetzt, haben auch *Geiger*, IIC 2009, 627 (641); *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, 28 (2005) und *Griffiths*, IPQ 2009, 428 (442 f.).

nenfalls einem überragenden, etwa aus Menschenrechten oder Grundfreiheiten abgeleiteten Allgemeininteresse durch die Etablierung einer Schrankenregelung Vorschub zu leisten, selbst wenn dadurch nicht unerhebliche Nachteile für den Rechteinhaber entstehen sollten. Diese müssen jedoch – anders als im Rahmen der insoweit unflexiblen US-amerikanischen *Fair Use*-Regelung¹⁶⁴⁹ – gegebenenfalls durch eine angemessene Vergütung abgedeckt werden.

Nur eine ausgewogene Gesamtbetrachtung aller durch den Dreistufentest vorgegebenen Kriterien ermöglicht es, dass dieser seinen Zweck als Grundlage und Grenze der Ausgestaltung, Einführung und Auslegung gerechter und zukunftsöffener urheberrechtlicher Schranken erfolgreich erfüllen kann. Ein derartiges Verständnis stellt auch keinesfalls einen Systembruch dar. Vielmehr steht es sogar im Einklang mit der ursprünglichen Intention hinter der Einführung des Dreistufentests. Bei der Revisionskonferenz in Stockholm 1967 konnte der Dreistufentest seinen „Siegesszug“ gerade deshalb antreten, weil er von den Beteiligten als flexibler Rahmen angesehen wurde, der den nationalen Gesetzgebern ausreichende Freiräume bei der Ausgestaltung urheberrechtlicher Schrankenregelung unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten und sozialer, kultureller und ökonomischer Bedürfnisse gewährte.¹⁶⁵⁰

IV. Exkurs: Vereinbarkeit der *Fair Use*-Doktrin mit dem Dreistufentest

Es drängt sich – wie bereits im Rahmen der Auslegung der einzelnen Teststufen angedeutet – die Frage der Vereinbarkeit der offenen US-amerikanischen *Fair Use*-Generalklausel mit dem im internationalen Recht verankerten Dreistufentest auf. Da auch eine in das deutsche oder europäische Recht aufgenommene generalklauselartige Schrankenregelung in Anlehnung an die *Fair Use*-Doktrin den Vorgaben des Dreistufentests genügen müsste, soll die Frage der Vereinbarkeit im Folgenden kurz geklärt werden.

Die Zulässigkeit einer offenen Schrankengeneralklausel unter dem Dreistufentest ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur zum Teil be-

1649 Zum unflexiblen „Alles oder Nichts“ als Rechtsfolge des *Fair Use*-Einwandes siehe oben 2. Kapitel, C.I.3.

1650 Siehe *WIPO*, Records of the IP Conference at Stockholm, S. 81; *Ricketson*, Berne Convention, S. 484 f.

jaht,¹⁶⁵¹ überwiegend jedoch bezweifelt worden.¹⁶⁵² Diese Zweifel an der Vereinbarkeit beruhen zumeist auf einem – anders als hier vertretenen – engeren Verständnis der ersten Teststufe, insbesondere auf einer rein quantitativen Auslegung des Kriteriums des „Sonderfalles“ und/oder einer Überbetonung des Bestimmtheitserfordernisses.

1. Hinreichende Bestimmtheit der Fair Use-Schranke

Nimmt man an, das auf der ersten Teststufe des Dreistufentests vorgegebene Kriterium der „Bestimmtheit“ sei restriktiv im Sinne eines gesonderten Bestimmtheitsgebotes zu verstehen und ein bestimmter Sonderfall setze klar definierte Ausnahmefälle und einen spezifischen Nutzungszweck voraus, der präzise und eng festgelegt und somit klar identifizierbar sei,¹⁶⁵³ so wäre eine generalklauselartige Beschränkung der Urheberrechte

1651 Siehe etwa *Newby*, 51 Stan. L. Rev. 1633, 1662 f. (1999); *Patry*, Fair Use (2009), § 8:12, § 8:2; *Poeppel*, Neuordnung, S. 499; *Schack*, in: FS Schricker II, S. 512 f.; *Senfleben*, Three-Step Test, S. 162 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 200 (206 f.); im Ergebnis auch *Busche/Stoll/Füller*, TRIPs, Art. 13 Rn. 9; *Förster*, Fair Use, S. 201.

1652 Ablehnend oder zweifelnd etwa *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (46); *Brenncke*, Fair Use, S. 14 f.; *Burrell/Coleman*, Copyright Exceptions, S. 270 ff.; *Cohen Jehoram*, GRUR Int. 2001, 807 (808); *ders.*, EIPR 2005, 27(10), 359 (360, 362); *Coombe*, 52 DePaul L. Rev. 1171, 1182 f. (2003); *Dreyfuss/Lowenfeld*, 37 Va. J. Int'l L. 275, 305 (1997); *Leaffer*, 62 Ohio St. L.J. 849, 859 ff. (2001); *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive, S. 33; *Lucas*, EIPR 2010, 32(6), 277 (278 f.); *Okediji*, 39 Colum. J. Transnat'l L. 75, 126 ff. (2000); *Reichman*, 29 Int'l Law. 345, 368 (1995); *Ricketson*, Three-Step Test, S. 150 ff.; *ders.*, WIPO-Study, S. 67 ff.; *Sun*, 5 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 265, 291 (2007).

1653 So etwa WTO-Panel Report, WT/DS160/R vom 15.6.2000, § 6.108: “[A]n exception or limitation in national legislation must be clearly defined”; *Ficsor*, Law of Copyright, C10.03: “[T]he use to be covered must be specific – precisely and narrowly determined [...] no broadly determined cases are acceptable.”; zustimmend *Berger*, CR 2004, 360 (365); *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (46); *Busche/Stoll/Füller*, TRIPs, Art. 13 Rn. 8; *Dusollier*, IRDI 2005, 212 (218); *Förster*, Fair Use, S. 196 f.; *Fromm-Russenschuck/Duggal*, WTO und TRIPs, S. 54; *Reinbothe*, in: FS Dittrich, S. 251 (257); *Reinbothe/v.Lewinski*, WIPO Treaties, Art. 10 WCT Rn. 15; *Ricketson*, Three-Step Test, S. 29;

wie die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke wohl tatsächlich mit dem Dreistufentest unvereinbar. Eine konkrete Definition der zulässigen Nutzungsformen und -zwecke erfolgt hier nicht. Gerade aus diesem „Mangel“ folgt jedoch die besondere – wünschenswerte – Flexibilität der Schrankenregelung.

Folgt man hingegen der hier befürworteten Auslegung der ersten Stufe des Dreistufentests, nach der eine enge Auslegung des Bestimmtheitsanfordernisses der ersten Teststufe im Sinne eines echten Bestimmtheitsgebotes abzulehnen ist, so steht die *Fair Use*-Schranke oder eine vergleichbare offene Schrankenregelung nicht im Widerspruch zum Erfordernis der Bestimmtheit, solange die Reichweite der Beschränkung hinreichend vorhersehbar ist. Eine *hinreichende Vorhersehbarkeit* ist aber auch dann gegeben, wenn eine *Abwägung anhand etablierter und nachvollziehbarer Kriterien* erfolgt und die Schranke somit ein *ausreichendes Maß an Rechtssicherheit* vermittelt. Eine solche hinreichende Vorhersehbarkeit und genügende Rechtssicherheit bietet die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin durch ein Zusammenspiel des gesetzlichen Kriterienkataloges mit einer diesen ausfüllenden gefestigten Rechtsprechung und deren Bindungswirkung für unterinstanzliche Gerichte.

In den USA ist über Jahrzehnte in einer Vielzahl von Entscheidungen eine gefestigte Rechtsprechung zur Generalklausel des *Fair Use* entstanden, aus der (zumindest in der Rechtsprechung) ein weitestgehender Konsens über Bedeutung und Reichweite der *Fair Use*-Doktrin abzulesen ist.¹⁶⁵⁴ Wesentliche „Eckpunkte“ der *Fair Use*-Rechtsprechung sind im Jahr 1976 in der gesetzlichen Regelung des 17 U.S.C. § 107 festgeschrieben worden. Diese Regelung bietet einen Ausgangspunkt und eine Leitlinie für eine jede *Fair Use*-Prüfung. Es findet also schon allein aufgrund der gesetzlichen Fundierung keinesfalls eine völlig „freischwebende“ Interessenabwägung mit unvorhersehbarem Ausgang statt. Ausgehend von der gesetzlichen Regelung hat die Rechtsprechung zudem in den Jahren nach 1976 die *Fair Use*-Kriterien in zahlreichen Entscheidungen weiter-

wohl auch *Hohagen*, Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, S. 96. Vgl. auch Schweizerisches Bundesgericht, Urte. v. 26.6.2007, Az. 4C.73/2007 = GRUR Int. 2007, 1046 (1049) – *Elektronische Pressespiegel*; siehe dazu die kritische Anmerkung von *Born*, MR-Int. 2007, 148 ff.

1654 Vgl. *Samuelson*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2540 f. (2009).

entwickelt, stetig „verfeinert“ und teilweise ergänzt.¹⁶⁵⁵ Gerade die jüngere Rechtsprechung wird neben den Entscheidungen der *majority* geprägt durch die Tradition der Formulierung oftmals umfangreicher *obiter dicta* und *dissenting opinions*, die bei späteren Entscheidungen als Argumentations- und Abgrenzungsgrundlage dienen können.¹⁶⁵⁶ Auch dies hat zusätzlich zur Entwicklung und Ausformung der *Fair Use*-Doktrin und somit letztlich zu größerer Vorhersehbarkeit beigetragen. Schließlich entsteht durch das Zusammen- und Gegenspiel verschiedener (Bezirks-)Gerichte eine Art „Signalsystem“ gegenläufiger Rechtsansichten und Entscheidungen, die „reif“ für eine Überprüfung durch den *Supreme Court* sind.¹⁶⁵⁷

Auf diesen etablierten „Werkzeugkasten“ aus vielfältigen Kriterien, Regeln und Prinzipien für die Auslegung und Ausfüllung der *Fair Use*-Doktrin kann die Rechtsprechung in den USA zurückgreifen, wenn sie mit Fragen der urheberrechtlichen Zulässigkeit neuer Formen der Werknutzung konfrontiert wird, die bisher nicht Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen waren. Es fehlt der *Fair Use*-Schranke nach alledem keinesfalls an der für eine Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitserfordernis des Dreistufentests erforderlichen Vorhersehbarkeit. Werden die in gefestigter Rechtsprechung entwickelten Kriterien von den Gerichten beachtet – wie dies in den USA bei *Fair Use*-Entscheidungen regelmäßig der Fall ist – so mögen Entscheidungen der Gerichte im Zusammenhang mit neuen urheberrechtlichen Nutzungsformen gar besser vorhersehbar sein als im Falle eines geschlossenen Kataloges von Schrankenregelungen, der notwendig nicht jede nur denkbare (Nutzungs-)Situation vorhersehen und beinhalten kann und somit regelmäßig an seine Grenzen stoßen wird.¹⁶⁵⁸

1655 Siehe etwa zur gelegentlich als weiterem *Fair Use*-Kriterium herangezogenen Frage des „Good Faith“ oben 5. Kapitel, B.II.1.f).

1656 Zu Rolle und Einfluss von *dissenting opinions* in der US-Rechtsprechung siehe Ginsburg, 95 Minn. L. Rev. 1 (2010) m.w.N.

1657 Zum „signaling system“ solcher „circuit splits“ am Beispiel der Frage der Auslegung des vierten *Fair Use*-Faktors durch die Urteile *Kelly v. Arriba Soft* (336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)) und *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment* (342 F.3d 191 (3d Cir. 2003)) siehe Pasquale, 60 Vand. L. Rev. 135, 182 ff. (2007). Allgemein zu diesem „Kontrollmechanismus“ im US-amerikanischen Recht (am Beispiel des US-amerikanischen Patentverfahrenssystems) auch Leistner/Kleinemkenke, ZGE 2010, 273 (287, 290).

1658 Siehe zu dieser Kritik am geschlossenen Schrankenkatalog des deutschen UrhG bereits zusammenfassend oben S. 202 ff., 279 ff.

2. Vorliegen eines „Sonderfalles“

Auch zu dem weiteren Erfordernis der ersten Teststufe des Dreistufentests steht die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin oder eine vergleichbare Schrankengeneralklausel jedenfalls dann nicht im Widerspruch, wenn man der hier vertretenen Auslegung folgt, nach der das Kriterium des „Sonderfalles“ nicht überbetont werden sollte und keinesfalls eine rein quantitative Betrachtung vorzunehmen ist. Vorzugswürdig ist ein qualitativer Ansatz zur Bestimmung von „Sonderfällen“, nach dem die erste Stufe im Wesentlichen dazu dient, den hinter einer Schrankenregelung stehenden Zweck und die geförderten Interessen zu bestimmen und so den Weg für eine vertiefende Überprüfung der Schrankenbestimmung auf den beiden folgenden Stufen zu ebnen.

Den richtigerweise eher niedrig anzusetzenden qualitativen Anforderungen an das Vorliegen eines „Sonderfalles“ genügt die *Fair Use*-Schranke zweifelsohne. Das gesamte US-amerikanische Urheberrecht basiert auf einem utilitaristischen Verständnis, wonach oberstes Ziel der Gewährung des Urheberrechtsschutzes die Förderung der Wissenschaft und Künste ist.¹⁶⁵⁹ Dem Urheber oder Rechteinhaber soll jedoch nur insoweit ein Monopol in Form urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsbefugnisse eingeräumt werden als dieses als Anreiz und zur Marktsteuerung erforderlich ist. Sind die durch das Monopol verursachten Nachteile geringer als die gesamtwirtschaftlichen Vorteile, so sind sie als „notwendiges Übel“ zur Korrektur eines Marktversagens in Kauf zu nehmen. Das urheberrechtliche Monopol wird jedoch dann durch die *Fair Use*-Schranke durchbrochen, wenn die gesamtwohlfahrtlichen Vorteile einer bestimmten Nutzungsform aufgrund des mit dieser verbundenen sozialen, kulturellen oder politischen Nutzens die Beeinträchtigungen des Urhebers oder Rechteinhabers überwiegen.

Die Anerkennung einer Nutzungsform als *Fair Use* stellt somit gerade immer einen „Sonderfall“ dar, dem die Annahme zugrunde liegt, dass besondere Belange einzelner Nutzergruppen oder schützenswerte Allgemeininteressen im konkreten Fall Vorrang vor dem urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht verdienen. Die Präambel des 17 U.S.C. § 107 listet sogar ausdrücklich einige solcher Belange auf, die aufgrund eines üblicherweise mit ihnen verbundenen besonderen sozialen, politischen oder

1659 Siehe dazu bereits oben 1. Kapitel, B.

kulturellen Nutzens typischerweise „förderndwert“ erscheinen.¹⁶⁶⁰ Als „fair“ anzusehende Nutzungsformen sind folglich in aller Regel gerade solche Nutzungen, die – qualitativ verstandene – „Sonderfälle“ darstellen, so dass die *Fair Use*-Schranke insofern im Einklang mit der ersten Stufe des Dreistufentests steht.¹⁶⁶¹

3. Historische Betrachtung der Vereinbarkeit

Dieses Ergebnis lässt sich durch eine historische Betrachtung zusätzlich stützen. Es steht im Einklang mit der Entstehungsgeschichte des urheberrechtlichen Dreistufentests und dem Willen der Vertragsparteien von RBÜ, TRIPS und WCT, Schrankengeneralklauseln und insbesondere die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin als mit den Anforderungen des Dreistufentests vereinbar anzusehen. Der Dreistufentest konnte seinen „Siegeszug“¹⁶⁶² durch das internationale Urheberrecht gerade deshalb antreten und fortsetzen, weil er von den Vertragsparteien als hinreichend flexible Regelung angesehen wurde, die den Freiraum der nationalen Gesetzgeber für die Berücksichtigung berechtigter sozialer, kultureller und ökonomischer Belange nicht übermäßig einengen und sowohl der kontinentaleuropäischen als auch der angloamerikanischen Urheberrechtstradition mit ihren unterschiedlichen Schrankenmethodiken gerecht werden sollte.¹⁶⁶³ Die Zulässigkeit offener Schrankengeneralklauseln wie der auch bereits damals für das US-amerikanische Urheberrecht prägenden *Fair Use*-Doktrin sollte also durch die Einführung des Dreistufentests gerade nicht in Frage gestellt werden.¹⁶⁶⁴

1660 17 U.S.C. § 107 nennt als förderndwerte Belange ausdrücklich *criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship and research*. Siehe näher zu Inhalt und Bedeutung der Präambel oben 2. Kapitel, C.I.2.a)aa).

1661 So auch Förster, Fair Use, S. 195; Schack, in: FS Schricker II, S. 513; Senftleben, Three-Step Test, S. 166 f.

1662 Senftleben, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 (171).

1663 Siehe WIPO, Records of the IP Conference at Stockholm, S. 81; Ricketson, Berne Convention, S. 484 f. sowie oben Fn. 1468 und zugehöriger Text.

1664 So auch Geiger, EIPR 2007, 29(12), 486 (487); ders., IIC 2009, 627 (633 f.); Ginsburg, RIDA 187 (2001), 3 (35 f.); Schack, in: FS Schricker II, S. 513; Senftleben, Three-Step Test, S. 167 f.

4. Ergebnis: Vereinbarkeit der Fair Use-Doktrin mit dem Dreistufentest

Folgt man der hier vertretenen Interpretation des urheberrechtlichen Dreistufentests, nach der dessen erste Stufe kein gesondertes Bestimmtheitserfordernis aufstellt und das Vorliegen eines Sonderfalles qualitativ zu ermitteln ist, so ist eine Schrankengeneralklausel wie die des *Fair Use* mit dem Dreistufentest vereinbar. Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn die Generalklausel vom Gesetzgeber und/oder – wie in den USA – von der Rechtsprechung anhand nachvollziehbarer Kriterien so ausgeformt wird, dass eine hinreichende Vorhersehbarkeit gewährleistet ist.

D. Der verfassungsrechtliche Rahmen gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit

Besondere Bedeutung bei der Neu- oder Umgestaltung der Schranken des Urheberrechts auf nationaler Ebene kommt neben dem Konventions- und Gemeinschaftsrecht schließlich dem deutschen Verfassungsrecht zu, das dem Gesetzgeber einen verbindlichen Rahmen für die Ausgestaltung des deutschen Urheberrechts vorgibt.

An urheberrechtlich geschützten Werken besteht eine Vielzahl von zum Teil gegenläufigen Interessen, die jeweils durch eine Reihe von Verfassungsbestimmungen Schutz genießen. Die an der urheberrechtlichen Verwertung Beteiligten – Urheber, Verwerter und Endnutzer – sind alle Träger von Grundrechten, deren Schutzbereiche mit den Grundrechten anderer Beteiligter oder mit sonstigen Verfassungszielen kollidieren können.¹⁶⁶⁵ Der Gesetzgeber muss deshalb die Gesamtheit der betroffenen Verfassungswerte bei der Einführung neuer oder Anpassung bestehender urheberrechtlicher Schrankenregelungen beachten und versuchen, einen verhältnismäßigen, möglichst schonenden Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsrechtlich geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung zu finden.¹⁶⁶⁶

Das Urheberrecht basiert dabei in seiner Konzeption seit jeher und nach wie vor auf der Fiktion eines *bipolaren* Interessengegensatzes, nämlich dem zwischen den Rechteinhabern auf der einen und den Nutzern (als Teil der Allgemeinheit) auf der anderen Seite. In Wahrheit sieht sich der Ge-

1665 Vgl. Poeppel, Neuordnung, S. 133.

1666 Vgl. BVerfGE 81, 278 (292 f.) – *Bundesflagge*; E 93, 1 (21) – *Kruzifix*.