

lage besteht, dürften selbst bei einem entsprechenden politischen Willen ebenfalls noch etliche Jahre oder Jahrzehnte vergehen.¹⁹⁰⁸ So lange kann allerdings mit der erforderlichen Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken nicht gewartet werden. Es muss daher über Lösungen nachgedacht werden, die bereits im Rahmen des geltenden Rechts oder jedenfalls mit weniger gesetzgeberischem „Aufwand“ umgesetzt werden können. Es ist daher insbesondere auch über Flexibilisierungsmaßnahmen auf Ebene des mitgliedstaatlichen Rechts nachzudenken, die den den nationalen Gesetzgebern belassenen Gestaltungsspielraum unter Berücksichtigung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nutzen, um das Urheberrecht zukunftsfähig zu machen, und die idealerweise keine Änderung des europäischen Rechts voraussetzen.

B. Einführung einer Schrankengeneralklausel im deutschen Urheberrecht

An der zeitnahen Realisierbarkeit einer wünschenswerten grundlegenden Umgestaltung der Schranken des europäischen Urheberrechts bestehen – wie gezeigt – erhebliche Zweifel. Mehr Flexibilität im Bereich der urheberrechtlichen Schrankenregelungen muss jedoch möglichst schnell erreicht werden, damit das Urheberrecht den Anschluss an die im Wesentlichen durch technische Veränderungen erzeugte geänderte Werknutzungsrealität nicht verpasst und dadurch weiter an Akzeptanz verliert. Auch wenn ein nationales Voranschreiten zur Lösung der Schrankenproblematik die dahinter stehenden, grundlegenden Probleme auf europäischer Ebene nicht beseitigen und somit letztlich allenfalls die zweitbeste Lösung darstellen würde, sollen im Folgenden die Möglichkeiten einer Flexibilisierung der Schranken des deutschen Urheberrechtsgesetzes *de lege ferenda* aufgezeigt und auf ihre Vereinbarkeit mit den rechtlichen Vorgaben überprüft werden. Erstrebenswert erscheinen insbesondere Flexibilisierungsmaßnahmen, die den dem nationalen Gesetzgeber derzeit belassenen Gestaltungsspielraum ausnutzen, um das Urheberrecht zukunftsfähig zu machen, da eine Flexibilisierung, die lediglich eine Änderung nationalen Rechts und nicht des europäischen Rechts erfordert, größere Chancen auf eine zeitnahe Realisierung hätte. Im Erfolgsfall könnte ein solches nationales Voranschreiten zudem gegebenenfalls dem europäischen Gesetzge-

1908 Siehe oben 6. Kapitel, B.I. und Nachweise in Fn. 1412 f.

ber als Vorlage und „Ansporn“ für die erforderlichen unionsweiten Maßnahmen dienen.

Ebenso wie auf Ebene des europäischen Rechts käme auch im deutschen Recht eine Streichung des gesamten bestehenden Schrankenkataloges und dessen *vollständige Ersetzung durch eine einzige Schrankengeneralklausel* (sogleich I.) in Betracht. Ebenfalls denkbar ist die weitgehende Beibehaltung des enumerativen Schrankenkataloges und dessen Ergänzung um eine *Generalklausel in Form eines Auffangtatbestandes* (sodann II.).

I. Vollständige Ersetzung des Schrankenkataloges des deutschen Urheberrechtsgesetzes durch eine Generalklausel

1. Formulierungsvorschlag und Erläuterung

Ebenso wie auf Ebene des europäischen Rechts¹⁹⁰⁹ ist auch für eine Flexibilisierung der Schranken des deutschen Urheberrechtsgesetzes die Streichung des gesamten Schrankenkataloges und die Einführung einer alleinigen Schrankengeneralklausel denkbar. Auch für eine solche „große Lösung“¹⁹¹⁰ einer alleinigen Schrankengeneralklausel böte sich eine Ausgestaltung in Anlehnung an den im Europa- und Völkerrecht verankerten urheberrechtlichen Dreistufentest *und* die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin an.

Eine alleinige Schrankengeneralklausel könnte etwa wie folgt formuliert werden:

§ 45 UrhG-E:¹⁹¹¹ Beschränkung der Ausschließlichkeitsrechte

- (1) Die Nutzung eines veröffentlichten urheberrechtlich geschützten Werkes ist ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig, wenn

1909 Siehe dazu oben 7. Kapitel, A.I.

1910 Förster, Fair Use, S. 213.

1911 Da der hiesige Vorschlag die Streichung des gesamten Schrankenkataloges und deren Ersetzung durch eine alleinige Generalklausel vorsieht, könnte die Schrankengeneralklausel als § 45 UrhG-E in das Gesetz aufgenommen werden. Auch § 44a UrhG soll jedoch selbstverständlich gestrichen werden. Die Einführung als § 45 UrhG-E erscheint lediglich gegenüber einer dann nicht notwendigen Bezeichnung als § 44a UrhG-E vorzugswürdig.

sie die normale Verwertung des Werkes nicht ungebührlich beeinträchtigt und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt.

- (2) Bei der Beurteilung, ob die Nutzung die normale Verwertung des Werkes ungebührlich beeinträchtigt, sind insbesondere die Auswirkungen der Nutzung auf den aktuellen und potentiellen Verwertungsmarkt, auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes und berechnigte Interessen Dritter zu berücksichtigen.
- (3) ¹Bei der Beurteilung, ob die Nutzung berechnigte Interessen des Rechteinhabers ungebührlich verletzt, sind auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen. ²Bei der Abwägung der Beeinträchtigung der beteiligten Interessen sind insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1. der Zweck und der Charakter der Nutzung einschließlich der Frage, ob die Nutzung kommerzieller Natur ist; eine Nutzung kann insbesondere dann zulässig sein, wenn sie zum Zwecke des kritischen Kommentars, der Berichterstattung über aktuelle Ereignisse von öffentlichem Interesse, der Veranschaulichung des Unterrichts, der Lehre, der Forschung, der Zugänglichmachung für Menschen mit Behinderungen, der Förderung des Wettbewerbs, insbesondere auf Sekundärmärkten, oder der kreativen Weiterverwendung im Rahmen eigener Werkschöpfung erfolgt;
2. die Art des urheberrechtlich geschützten Werkes;
3. der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Werkteils im Verhältnis zum urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzem;
4. die Möglichkeit einer Kompensation durch die Zahlung eines gerechten Ausgleichs;
5. die Auswirkungen der Nutzung auf die berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers an seinem Werk.

- (4) ¹Für eine nach Absatz 1 zulässige Nutzung ist dem Urheber ein gerechter Ausgleich zu leisten. ²Auf seinen Anspruch auf einen gerechten Ausgleich kann der Urheber nicht verzichten. ³Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. ⁴Die Pflicht zur Zahlung eines gerechten Ausgleichs kann entfallen, wenn ein gesteigertes öffentliches Interesse nicht nur am freien Zugang, sondern auch an der Unentgeltlichkeit der Nutzung besteht.

- (5) ¹Bei einer nach Absatz 1 zulässigen Nutzung kann die Verpflichtung zur Nennung des Urhebers entfallen, soweit die Urhebernennung nach den Umständen des Einzelfalls nicht zu erwarten oder nicht möglich ist. ²Die Verpflichtung zur Kennzeichnung der Fremdheit und Herkunft des Werkes entfällt nicht.

Dieser Formulierungsvorschlag entspricht weitgehend dem für das europäische Recht als Auffanggeneralklausel dargestellten Entwurf.¹⁹¹² Zur Erläuterung kann insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.

Ergänzt wird dieser Entwurf hier jedoch durch eine besondere *Betonung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Interessen*. Eine Hervorhebung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen entspricht deren auch in Zeiten gesteigerter wirtschaftlicher Interessen an urheberrechtlichen Werken weiterhin starken Stellung im deutschen Urheberrecht. Im Vorschlag für das europäische Recht wurden diese Interessen hingegen ausdrücklich weitgehend ausgespart,¹⁹¹³ um der Tatsache Rechnung zu tragen, dass in einigen europäischen Mitgliedstaaten – insbesondere im Vereinigten Königreich – Urheberpersönlichkeitsrechte (traditionell) weniger ausgeprägt sind als im deutschen Recht.

Der Vorschlag für einen § 45 UrhG-E spiegelt die zentralen Normen des Urheberrechtsgesetzes zum Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte, die §§ 12-14 UrhG, wider und betont so deren Bedeutung. Zum einen ist die Schrankenbestimmung – ebenso wie im Entwurf für das europäische Recht – auf die Nutzung veröffentlichter Werke beschränkt. Das durch § 12 UrhG garantierte Recht des Urhebers, über das Ob und Wie der Veröffentlichung zu bestimmen, bleibt somit ausdrücklich unangetastet. Im Rahmen der Prüfung, ob die Nutzung berechnigte Interessen des Rechteinhabers ungebührlich verletzt, wurden als Kriterium zudem die Auswirkungen der Nutzung auf die berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers an seinem Werk aufgenommen. Dies hebt durch die Übernahme des Wortlautes des § 14 UrhG die Bedeutung des Schutzes des geistig-ästhetischen Gesamteindrucks des Werkes vor Entstellungen

1912 Siehe dazu oben 7. Kapitel, A.II.2.a).

1913 Durch die jeweils vorgesehene Beschränkung auf veröffentlichte Werke finden jedoch auch im Formulierungsvorschlag für das europäische Recht urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen eine gewisse Berücksichtigung; siehe oben 7. Kapitel, A.I.1.

hervor und verdeutlicht, dass die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen mit in die Interessenabwägung einfließen sollen. Durch die Übernahme des Wortlautes des § 14 UrhG ist zudem klargestellt, dass bei der Auslegung dieses Prüfungskriteriums die Rechtsprechung zu dieser Norm herangezogen werden kann.

Absatz 5 des Entwurfes trägt schließlich einem praktischen Bedürfnis Rechnung, das die Untersuchung der *Thumbnail*-Nutzung exemplarisch offenbart hat: Die in § 13 UrhG verankerte Pflicht zur (vollständigen) Urhebernennung ist mit der veränderten Nutzungsrealität gerade bei der Online-Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke teilweise nicht mehr vereinbar.¹⁹¹⁴ Mit einem Wegfall der Urhebernennung geht jedoch zugleich vielfach keine wesentliche Beeinträchtigung der berechtigten Interessen des Urhebers einher. Insoweit ist den Interessen des Urhebers in aller Regel genüge getan, wenn die Fremdheit und Herkunft des Werkes deutlich gekennzeichnet ist¹⁹¹⁵ – etwa durch die deutliche Angabe eines Links auf die Ursprungsseite im Rahmen der Ergebnisliste einer (Bilder-)Suchmaschine.

2. Opportunität des Vorschlags

Die dargestellte Ausgestaltung einer Schrankengeneralklausel nach dem Vorbild des urheberrechtlichen Dreistufentests und die Ergänzung um an die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke angelehnte Kriterien bietet erhebliche Flexibilität, die geeignet ist, einer neuen Nutzungsrealität gerecht zu werden und die urheberrechtliche Zulässigkeit neuartiger Formen der Werknutzung zu beurteilen. Die Prüfung erfolgt dabei – anders als etwa bei einer reinen Übernahme des Dreistufentests – nicht „freischwebend“, sondern anhand nachvollziehbarer Kriterien, die ein gewisses Maß an Vorhersehbarkeit und somit Rechtssicherheit gewährleisten. Durch die allmähliche richterrechtliche Ausdifferenzierung der einzelnen Prüfungskriterien lässt sich diese Rechtssicherheit durch die Bildung von Fallgruppen weiter ausbauen.

Eine vollständige Streichung des Schranken kataloges ist jedoch auch erheblichen Bedenken ausgesetzt. Bereits die *Opportunität* einer derarti-

1914 Siehe zur Beeinträchtigung der urheberpersönlichkeitsrechtlichen Interessen durch die *Thumbnail*-Nutzung und die *Google* Buchsuche, oben 4. Kapitel, C.

1915 Vgl. zu diesem Aspekt auch *Schaefer*, Bildersuchmaschinen, S. 173 f.

gen Umsetzung im deutschen Recht ist fraglich. Durch die vollständige Ersetzung des Schranken kataloges durch eine einzige Schrankengeneralklausel würden die bisher anerkannten Formen der Werknutzung, für deren Zulässigkeit der Gesetzgeber bereits Kriterien in einer Schrankenbestimmung explizit ausdifferenziert und die Rechtsprechung diese ausgelegt hat, unnötig aufgegeben und der Unsicherheit einer Einzelfallprüfung anhand einer alleinigen Generalklausel unterworfen. Es ist zwar davon auszugehen, dass die nationalen Gerichte eine neue Schrankengeneralklausel von Anfang an im Sinne der bisherigen Rechtslage anwenden und ausgehend von den bisher anerkannten Schrankenbestimmungen auslegen würden, so dass ein Anfang bei „Null“ nicht erforderlich wäre. Ist dies jedoch ohnehin der Fall, so ist nicht ersichtlich, welchen Vorteil eine vollständige Streichung der anerkannten Schrankenregelungen haben sollte, der die Nachteile überwöge, die aus dem Wegfall der durch ausdifferenzierte Schrankenbestimmungen gewährleisteten Orientierungshilfe insbesondere für Urheber und Nutzer entstünden.

3. Vereinbarkeit mit den rechtlichen Vorgaben

Eine alleinige Schrankengeneralklausel im deutschen Urheberrechtsgesetz, die den gesamten Schranken katalog ersetzt, wäre aus diesem Grund auch nur schwerlich mit den *verfassungsrechtlichen Vorgaben*, insbesondere mit dem Gesetzesvorbehalt des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG und dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot, zu vereinbaren.¹⁹¹⁶ Der in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG verankerte Gesetzesvorbehalt verlangt, dass die materiell-rechtliche Inhaltsbestimmung des Eigentums grundsätzlich durch die Legislative erfolgt und nicht weitestgehend der Judikative überlassen wird.¹⁹¹⁷ Das Gebot der ausreichenden Bestimmtheit von Normen zielt darauf ab, dass dem Bürger die Möglichkeit gegeben wird, sein Verhalten auf die Rechtsnormen einzustellen. Die Normen müssen so bestimmt formuliert sein, dass die Folgen der Regelung für den Normadressat so vorhersehbar und berechenbar sind, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann, dass der Verwaltung angemessen klare Handlungsmaßstäbe vorgegeben werden und dass eine hinreichende gerichtliche Kontrol-

1916 So im Ergebnis auch *Poeppel*, Neuordnung, S. 499 ff.

1917 Siehe *Schack*, in: FS Schricker II, S. 511. Siehe auch oben 6. Kapitel, D.I.1.

le möglich ist.¹⁹¹⁸ Dies schließt jedoch eine Anwendung von Generalklauseln oder unbestimmten Rechtsbegriffen auch nicht grundsätzlich aus. Das Bundesverfassungsgericht nimmt an, die Anforderungen an die Bestimmtheit erhöhten sich mit der Intensität, mit der auf der Grundlage der betreffenden Regelung in grundrechtlich geschützte Bereiche eingegriffen werden kann. Dies habe jedoch nicht zur Folge, dass die Norm dann überhaupt keine Auslegungsprobleme aufwerfen dürfe. Dem Bestimmtheitsanforderung sei vielmehr genügt, wenn Auslegungsprobleme mit herkömmlichen juristischen Methoden bewältigt werden können.¹⁹¹⁹ Gerade in Fällen, in denen eine gesetzliche Bestimmung vielgestaltige Lebenssachverhalte regeln soll, hat das Bundesverfassungsgericht deshalb auch äußerst weite gesetzliche Regelungen für zulässig erachtet, die wesentliche Wertentscheidungen der Rechtsprechung überantworten.¹⁹²⁰

Unter Hinweis auf die Vielgestaltigkeit der Nutzungssachverhalte und die sich ständig ändernde Werknutzungsrealität könnte somit auch eine urheberrechtliche Schrankengeneralklausel mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar sein. Dies allerdings nur dann, wenn keine weniger unvorhersehbare und gleich wirksame Rechtsetzungsvariante ersichtlich wäre. Eine gegenüber einer alleinigen Schrankengeneralklausel, deren Auslegung und Ausgestaltung allein der Rechtsprechung überlassen würde, deutlich vorhersehbarere und berechenbarere Variante stellt jedoch der – bereits für das europäische Recht dargestellte – Mittelweg eines um eine Auffanggeneralklausel ergänzten Schranken kataloges dar. Für bereits bekannte Formen der Werknutzung könnten so die Grenzen der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte in Form expliziter Schrankenbestimmungen gezogen werden. Nur in Ausnahmefällen käme es folglich zur Anwendung der (besonders) auslegungsbedürftigen Schrankengeneralklausel.¹⁹²¹ Die durch die Einfügung einer Generalklausel gegebenenfalls erzeugte Rechtsunsicherheit würde so für die Rechtsunterworfenen auf ein – mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbares – Maß reduziert.

1918 Siehe nur Maunz/Dürig/Grzeszick, GG, Art. 20 Rn. 59 m.w.N.

1919 Siehe BVerfGE 83, 130 (145) – *Josefine Mutzenbacher* m.w.N.

1920 Vgl. unter Verweis auf die „Vielgestaltigkeit des Lebens“ oder die „Vielgestaltigkeit der Verhältnisse“ etwa BVerfGE 4, 352 (358); E 9, 137 (151) – *Reuegeld*; E 71, 108 (115) – *Neutralität im Wahlraum*; E 92, 1 (12, 19) – *Sitzblockade III*.

1921 Siehe näher unten 7. Kapitel, B.II.

Die vollständige Streichung des bestehenden Schrankenkataloges und die Ersetzung durch eine alleinige Generalklausel stünden schließlich auch in einem Konflikt zu den *Vorgaben des europäischen Richtlinienrechts*. Es erscheint zwar nicht *per se* ausgeschlossen, auch unter der geltenden InfoSoc-Richtlinie im nationalen Recht eine Schrankengeneralklausel, wie die hier vorgeschlagene, einzuführen. Insbesondere steht diese – anders als möglicherweise eine reine Übernahme der US-amerikanischen *Fair Use*-Schranke¹⁹²² – nicht im Widerspruch zum Dreistufentest. Gerade die – mit europäischem und nationalem Recht nicht vereinbare – „Alles oder Nichts“-Rechtsfolge des *Fair Use* wurde hier durch die Einführung einer Rechtsfolgenregelung ausgeglichen. Auch inhaltlich wäre die Schrankengeneralklausel mit der InfoSoc-Richtlinie zu vereinbaren, solange die nationalen Gerichte die Generalklausel – wie zu erwarten – im Sinne des derzeitigen Schranken kataloges des Urheberrechtsgesetzes – und somit auch im Sinne der InfoSoc-Richtlinie – handhaben und auslegen würden.¹⁹²³

Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den Richtlinienvorgaben bestehen jedoch im Hinblick auf das europarechtliche *Effektivitätsgebot*. Danach sind die Mitgliedstaaten angehalten, zur Umsetzung einer Richtlinie die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) der Richtlinie unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen.¹⁹²⁴ Ob detaillierte Richtlinien vorgaben im Wege einer Generalklausel umgesetzt werden dürfen, die lediglich entsprechend den Vorgaben der Richtlinie ausgelegt werden, kann somit nicht allgemein, sondern nur durch eine Gesamtschau von Richtlinieninhalt und nationaler Auslegungspraxis beurteilt werden.¹⁹²⁵ Das Effektivitätsgebot steht dabei der Umsetzung einer Richtlinienbestimmung durch eine Generalklausel nicht grundsätzlich entgegen.¹⁹²⁶ Im Falle der Umsetzung der Schrankenbestimmungen der Info-

1922 Zur – hier bejahten – Vereinbarkeit der *Fair Use*-Doktrin mit dem urheberrechtlichen Dreistufentest, siehe oben 6. Kapitel, C.IV.

1923 Ähnlich Förster, *Fair Use*, S. 208.

1924 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.1976, C-48/75, Slg. 1976, 497, Rn. 69/73 – *Royer*.

1925 Siehe Leible, *EuZW* 2001, 438 (438 f.); Poeppel, *Neuordnung*, S. 504.

1926 Vgl. EuGH, Urt. v. 26.10.1983, C-163/82, Slg. 1983, 3273, Rn. 9 – *Kommission./. Italien* zur – für zulässig befundenen – Umsetzung von Richtlinien vorgaben zu Arbeitsbedingungen durch eine Generalklausel. Für nicht ausreichend

Soc-Richtlinie lässt es jedoch eine solche Ausgestaltung nicht zu. In der InfoSoc-Richtlinie hat sich der europäische Gesetzgeber für eine Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schranken in Form eines grundsätzlich abschließenden Kataloges enumerativer Einzeltatbestände entschieden. Erwägungsgrund 32 zur InfoSoc-Richtlinie stellt insoweit unmissverständlich klar, dass die Schrankenbestimmungen jedenfalls in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Richtlinie *erschöpfend* aufgeführt sind. Dies spiegelt hinsichtlich der Schranken das zentrale Ziel der InfoSoc-Richtlinie wider. Die auf dem Gebiet der Schrankenbestimmungen zuvor bestehenden, teils ganz erheblich abweichenden nationalen Bestimmungen sollten gerade unionsweit harmonisiert und eine weitere Auseinanderentwicklung der Schranken im mitgliedstaatlichen Recht unterbunden werden.¹⁹²⁷ Auch wenn man am Erfolg dieses Harmonisierungsvorhabens zweifeln kann,¹⁹²⁸ so sind die Vorgaben des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie und die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers für einen Katalog von Schrankentatbeständen bei der Einführung neuer oder der Änderung bestehender Schrankenregelungen jedenfalls als „Höchstgrenzen“¹⁹²⁹ der Schrankenausgestaltung zwingend zu beachten. Sie begrenzen den gesetzgeberischen Spielraum insofern entscheidend, als sie jedenfalls der Einführung völlig neuer, im Katalog des Art. 5 InfoSoc-RL nicht vorgesehener Schrankenbestimmungen grundsätzlich entgegenstehen und so einer weiteren Disharmonisierung im Bereich der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen entgegenwirken sollen.¹⁹³⁰ Die „Öffnungsklausel“ des Art. 5 Abs. 3 lit. o InfoSoc-RL hilft insofern nicht weiter, da sie den Mitgliedstaaten lediglich erlaubt, sonstige *bisher bestehende* nationale Schranken in „Fällen von geringer Bedeu-

befunden hat der EuGH hingegen die generalklauselartige Umsetzung verbraucherschützender Richtlinienvorgaben; vgl. EuGH, Urt. v. 10.5.2001, C-144/99, Slg. 2001, I-3541, Rn. 17 ff. – *Kommission./.* *Niederlande*. Vgl. auch *Siems*, ZEuP 2002, 747 (750 ff.); *Streinz*, JuS 2001, 1113 (1114).

1927 Vgl. Erw.-Grd. 31 zur InfoSoc-RL. Zu den politischen Schwierigkeiten und zähen Verhandlungen um einen Kompromiss zur Harmonisierung der Schrankenbestimmungen siehe *Bayreuther*, ZUM 2001, 828 (829); *Hoeren*, MMR 2000, 515 ff.; *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733 (734 f.); *Spindler*, GRUR 2002, 105 (106, 110 f.).

1928 Zur Kritik an der Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen durch die InfoSoc-Richtlinie, siehe oben 6. Kapitel, B.III.

1929 *Bayreuther*, ZUM 2001, 828 (829).

1930 Vgl. *Leistner*, CMLR 46 (2009), 847 (851 f.).

tung“ aufrecht zu erhalten, und auch dies nur, wenn diese analoge Nutzungen betreffen und den freien Waren- und Dienstleistungsverkehr der Gemeinschaft nicht berühren.

Sinn und Zweck einer alleinigen Schrankengeneralklausel wäre es jedoch gerade, die Schrankenbestimmungen insbesondere im Hinblick auf den Umgang mit neuen Formen der Werknutzung zu flexibilisieren und auch solche Nutzungsformen zu erfassen, die bisher nicht in einer der enumerativen Schrankenbestimmungen der InfoSoc-Richtlinie erfasst sind. Durch die Ausgestaltung der nationalen Schrankenregelungen in Form einer Generalklausel bestünde somit – insbesondere dann, wenn mehrere Mitgliedstaaten diesen Weg beschritten – die Gefahr einer erheblichen weiteren Disharmonisierung, die dem Willen des europäischen Richtliniengebers gerade widerspricht. Die nationale Umsetzung der Richtlinienvorgaben durch eine alleinige Schrankengeneralklausel ist daher als nicht europarechtskonform anzusehen.¹⁹³¹

II. Integration einer Generalklausel in den bestehenden Schrankenkatalog

Aufgrund der aufgezeigten Bedenken, die gegen die Einführung einer alleinigen Schrankengeneralklausel im deutschen Urheberrechtsgesetz bestehen, erscheint auch für eine Flexibilisierung der Schranken auf Ebene des nationalen Rechts eine vermittelnde Lösung vorzugswürdig, bei der eine Generalklausel in den bestehenden Schrankenkatalog integriert beziehungsweise diesem als Auffangtatbestand angefügt würde.

1. Formulierungsvorschlag und Erläuterung

Für die Ausgestaltung einer Auffanggeneralklausel im deutschen Urheberrecht böte sich – ebenso wie auf Ebene des europäischen Rechts¹⁹³² – eine

1931 So im Ergebnis auch *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (46); v.*Eechoud/Hughenoltz/v.Gompel/Guibault/Helberger*, Harmonizing European Copyright Law, S. 128 f.; *Förster*, Fair Use, S. 209; *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive, S. 33; *Poeppel*, Neuordnung, S. 504 f.; *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (512); *Wiebe*, GRUR 2011, 888 (893 f.).

1932 Siehe dazu mit näherer Erläuterung oben 7. Kapitel, A.II.2.

Ausgestaltung in Anlehnung an den im Europa- und Völkerrecht verankerten urheberrechtlichen Dreistufentest *und* die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin an. Zugleich sollte ein Auffangtatbestand im nationalen Recht – wie zuvor in Bezug auf eine alleinige Schrankengeneralklausel dargestellt¹⁹³³ – der *droit d’auteur*-Tradition des deutschen Urheberrechts Rechnung tragen und urheberpersönlichkeitsrechtliche Interessen besonders berücksichtigen.

Eine solche Auffanggeneralklausel in Anlehnung an den Dreistufentest und die *Fair Use*-Doktrin könnte etwa wie folgt lauten:

§ 61 UrhG-E:¹⁹³⁴ Weitere Beschränkungen der Ausschließlichkeitsrechte

- (1) Die Nutzung eines veröffentlichten urheberrechtlich geschützten Werkes, die nicht dem Anwendungsbereich einer der speziellen Schrankenbestimmungen dieses Kapitels unterfällt, ist ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig, wenn sie die normale Verwertung des Werkes nicht ungebührlich beeinträchtigt und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt.
- (2) Bei der Beurteilung, ob die Nutzung die normale Verwertung des Werkes ungebührlich beeinträchtigt, sind insbesondere die Auswirkungen der Nutzung auf den aktuellen und potentiellen Verwertungsmarkt, auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes und berechnigte Interessen Dritter zu berücksichtigen.
- (3) ¹Bei der Beurteilung, ob die Nutzung berechnigte Interessen des Rechteinhabers ungebührlich verletzt, sind auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen. ²Bei der Abwägung der Beeinträchtigung der beteiligten Interessen sind insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen:

1933 Siehe oben 7. Kapitel, B.I.

1934 Auch *Poeppel*, Neuordnung, S. 491, *Förster*, Fair Use, S. 214 und *Hansen*, Warum Urheberrecht, S. 409 sehen die von ihnen erwogenen Schrankengeneralklauseln als § 61 UrhG *de lege ferenda* vor. Für eine Auffanggeneralklausel bietet sich § 61 UrhG gesetzessystematisch an, da er unmittelbar an die letzte Schrankenbestimmung des Schrankenkataloges anschließt und durch die Aufhebung im Zuge des Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.9.2003 (BGBl. 2003 I, S. 1774) „freigeworden“ ist.

1. der Zweck und der Charakter der Nutzung einschließlich der Frage, ob die Nutzung kommerzieller Natur ist; eine Nutzung kann insbesondere dann zulässig sein, wenn sie zum Zwecke des kritischen Kommentars, der Berichterstattung über aktuelle Ereignisse von öffentlichem Interesse, der Veranschaulichung des Unterrichts, der Lehre, der Forschung, der Zugänglichmachung für Menschen mit Behinderungen, der Förderung des Wettbewerbs, insbesondere auf Sekundärmärkten, oder der kreativen Weiterverwendung im Rahmen eigener Werkschöpfung erfolgt;
 2. die Art des urheberrechtlich geschützten Werkes;
 3. der Umfang und die Bedeutung des verwendeten Werkteils im Verhältnis zum urheberrechtlich geschützten Werk als Ganzem;
 4. die Möglichkeit einer Kompensation durch die Zahlung eines gerechten Ausgleichs;
 5. die Auswirkungen der Nutzung auf die berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers an seinem Werk.
- (4) ¹Für eine nach Absatz 1 zulässige Nutzung ist dem Urheber ein gerechter Ausgleich zu leisten. ²Auf seinen Anspruch auf einen gerechten Ausgleich kann der Urheber nicht verzichten. ³Der Anspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. ⁴Die Pflicht zur Zahlung eines gerechten Ausgleichs kann entfallen, wenn ein gesteigertes öffentliches Interesse nicht nur am freien Zugang, sondern auch an der Unentgeltlichkeit der Nutzung besteht.
- (5) ¹Bei einer nach Absatz 1 zulässigen Nutzung kann die Verpflichtung zur Nennung des Urhebers entfallen, soweit die Urheberrnennung nach den Umständen des Einzelfalls nicht zu erwarten oder nicht möglich ist. ²Die Verpflichtung zur Kennzeichnung der Fremdheit und Herkunft des Werkes entfällt nicht.

Die vorgeschlagene Auffanggeneralklausel stellt eine Kombination aus dem hier für eine Auffangsschranke im europäischen Recht unterbreiteten Vorschlag¹⁹³⁵ und dem Entwurf einer alleinigen Schrankengeneralklausel im nationalen Recht dar:

1935 Siehe oben 7. Kapitel, A.II.2.a).

Der Auffangtatbestand ist in Anlehnung an den urheberrechtlichen Dreistufentest ausgestaltet und um der US-amerikanischen *Fair Use*-Schranke ähnliche Prüfungskriterien ergänzt. Der *Anwendungsbereich* dieser – als Ergänzung eines überarbeiteten und gestrafften Kataloges urheberrechtlicher Schranken vorgesehenen – Generalklausel ist dabei deutlich begrenzt. Nicht jede Werknutzung wird zusätzlich zu den Regelungen des Schranken kataloges einer Einzelfallüberprüfung anhand der Generalklausel unterzogen. Eine Anwendung des Auffangtatbestandes kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn der Anwendungsbereich keiner Schrankenbestimmung des Schranken kataloges des Urheberrechtsgesetzes eröffnet ist. Die vom Gesetzgeber im Rahmen des Schranken kataloges ausdifferenzierten Schranken gingen der Generalklausel folglich als *leges speciales* zwingend vor.¹⁹³⁶

Die vorgeschlagene Regelung gestaltet den urheberrechtlichen Dreistufentest in eine generalklauselartige Auffangsschranke um, die diesen – über seine europarechtliche Funktion als Schranken-Schranke hinaus – auf seine ursprüngliche (konventionsrechtliche) Funktion zurückführt, auch neue Formen der Werknutzung zu ermöglichen.¹⁹³⁷ Zugleich verkürzt der vorgeschlagene § 61 UrhG-E den Dreistufentest auf einen *Zweistufentest*. Dies hat jedoch nur eine klarstellende Funktion und keine Auswirkung auf dessen Anwendung. Den Anforderungen der ersten Teststufe des Dreistufentests genügen die anhand der vorgeschlagenen Generalklausel auf ihre Zulässigkeit zu überprüfenden Nutzungshandlungen ohnehin sowohl bei einem quantitativen als auch bei einem qualitativen Verständnis des „Sonderfalles“.¹⁹³⁸ Da die Bestimmung nur subsidiär Anwendung findet, wenn keine der ausdrücklich im Gesetz enthaltenen Schranken einschlägig ist, wird die Zahl der anhand der Generalklausel zu überprüfenden Nutzungshandlungen eher niedrig sein. Dass diese Nutzungshandlungen zugleich auch den – richtigerweise eher niedrig anzusetzenden¹⁹³⁹ – qualitativen Anforderungen an einen „Sonderfall“ genügen, wird durch die nähere

1936 Siehe zum derart beschränkten Anwendungsbereich der Auffangsklausel näher oben 7. Kapitel, A.II.2.b).

1937 Siehe näher oben 7. Kapitel, A.II.2.b) sowie zu dieser „enabling function“ des konventionsrechtlichen Dreistufentests, *Senfileben*, 57 J. Copyright Soc’y U.S.A. 521, 544 ff. (2010).

1938 Siehe zur Auslegung der ersten Teststufe des Dreistufentests oben 6. Kapitel, C.III.2.a).

1939 Vgl. zur hier vertretenen Auffassung näher oben 6. Kapitel, C.III.2.a)cc).

Ausdifferenzierung der zweiten und dritten Teststufe anhand der vorgeschlagenen *Fair Use*-ähnlichen Prüfungskriterien garantiert, die zugleich sicherstellen, dass es sich um „bestimmte“ bzw. „bestimmbare“ Fälle im Sinne des Dreistufentests handelt. Auf die ausdrückliche Aufnahme der ersten Teststufe des Dreistufentests in eine nationale Schrankengeneralklausel kann deshalb – zum Wohle einer übersichtlicheren Prüfung – verzichtet werden, ohne dass eine Anwendung der Regelung entgegen der Vorgaben des konventions- und europarechtlichen Dreistufentests droht.

Ebenso wie für eine Schrankengeneralklausel in einer europäischen Urheberrechtsverordnung vorgeschlagen, modifiziert der Entwurf zudem die zweite Stufe des Dreistufentests geringfügig, indem er darauf abstellt, ob die normale Verwertung des Werkes *ungebührlich* beeinträchtigt wird. Diese Formulierung trägt zum einen dem Bedürfnis der Rechteinhaber Rechnung, vor solchen Nutzungen geschützt zu werden, die erhebliche negative Auswirkungen auf die eigene Werkverwertung haben. Zum anderen berücksichtigt die Regelung jedoch auch, dass nicht jede Beeinträchtigung der ökonomischen Interessen des Rechteinhabers automatisch zur Unzulässigkeit einer Werknutzung führen darf. Andernfalls drohte aufgrund der fortschreitenden technischen Entwicklung und der damit verbundenen stetigen – zumindest potentiellen – Erschließung zusätzlicher Märkte auf längere Sicht die dritte Stufe des Dreistufentests (hier: zweite Teststufe des Absatzes 1) als Beschränkung funktionslos zu werden.¹⁹⁴⁰ Ein solches Ergebnis ließe aber die Tatsache außer Betracht, dass zahlreiche Formen der Werknutzung denkbar sind, die zwar die ökonomischen Interessen des Rechteinhabers tangieren, jedoch durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung ebenso gut oder gar besser kompensiert werden können als durch ein Verbotsrecht.¹⁹⁴¹

Der für eine europäische Urheberrechtsverordnung unterbreitete Gesetzgebungsvorschlag wird jedoch – ebenso wie zuvor für eine alleinige Schrankengeneralklausel im deutschen Recht vorgeschlagen – um *urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte* ergänzt. Der Entwurf nimmt daher ausdrücklich Bezug auf die zentralen Regelungen zum Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte im Urheberrechtsgesetz. Das Veröffentlichungsrecht des Urhebers wird berücksichtigt, indem die Anwendung der Schrankenbestimmung gemäß ihrem Absatz 1 auf Nutzungen veröffent-

1940 Siehe zu dieser Kritik an der Auslegung der zweiten Teststufe des Dreistufentests oben 6. Kapitel, C.III.2.b).

1941 Vgl. oben 6. Kapitel, C.III.2.b).

lichter Werke beschränkt ist. Der Entwurf stellt in Absatz 3 Satz 2 Nr. 5 zudem in Anlehnung an § 14 UrhG klar, dass eine ungebührliche Verletzung berechtigter Interessen des Rechteinhabers insbesondere auf einer Beeinträchtigung berechtigter geistiger oder persönlicher Interessen des Urhebers an seinem Werk – etwa durch dessen Entstellung – beruhen kann. Absatz 5 des Entwurfes strebt schließlich einen angemessenen Ausgleich zwischen dem durch § 13 UrhG geschützten Recht auf Anerkennung der Urheberschaft und der veränderten Werknutzungsrealität an, mit der gerade bei der Online-Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke eine vollständige Urhebernennung teilweise nicht mehr vereinbar ist.¹⁹⁴² Für Fälle, in denen eine vollständige Urhebernennung nicht möglich ist und mit einem Wegfall der Urhebernennung keine wesentliche Beeinträchtigung der berechtigten Interessen des Urhebers einhergeht, sieht § 61 Abs. 5 UrhG-E deshalb nur eine Kennzeichnung der Fremdheit und Herkunft des Werkes vor.

In Absatz 4 enthält die Vorschrift eine Rechtsfolgenregelung,¹⁹⁴³ die klarstellt, dass der Rechteinhaber die Nutzung seines Werkes im Regelfall nur gegen Zahlung eines gerechten Ausgleichs hinnehmen muss. Sie trägt dem Erfordernis Rechnung, dass der Urheber für die Werknutzung grundsätzlich eine angemessene Vergütung erhalten soll. Besteht jedoch ausnahmsweise ein so erhebliches öffentliches Interesse an der kostenfreien Nutzung, dass dieses das Vergütungsinteresse des Rechteinhabers überwiegt, so kann die Vergütungspflicht im Einzelfall vollständig entfallen.

2. Opportunität des Vorschlags

Die Auffanggeneralklausel des § 61 UrhG-E nach dem Vorbild des urheberrechtlichen Dreistufentests und deren Ergänzung um an die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke angelehnte Kriterien vereint gleich in mehrerlei Hinsicht „das Beste beider Welten“:

Durch den offenen Wortlaut in Anlehnung an den Dreistufentest bringt die Generalklausel die notwendige Flexibilität in die derzeit zu starren Schranken des Urheberrechtsgesetzes. Diese ist – wie die rechtsverglei-

¹⁹⁴² Vgl. näher oben 7. Kapitel, A.II.2.b).

¹⁹⁴³ Siehe zur näheren Erläuterung oben 7. Kapitel, A.I.1. zum insoweit gleichlautenden Absatz 3 des Entwurfes einer alleinigen Schrankengeneralklausel im europäischen Recht.

chende Untersuchung der Buch- und Bildersuche exemplarisch gezeigt hat – erforderlich, um der gewandelten Nutzungsrealität gerecht zu werden und die urheberrechtliche Zulässigkeit neuartiger Formen der Werknutzung zu beurteilen. Durch die Aufnahme eines gesetzlichen Auffangtatbestandes werden methodische „Verbiegungen“ und richterliche „Kunstgriffe“ zur Erfassung neuer Nutzungsformen überflüssig.

Der *Fair Use*-ähnliche Kriterienkatalog minimiert zugleich die derzeit bei der unmittelbaren Anwendung des konventions- oder europarechtlichen Dreistufentests durch die Rechtsprechung bestehenden Unsicherheiten. So gewährleistet die Generalklausel des § 61 UrhG-E neben erheblicher Flexibilität zugleich ein größtmögliches Maß an Rechtssicherheit. Die Regelung findet nur auf solche Sachverhalte Anwendung, die nicht bereits von einer der im Rahmen des Schranken kataloges enthaltenen Schrankenbestimmungen erfasst werden. Kommt es zu einer Anwendung der Generalklausel, so erfolgt die Prüfung anhand der in den Absätzen 2 und 3 aufgezählten, nachvollziehbaren Kriterien, so dass der Gang und auch Ausgang der Prüfung in aller Regel weitgehend vorhersehbar sein werden. Die Vorhersehbarkeit wird im Laufe der Zeit weiter zunehmen, wenn eine Auslegung und Ausdifferenzierung der einzelnen Prüfungskriterien durch die Rechtsprechung stattgefunden hat.¹⁹⁴⁴ Durch die Rechtsprechung in Anwendung der Generalklausel etablierte Fallgruppen könnten zudem durch den Gesetzgeber zur Steigerung der „Nutzerfreundlichkeit“ und Rechtssicherheit durch die Aufnahme in den Schranken katalog gesetzlich festgeschrieben werden.¹⁹⁴⁵ Eine solche Kodifizierung einzelner von der Rechtsprechung etablierter Fallgruppen könnte gegebenenfalls dazu beitragen, die langwierigen Gesetzgebungsprozesse zu verkürzen oder diese jedenfalls interessengerechter auszugestalten. Die einer ausgeglichenen und zügigen Gesetzgebung nicht immer förderlichen Einflussnahmeversuche von Lobbyverbänden, die bei einer Schranken neuschöpfung durch den Gesetzgeber stets zu beobachten sind, könnten deutlich minimiert werden, wenn der Gesetzgeber lediglich eine allgemein anerkannte – weitgehend frei von Lobbyeinflüssen entstandene – Rechtsprechungspraxis in Gesetzesform gösse.

1944 Siehe näher zur Vorhersehbarkeit von *Fair Use*-Entscheidungen als Beispiel einer durch die Rechtsprechung ausdifferenzierten Schrankengeneralklausel, oben S. 279 ff.

1945 Vgl. dazu bereits oben 7. Kapitel, A.II.2.c); ähnlich Metzger, in: Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 101 (121 f.).

Durch die Ergänzung des – idealerweise deutlich gestrafften, vereinfachten und bereinigten¹⁹⁴⁶ – Kataloges von Schrankenbestimmungen um die vorgeschlagene Auffanggeneralklausel würde das Urheberrecht zudem anwenderfreundlicher: Der Schrankenkatalog könnte seine eigentliche Stärke – die Gewährung eines hohen Maßes an Rechtssicherheit – zurückgewinnen. Finden die einzelnen Schrankentatbestände tatsächlich nur noch Anwendung auf die vom Gesetzgeber vorgesehenen Sachverhalte, so ist für den Rechtsanwender in aller Regel – auch ohne nähere Kenntnis der Rechtsprechung zu den urheberrechtlichen Schranken – wieder „durch einen Blick in das Gesetz“ zu erkennen, welche Nutzungshandlungen unter welchen Voraussetzungen im Rahmen der Schrankenregelungen zulässig sind, und ob für diese gegebenenfalls eine Vergütung zu zahlen ist. Bei allen anderen – insbesondere neuartigen – Formen der Werknutzung, die keiner Schrankenbestimmung unterfallen, ist hingegen für den Rechtsanwender ersichtlich, dass sich die Nutzungen allein am Maßstab der Schrankengeneralklausel messen lassen müssen. Die grundlegenden Voraussetzungen einer legalen Nutzung lassen sich dieser Bestimmung ebenfalls in Form des gesetzlichen Kriterienkataloges entnehmen, so dass dem Nutzer – auch ohne detaillierte Kenntnis der Rechtsprechung – in aller Regel jedenfalls eine Abschätzung der Zulässigkeit möglich sein wird.

Schließlich ermöglicht die Auffangsschranke durch ihre Offenheit und die ausdrückliche Festschreibung gewisser Kriterien auch einen gerechten Ausgleich der beteiligten Interessen. Die Regelung betont ausdrücklich, dass bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Werknutzung alle beteiligten Interessen zu berücksichtigen sind. Für das deutsche Recht neu wäre die hier ausdrücklich festgeschriebene Beachtung von Belangen des Wettbewerbs. Durch die Hervorhebung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Interessen wird jedoch auch sichergestellt, dass die Frage der Zulässigkeit einer zustimmungsfreien Werknutzung nicht regelmäßig einer rein wirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Rechnung gleichgesetzt wird, aufgrund derer ein Verbotungsrecht des Urhebers letztlich stets zu einem Anspruch auf angemessene Vergütung abgeschwächt würde. Zugleich trägt die Regelung der geänderten Werknutzungsrealität Rechnung, die im Einzelfall gewisse Einschränkungen urheberpersönlichkeitsrechtlicher Belange erfordern

1946 Siehe zu erstrebenswerten Maßnahmen der gesetzestechnischen Straffung und Bereinigung der Schrankenbestimmungen *Hansen*, Warum Urheberrecht, S. 401 ff.

kann. Durch die Möglichkeit einer Abschwächung des Rechtes auf Urhebernennung wird auch hier ein interessengerechter Ausgleich ermöglicht.

3. Vereinbarkeit mit den rechtlichen Vorgaben

Die vorgeschlagene Auffanggeneralklausel wäre mit den zuvor dargestellten völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schranken vereinbar. Ebenso wie die Einführung einer alleinigen Schrankengeneralklausel im nationalen Recht, würde die Umsetzung des dargestellten Vorschlages jedoch eine Änderung des europäischen Rechts voraussetzen.

An der *Völkerrechtskonformität* einer auf dem Dreistufentest aufbauenden Auffanggeneralklausel kann kein ernstlicher Zweifel bestehen. Insbesondere hat der Dreistufentest im Konventionsrecht – anders als in seiner Ausgestaltung in der InfoSoc-Richtlinie – seit jeher nicht lediglich die Funktion, als Schranken-Schranke für bestehende Schrankenbestimmungen zu wirken, sondern auch als Rahmen für die Ermöglichung neuer Formen der Werknutzung zu dienen.¹⁹⁴⁷ Mit den Vorgaben des konventionsrechtlichen Dreistufentests ist eine auf dessen Basis ausgestaltete eigenständige Schrankengeneralklausel somit vereinbar. Dies ändert sich insbesondere auch nicht durch dessen Ergänzung und nähere Ausgestaltung anhand von Kriterien der *Fair Use*-Doktrin, da diese keine unmittelbaren Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des Dreistufentests haben, sondern lediglich als Kriterien für dessen Auslegung konzipiert sind.

Auch mit den *Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts* wäre die Regelung zu vereinbaren.¹⁹⁴⁸ Anders als eine alleinige Schrankengeneralklausel stünde eine Generalklausel als subsidiärer Auffangtatbestand insbesondere nicht im Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Eine Öffnung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen im Hinblick auf die geänderte und sich ständig weiter ändernde Nutzungsrealität ist – wie gezeigt – dringend erforderlich. Eine solche kann sinnvoll nur durch eine technologieneutrale, zukunfts offene und daher flexible Schrankenbestimmung erfolgen. Durch die Kombination eines verfassungsrechtlich gebotenen Kataloges von Einzelausnahmen mit einer Auf-

1947 Vgl. oben 6. Kapitel, C. und 7. Kapitel, A.II.2.b).

1948 So im Ergebnis auch Hansen, Warum Urheberrecht, S. 407 f.; Poeppel, Neuordnung, S. 503.

fanggeneralklausel, die nur in wenigen Einzelfällen Anwendung findet und zudem durch den enthaltenen Kriterienkatalog deutliche Anhaltspunkte für eine Konkretisierung durch die Rechtsprechung liefert, würde der Gesetzgeber nicht etwa notwendige Entscheidungen ungebührlich auf die Rechtsprechung abwälzen, sondern dem Bestimmtheitsgebot soweit wie möglich Rechnung tragen. Nur in Fällen, in denen dem Gesetzgeber eine nähere gesetzliche Bestimmung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Nutzung ohnehin (noch) nicht möglich war – etwa weil die fragliche Nutzungsform zum Zeitpunkt der Gesetzgebung noch unbekannt war –, käme die Auffangsschranke zur Anwendung. In diesen Konstellationen stellt der Rückgriff auf eine mit Hilfe von Prüfungskriterien ausdifferenzierte Generalklausel jedoch – wie gezeigt – gegenüber der erweiternden Auslegung oder analogen Anwendung spezieller Schrankenbestimmungen den methodenehrlicheren und auch vorhersehbareren Weg dar, der ein hohes Maß an Rechtssicherheit zu erzeugen vermag und somit gerade im Einklang mit dem Zweck des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes steht.

Ebenso wie die vollständige Streichung des bestehenden Schrankenkataloges und die Ersetzung durch eine alleinige Generalklausel stünde jedoch auch die vorgeschlagene Auffanggeneralklausel in einem Konflikt zu den *Vorgaben des europäischen Richtlinienrechts*. Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit den Richtlinienvorgaben bestehen auch hier insbesondere im Hinblick auf das europarechtliche *Effektivitätsgebot*. Danach sind die Mitgliedstaaten angehalten, zur Umsetzung einer Richtlinie die Formen und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) der Richtlinie unter Berücksichtigung des mit ihnen verfolgten Zwecks am besten eignen.¹⁹⁴⁹ Das Effektivitätsgebot steht zwar der Umsetzung einer Richtlinienbestimmung durch eine Generalklausel nicht grundsätzlich entgegen.¹⁹⁵⁰ Im Falle der Umsetzung der Schrankenbestimmungen der InfoSoc-Richtlinie lässt es jedoch eine solche Ausgestaltung nicht zu. Erwägungsgrund 32 zur InfoSoc-Richtlinie

1949 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.4.1976, C-48/75, Slg. 1976, 497, Rn. 69/73 – *Royer*.

1950 Vgl. EuGH, Urt. v. 26.10.1983, C-163/82, Slg. 1983, 3273, Rn. 9 – *Kommission./. Italien* zur – für zulässig befundenen – Umsetzung von Richtlinienvorgaben zu Arbeitsbedingungen durch eine Generalklausel. Für nicht ausreichend befunden hat der EuGH hingegen die generalklauselartige Umsetzung verbraucher-schützender Richtlinienvorgaben; vgl. EuGH, Urt. v. 10.5.2001, C-144/99, Slg. 2001, I-3541, Rn. 17 ff. – *Kommission./. Niederlande*. Vgl. auch *Siems*, ZEuP 2002, 747 (750 ff.); *Streinz*, JuS 2001, 1113 (1114). Siehe auch näher oben 7. Kapitel, B.I.3.

stellt unmissverständlich klar, dass die Schrankenbestimmungen jedenfalls in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Richtlinie *erschöpfend* aufgeführt sind. Auch wenn die durch diese abschließende Regelung bezweckte Harmonisierung tatsächlich weitgehend ausgeblieben ist,¹⁹⁵¹ so sind die Vorgaben des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie und die Entscheidung des europäischen Gesetzgebers für einen Katalog von Schrankentatbeständen bei der Einführung neuer oder Änderung bestehender Schrankenregelungen jedenfalls als „Höchstgrenzen“¹⁹⁵² der Schrankenausgestaltung zwingend zu beachten. Sie stehen der Einführung völlig neuer, im Katalog des Art. 5 InfoSoc-RL nicht vorgesehener Schrankenbestimmungen entgegen.

Durch die ergänzende Einführung einer Schrankengeneralklausel würde jedoch der vom europäischen Gesetzgeber vorgegebene Rahmen für Schrankenbestimmungen überschritten. Durch die nur subsidiäre Anwendung der Auffanggeneralklausel würde diese gerade nur dann Anwendung finden, wenn eine (innovative) Form der Werknutzung sich im Rahmen des engen „Korsetts“ des Artikels 5 der InfoSoc-Richtlinie – beziehungsweise der in Umsetzung dieser Regelung erlassenen nationalen Bestimmungen – nicht rechtfertigen lässt. Nach § 61 UrhG-E für zulässig erachtete Nutzungshandlungen lägen folglich regelmäßig außerhalb des vom europäischen Gesetzgeber vorgesehenen (engen) Gestaltungsspielraums für den nationalen Gesetzgeber. Mit den geltenden Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie wäre die vorgeschlagene Auffanggeneralklausel daher nicht vereinbar.¹⁹⁵³

III. Zusammenfassung und Bewertung

Gegen die Einführung einer *alleinigen Schrankengeneralklausel* im deutschen Urheberrecht bestehen erhebliche Bedenken. Eine solche Regelung könnte zwar äußerst weitreichende Flexibilität im Bereich der urheberrechtlichen Schranken erzeugen. Ihre Einführung ginge jedoch zu Lasten der Rechtssicherheit, da die bisher anerkannten Formen der Werknutzung,

1951 Zur Kritik an der Ausgestaltung der Schrankenbestimmungen durch die InfoSoc-Richtlinie, siehe oben 6. Kapitel, B.III.

1952 Bayreuther, ZUM 2001, 828 (829).

1953 So in Bezug auf jeweils anders ausgestaltete Auffanggeneralklauseln im Ergebnis auch Hansen, Warum Urheberrecht, S. 409; Poeppel, Neuordnung, S. 505.

für deren Zulässigkeit der Gesetzgeber bereits Kriterien in einzelnen Schrankenbestimmungen explizit ausdifferenziert und die Rechtsprechung diese ausgelegt hat, unnötig aufgegeben und der Unsicherheit einer Einzelfallprüfung anhand einer alleinigen Generalklausel unterworfen würden. Der unleugbare Vorteil eines – sinnvoll und übersichtlich gestalteten – Schranken kataloges, eine Orientierungshilfe für Urheber und Nutzer zu bieten, würde ohne hinreichenden Grund aufgegeben, da eine vollständige Streichung der bestehenden Schrankenbestimmungen nicht erforderlich ist, um die notwendige Flexibilität im Bereich der urheberrechtlichen Schranken zu erreichen.

Dasselbe Maß an Flexibilität lässt sich nämlich auch unter Beibehaltung eines – idealerweise deutlich gestrafften und gekürzten – Kataloges urheberrechtlicher Schranken durch dessen Ergänzung um eine *Generalklausel als Auffangtatbestand* erreichen. Die vorgeschlagene Auffanggeneralklausel des § 61 UrhG-E vereint die Flexibilität des urheberrechtlichen Dreistufentests und die Vorhersehbarkeit eines Kriterien kataloges in Anlehnung an die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke. Durch die nur subsidiäre Anwendung in Fällen, in denen keine spezifische Schrankenregelung einschlägig ist, bietet diese Ausgestaltung ein größtmögliches Maß an Rechtssicherheit und Nutzerfreundlichkeit und ermöglicht einen gerechten Interessenausgleich. Für den Rechtsanwender ist durch die (gestrafften) Einzelschrankentatbestände, die nur noch auf die vom Gesetzgeber vorgesehenen Fälle Anwendung finden und keiner übermäßig weiten Ausdehnung auf vom Wortlaut nicht erfasste Formen der Werknutzung bedürfen, vielfach wieder deutlich leichter zu erkennen, welche Nutzungshandlungen im Rahmen der Schrankenregelungen zulässig sind, und ob für diese gegebenenfalls eine Vergütung zu zahlen ist. Unterfällt eine Werknutzung hingegen keiner Schrankenbestimmung, so ist für den Rechtsanwender ersichtlich, dass sich die Nutzung allein am Maßstab der Schrankengeneralklausel messen lassen muss. Aus dem an die *Fair Use*-Schranke angelehnten gesetzlichen Kriterienkatalog lassen sich dabei die grundlegenden Voraussetzungen einer legalen Nutzung entnehmen, so dass dem Nutzer oftmals bereits eine Abschätzung der Zulässigkeit erleichtert wird. Mit zunehmender Konkretisierung des Kriterien kataloges durch die Rechtsprechung wird zudem insoweit die Vorhersehbarkeit wachsen.

Ein Wermutstropfen verbleibt jedoch auch bei diesem erstrebenswerten Flexibilisierungsinstrument: Die vorgeschlagene Auffanggeneralklausel ist zwar konventions- und verfassungsrechtskonform, sie lässt sich jedoch

nicht mit geltendem europäischem Recht vereinbaren. Erwägungsgrund 32 zur InfoSoc-Richtlinie statuiert, dass die Schrankenbestimmungen in der Richtlinie jedenfalls in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe erschöpfend aufgeführt sind. Die Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie stehen daher der – im Hinblick auf die sich stetig wandelnde Werknutzungsrealität dringend erforderlichen – Einführung völlig neuer, im Katalog des Art. 5 InfoSoc-RL nicht vorgesehener Schrankenbestimmungen entgegen. Dies verdeutlicht, wie der europäische Gesetzgeber den Gestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber durch die InfoSoc-Richtlinie eingeengt hat, ohne jedoch die erhoffte Harmonisierung der urheberrechtlichen Schranken oder wenigstens deren Zukunftsfähigkeit durch Anpassung an die Herausforderungen der Informationsgesellschaft erreicht zu haben.¹⁹⁵⁴

Lässt sich im nationalen Recht jedoch weder eine alleinige Schranken- generalklausel noch eine Auffanggeneralklausel im Rahmen des geltenden europäischen Rechts umsetzen, so begegnet sie letztlich denselben Zweifeln, wie die für das europäische Recht unterbreiteten Vorschläge: Ihre Einführung setzt die Änderung europäischen Richtlinienrechts beziehungsweise eine grundlegende Neuorientierung und -ordnung des europäischen Urheberrechts voraus. Beides erscheint derzeit leider nicht realistisch. Ließe sich hingegen tatsächlich die erforderliche Änderung des europäischen Urheberrechts erreichen, so erscheint letztlich die *Einführung einer Auffanggeneralklausel in einer europäischen Urheberrechtsverordnung* als Ergänzung eines gestrafften, zwingend ausgestalteten Schrankenkataloges *gegenüber der Einführung einer Generalklausel im nationalen Recht vorzugswürdig*, da so eine – zur Verwirklichung eines funktionierenden Binnenmarktes unumgängliche – tatsächliche Harmonisierung des Urheberrechts mit einem europaweit einheitlichen Schrankenstandard erreicht werden könnte.

C. Ergänzung einzelner Urheberrechtsschranken um flexiblere Elemente

Lehnt man die Einführung einer urheberrechtlichen Schrankengeneralklausel im deutschen Recht generell ab, oder zeigt sich – wie zu befürch-

1954 Vgl. näher zur Kritik an den Schrankenregelungen der InfoSoc-Richtlinie oben 6. Kapitel, B.III.