

konkreten Form der Nutzung oder des verwendeten Werkes – immer dann die erforderliche Flexibilität bieten könnte, wenn diese tatsächlich benötigt würde, um wünschenswerte Nutzungen zu ermöglichen. Die Vergangenheit hat jedoch gezeigt, dass sich solche neuen Formen der Werknutzung oftmals nicht vorhersehen lassen, so dass die generalklauselartige Ausgestaltung einzelner Schranken in aller Regel nur nachträglich erfolgen kann, wenn sich – wie etwa im Falle des Zitatrechts – bereits ein erheblicher Änderungsbedarf gezeigt hat. Bis zu dieser – zumeist langwierigen – Gesetzesänderung besteht jedoch regelmäßig ein Zustand erheblicher Rechtsunsicherheit. Diesen könnte eine sinnvoll ausgestaltete Schranken-generalklausel als subsidiärer Auffangtatbestand verhindern. Zugleich hätte eine für alle Formen der Werknutzung geltende Auffangsschranke den erheblichen Vorteil, für nicht von den bestehenden Schrankenbestimmungen erfasste Nutzungshandlungen einen einheitlichen Zulässigkeitsmaßstab zu bieten.

D. Fazit und Perspektive zur Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen in Deutschland und Europa

Die Untersuchung hat anhand des Umgangs der deutschen und US-amerikanischen (Rechtsprechungs-)Praxis mit den Geschäftsmodellen der *Thumbnail*-Nutzung durch Bildersuchmaschinen und der *Google* Buchsuche gezeigt, vor welche enormen, zum Teil unüberwindbaren, rechtsdogmatischen und -praktischen Schwierigkeiten neue (kommunikations-)technische Entwicklungen und auf diesen basierende neue Formen der Werknutzung insbesondere das deutsche Urheberrecht mit seinen starren Schrankenbestimmungen stellen.¹⁹⁶⁵ Während es im deutschen Recht in den vergangenen Jahrzehnten oftmals noch mit einzelnen Retouches durch den Gesetzgeber oder durch Heranziehung mehr oder minder überzeugender rechtlicher Konstruktionen durch die Rechtsprechung gelungen ist, die urheberrechtlichen Schrankenregelungen neuen Entwicklungen anzupassen, haben die dargestellten Problemfälle – die sich mühelos um weitere Beispiele ergänzen ließen – gezeigt, dass nun aufgrund der immer rasanter fortschreitenden technischen Entwicklung und aufgrund der damit

1965 Siehe oben 4. Kapitel (zum deutschen Recht) und 5. Kapitel (zum US-amerikanischen Recht).

einhergehenden veränderten Werknutzungsrealität ein Punkt erreicht ist, an dem eine solche rechtliche „Flickschusterei“ nicht einmal mehr die zweitbeste, sondern gar keine befriedigende Lösung darstellt. Eine zukunfts offene Flexibilisierung der deutschen und/oder europäischen urheberrechtlichen Schrankenregelungen *de lege ferenda* ist daher dringend erforderlich.

Im US-amerikanischen Urheberrecht gelingt es hingegen aufgrund der flexiblen *Fair Use*-Schranke deutlich besser, auch neue urheberrechtliche Herausforderungen einer interessengerechten Lösung zuzuführen. Die Regelung des 17 U.S.C. § 107 in ihrer Ausgestaltung durch eine langjährige Rechtsprechung bietet sich daher besonders als Ausgangspunkt einer Neugestaltung der urheberrechtlichen Schranken im deutschen und europäischen Recht an.

Die Überlegungen zur Ausgestaltung legislativer Maßnahmen zur Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken auf Basis der *Fair Use*-Doktrin haben gezeigt, dass es weder auf europäischer noch auf nationaler Ebene erstrebenswert erscheint, die bestehenden Schrankenkataloge vollständig zu streichen und durch eine alleinige Schrankengeneralklausel zu ersetzen. Dasselbe Maß an Flexibilität kann nämlich auch erreicht werden, ohne die Vorteile detaillierter Schrankenbestimmungen aufzugeben. Die Ergänzung eines – sinnvoll gestrafften – Schrankenkataloges um eine Schrankengeneralklausel als subsidiären Auffangtatbestand ermöglicht es, die Vorteile beider Systeme zu vereinen. Die Auffanggeneralklausel ermöglicht das Erfassen neuartiger Formen der Werknutzung und bringt so die notwendige Flexibilität in die zu starren Schrankenbestimmungen. Durch die Ergänzung des Kataloges von Schrankenbestimmungen um eine 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 ersicht-

lich, dass sich die Nutzungen allein am Maßstab der Schrankengeneralklausel messen lassen müssen.

Besonders vielversprechend erscheint die Ausgestaltung einer solchen Auffanggeneralklausel in Anlehnung an den urheberrechtlichen Dreistufentest und dessen Ergänzung um einen an die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke angelehnten Katalog von Prüfungskriterien.¹⁹⁶⁶ Der im Völker- und Europarecht etablierte – auf einen Zweistufentest reduzierte – Dreistufentest ermöglicht einen angemessenen Interessenausgleich und bietet durch den offenen Wortlaut weitreichende Flexibilität. Der *Fair Use*-ähnliche Kriterienkatalog minimiert zugleich die bei alleiniger Anwendung des konventions- oder europarechtlichen Dreistufentests bestehenden Unsicherheiten. So gewährleisten die für das europäische und deutsche Recht vorgeschlagenen Auffanggeneralklauseln neben erheblicher Flexibilität zugleich ein größtmögliches Maß an Rechtssicherheit. Durch die nur subsidiäre Anwendung der Regelungen finden diese nur auf solche Sachverhalte Anwendung, die nicht bereits von einer der im Rahmen des Schrankenkataloges enthaltenen Schrankenbestimmungen erfasst werden. Kommt es jedoch zu einer Anwendung der Generalklausel, so erfolgt die Prüfung anhand nachvollziehbarer, *Fair Use*-ähnlicher Kriterien, die die Prüfung so vorhersehbar wie möglich machen. Die Vorhersehbarkeit nimmt zudem im Laufe der Zeit weiter zu, wenn eine Auslegung und Ausdifferenzierung der einzelnen Prüfungskriterien durch die Rechtsprechung stattgefunden hat. Durch die Rechtsprechung in Anwendung der Generalklausel etablierte Fallgruppen könnten zudem durch den europäischen oder nationalen Gesetzgeber zur Steigerung der „Nutzerfreundlichkeit“ und Rechtssicherheit in den Schrankenkatalog einer Urheberrechtsverordnung beziehungsweise des Urheberrechtsgesetzes aufgenommen werden. 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 förderlichen Einflussnahmeversuche von Lobbyverbänden, die bei einer Schrankenneuschöpfung durch den Gesetzgeber stets zu beobachten sind, könnten deutlich minimiert werden, wenn der Gesetzgeber le-

1966 Siehe den Vorschlag für das europäische Recht, oben 7. Kapitel, A.II.2. und den Vorschlag für das deutsche Recht, oben 7. Kapitel, B.II.

diglich eine allgemein anerkannte – von Lobbyeinflüssen vergleichsweise freier entstandene – Rechtsprechungspraxis in Gesetzesform gösse.

Die Untersuchung hat jedoch auch gezeigt, dass die Einführung einer solchen Auffanggeneralklausel im deutschen oder europäischen Recht die Änderung europäischen Richtlinienrechts beziehungsweise – im Falle einer Verwirklichung als Teil einer europäischen Urheberrechtsverordnung – eine grundlegende Neuorientierung und -ordnung des europäischen Urheberrechts voraussetzt. Es ist derzeit zu befürchten, dass weder das Eine noch das Andere zeitnah erfolgen wird. Lässt sich hingegen tatsächlich die erforderliche Änderung des europäischen Urheberrechts erreichen, so erscheint 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.

Allein die fehlende Aussicht auf einen zeitnahen Erfolg sollte jedoch nicht dazu führen, die Idee einer grundlegenden Änderung des europäischen Urheberrechts und einer dringend notwendigen Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken zu verwerfen. Es sollte vielmehr Mut machen, dass sich gerade in jüngerer Zeit nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in der Politik jedenfalls ein Konsens dahingehend herausgebildet zu haben scheint, dass eine Flexibilisierung der Schrankenbestimmungen *de lege ferenda* erforderlich ist, damit das Urheberrecht nicht weiter an Akzeptanz einbüßt, indem es den Anschluss an die schnelle und oftmals unvorhersehbare technische Entwicklung vollends verliert. Diese wünschenswerte Entwicklung gilt es voranzutreiben und um Vorschläge zu ergänzen, die als Diskussionsgrundlage dafür dienen können, wie die notwendige Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen sinnvoll ausgestaltet werden kann.

8. Kapitel Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen

1. Die Schrankensysteme der kontinentaleuropäischen Länder mit einer *droit d'auteur*-Tradition und des US-amerikanischen *Copyright Law* haben sich in den vergangenen Jahrzehnten insbesondere als Folge der Umsetzung konventionsrechtlicher Verpflichtungen und aufgrund europäischer Binnenharmonisierungsbestrebungen in einigen Bereichen deutlich angenähert. Trotz des stetigen Abbaus charakteristischer Elemente des traditionell ökonomisch-utilitaristisch begründeten US-amerikanischen *Copyright* und der Einführung einiger kontinentaleuropäischer Elemente bestehen jedoch auch weiterhin grundlegende Unterschiede zu den Rechtssystemen der Länder mit einer *droit d'auteur*-Tradition. Dies zeigt sich neben dem nur in begrenztem Umfang gewährten Schutz von *moral rights*, die weiterhin als Fremdkörper mit geringer praktischer Relevanz erscheinen, insbesondere im Bereich der urheberrechtlichen Schranken. Auch wenn das US-amerikanische Urheberrecht in 17 U.S.C. §§ 108-122 einen Katalog von Schrankenbestimmungen, die sogenannten *Statutory Exceptions*, enthält, kommt im Hinblick auf die Einschränkung der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte eine ganz zentrale Rolle weiterhin der Generalklausel des *Fair Use* zu.
2. Durch die Kodifizierung der von der Rechtsprechung entwickelten *Fair Use*-Doktrin in 17 U.S.C. § 107 im Jahre 1976 hat sich an der Auslegung und Anwendung der Doktrin durch die Gerichte grundsätzlich nichts geändert. Weiterhin ist daher zur Feststellung von *Fair Use* eine Einzelfallanalyse vorzunehmen. Diese erfolgt in der Regel anhand der vier im Gesetz genannten, nicht abschließenden Faktoren, kann jedoch auch einzelne Faktoren außer Betracht lassen oder weitere Kriterien heranziehen. Dies eröffnet den Gerichten ein erhebliches Maß an Flexibilität bei der Anwendung der Schrankenbestimmung.
3. Der Vorteil deutlich größerer Flexibilität der Generalklausel des *Fair Use* gegenüber einem geschlossenen Katalog urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen zeigt sich insbesondere bei der Konfrontation