

Ergebnis zu Teil 2 der Untersuchung – Vor- und Nachteile eines enumerativen Schrankenkataloges und einer Generalklausel im digitalen Kontext

Die Untersuchung hat gezeigt, dass auf neuen Geschäftsmodellen basierende neuartige Formen der Werknutzung das deutsche Urheberrecht aufgrund seines wenig flexiblen Schrankenkataloges vor erhebliche – oftmals unlösbare – (methodische) Probleme stellen. Selbst innovativen Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke, die – wie Buch- und Bildersuchdienste – einen erheblichen Wert für die Allgemeinheit haben und die die eigene Werkverwertung durch den Urheber oder Lizenznehmer nicht beeinträchtigen oder diese sogar fördern, werden durch die fehlende Rechtfertigungsmöglichkeit im Rahmen des starren und „trägen“, oftmals technologiespezifischen Schrankenkataloges des Urheberrechtsgesetzes immer wieder Grenzen gesetzt.¹²¹⁴ Das wenig flexible deutsche Urheberrecht droht so, den technischen Fortschritt einzuschränken.

Anders stellt sich die (Rechts-)Lage in den USA dar. Die Schrankengeneralklausel des *Fair Use* im US-amerikanischen Copyright Law ermöglicht – wie die Untersuchung der *Thumbnail*-Nutzung gezeigt hat¹²¹⁵ – einen flexiblen Umgang (auch) mit neuartigen Nutzungsformen. Anders als im deutschen Recht muss nicht versucht werden, eine innovative Form der Werknutzung unter den Wortlaut einer engen und detaillierten Schrankenregelung zu subsumieren, bei deren Schaffung der Gesetzgeber einen völlig anderen Stand der Technologie vor Augen hatte und zukünftige Entwicklungen zumeist noch nicht absehen konnte. Anhand eines offenen Kriterienkataloges ermöglicht die *Fair Use*-Doktrin den Gerichten eine flexible Handhabung neuer Sachverhalte unter Heranziehung gefestigter Rechtsprechung und Abwägung der beteiligten Interessen im Einzelfall und somit – unabhängig vom Stand der technischen Entwicklung im Zeitpunkt der Gesetzgebung – letztlich zumeist die Erzielung interessen- und einzelfallgerechter Ergebnisse.

1214 Siehe oben 4. Kapitel, B.III. und 4. Kapitel, C.IV.

1215 Siehe oben 5. Kapitel, B.I.4.

Dieser unstreitige Vorteil deutlich größerer Flexibilität wird jedoch – so das übliche Gegenargument¹²¹⁶ – durch erhebliche Rechtsunsicherheit teuer erkauft. Anders als bei einem enumerativen Schrankenkatalog sei für den Rechtsanwender nicht mehr ohne weiteres zu erkennen, welche Nutzungshandlungen unter welchen Voraussetzungen zulässig sind.¹²¹⁷ Die Stichhaltigkeit dieses Standardarguments ist allerdings bei einem Blick auf die Entwicklung des Urheberrechts in Kontinentaleuropa und in den USA im Zusammenhang mit neuartigen Technologien tatsächlich zu bezweifeln. Zum einen hat sich in den USA ein Grundkonsens über die Bedeutung und Reichweite der *Fair Use*-Doktrin entwickelt, auf dessen Grundlage eine über Jahrzehnte in einer Vielzahl von Entscheidungen gefestigte Rechtsprechung zur Generalklausel des *Fair Use* entstanden ist.¹²¹⁸ Die Tradition der Formulierung oftmals umfangreicher *obiter dicta* und *dissenting opinions*, die gerade bei späteren Entscheidungen ähnlich gelagerter Fälle als Argumentations- und Abgrenzungsgrundlage herangezogen werden können,¹²¹⁹ hat zudem 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.¹²²⁰ Die mit Hilfe dieses „Werkzeugkastens“ zahlreich entwickelten Kriterien, Regeln und Prinzipien für die

1216 Vgl. etwa *Cohen Jehoram*, AMI 1998, 174; *ders.*, GRUR Int. 2001, 807 (808 f.); *Dreier*, in: Schricker, Informationsgesellschaft, S. 154 f.; *ders.*, CR 2000, 45 (49); *Förster*, Fair Use, S. 220; *Janssens*, in: Derclaye, Research Handbook on the Future of EU Copyright, S. 317 (337 f.); *Kubis*, ZUM 2006, 370 (373); *Nordemann/Conrad*, GRUR Int. 2010, 953 (969); *Schack*, in: FS Schricker II, S. 511 (513); *ders.*, ZEuP 2000, 799 (812); *Spindler*, GRUR 2002, 105 (115).

1217 *Förster*, Fair Use, S. 220; *Reschke*, Verfassungs- und dreistufentestkonforme Auslegung, S. 21.

1218 Vgl. *Samuelson*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2540 f. (2009).

1219 Zu Rolle und Einfluss von *dissenting opinions* in der US-Rechtsprechung siehe *Ginsburg*, 95 Minn. L. Rev. 1 (2010) m.w.N.

1220 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/Kleinemenke*, ZGE 2010, 273 (287, 290).

Auslegung und Ausfüllung der *Fair Use*-Doktrin werden von den Gerichten tatsächlich in aller Regel bei ihren *Fair Use*-Entscheidungen beachtet, so dass die Rechtsprechung keinesfalls bei jeder neuen Entscheidung „im Dunkeln stochern“ und ohne Leitlinie völlig frei anhand der weiten (und nicht abschließenden) Kriterien des 17 U.S.C. § 107 entscheiden müsste. Tatsächlich werden daher nur selten völlig überraschende, kaum vorhersehbare Urteile gefällt.¹²²¹

Das regelmäßig maßgeblich ins Feld geführte Argument der größeren Rechtssicherheit eines enumerativen Kataloges urheberrechtlicher Schranken gegenüber einer Schrankengeneralklausel vermag zudem jedenfalls dann nicht mehr zu überzeugen, wenn die technologische Entwicklung so schnell abläuft, dass der Gesetzgeber mit diesem keinesfalls Schritt halten kann. Ebendies ist jedoch derzeit im deutschen und europäischen Urheberrecht zu beobachten. Der technische Fortschritt verläuft immer schneller, während Gesetzgebungsprozesse in ihrer Geschwindigkeit allenfalls gleich, eher jedoch aufgrund der europarechtlichen „Einkleidung“ und wachsender Zahlen von beteiligten Interessengruppen langsamer werden.¹²²² Die im Rahmen des abgeschlossenen deutschen Schrankenkataloges zur rechtlichen Erfassung neuer Sachverhalte herangezogenen Analogien und äußerst extensiven Auslegungen bestehender Schrankenregelungen bis hin zu einer vollständigen „Verbiegung“ unter Abkehr vom Wortlaut und von etablierten Auslegungsmethoden und -ergebnissen,¹²²³ kann jedenfalls eine größere Rechtssicherheit nicht für sich reklamieren. Wird unter Abkehr von etablierter Methodik krampfhaft versucht, einen neuen Sachverhalt unter die bestehenden Schranken zu subsumieren, kann kei-

1221 Ähnlich *Griffiths*, JIPITEC 2010, 87 (92); *Leistner*, IIC 2011, 417 (436); *Metzger*, in: Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 101 (120 f.); *Netanel*, 15 Lewis & Clark L. Rev. 715, 768 ff. (2011); *Samuelson*, 77 Fordham L. Rev. 2537, 2540 f., 2621 (2009); *Senfileben*, AMI 2009, 1 (2). Dieses Ergebnis stützen auch neuere, umfassende empirische Studien von *Barton Beebe* und *Matthew Sag*. Beide kommen zu dem Schluss, die verbreitete Wahrnehmung, *Fair Use*-Entscheidungen seien äußerst wechselhaft und daher kaum vorhersehbar, lasse sich anhand empirischer Daten deutlich widerlegen; siehe *Beebe*, U. Pa. L. Rev. 549, 621 f. (2008) und *Sag*, 73 Ohio St. L.J. 47, 72 ff. (2012).

1222 Ähnlich *Dreier*, CR 2000, 45 (49); *Hugenholtz*, EIPR 2000, 22(11), 499 (501); *Hugenholtz/Senfileben*, Fair Use in Europe, S. 29.

1223 Vgl. etwa die Versuche, die Bildersuche durch eine erheblich erweiternde Auslegung des Zitatrechts unter Überdehnung des Zitat Zwecks zu rechtfertigen; siehe dazu oben 4. Kapitel, B.I.3.

nesfalls mehr behauptet werden, der Rechtsanwender könne „in allen Fällen aus dem Gesetzestext erkennen, welche Nutzungshandlungen unter welchen Voraussetzungen zulässig“ sind.¹²²⁴ Diese Funktion einer schnellen, zuverlässigen und verständlichen Information der Rechteinhaber und Nutzer über ihre (urheberrechtlichen) Rechte und Pflichten erfüllt das deutsche und europäische Recht jedenfalls im Hinblick auf die urheberrechtlichen Schranken tatsächlich nicht mehr.¹²²⁵ So zeigen etwa die vielfältigen Lösungsvorschläge und Spekulationen zur Zulässigkeit der Thumbnail-Nutzung nach deutschem Recht,¹²²⁶ ebenso wie die Tatsache, dass die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in dieser Frage allseits „mit Spannung erwartet“¹²²⁷ wurden, dass der bestehende, wenig flexible Schrankenkatalog tatsächlich keine sichere Vorhersage über die urheberrechtliche Zulässigkeit neuer Nutzungsformen ermöglicht und somit auch keine größere Rechtssicherheit bietet als eine – durch eine gefestigte Rechtsprechung ausgeformte – offene Schrankengeneralklausel. Auch der letztlich vom Bundesgerichtshof zur Lösung der Thumbnail-Problematik gewählte Weg über eine (konkludente beziehungsweise schlichte) Einwilligung¹²²⁸ verdeutlicht dies und zeigt mangelnde Methodenehrlichkeit. Unter Rückgriff auf die Figur der Einwilligung aus dem allgemeinen Zivilrecht wird versucht, die den Schranken fehlende Flexibilität zu erreichen und auf Grundlage einer Interessenabwägung zu einem interessengerechten Ergebnis zu gelangen. Dabei wird jedoch über den „Umweg“ der Einwilligungslösung letztlich gerade eine – vom BGH für die Auslegung der Schranken ausdrücklich abgelehnte¹²²⁹ – „freischwebende“ Güter- und Interessenabwägung vorgenommen,¹²³⁰ welche sicherlich ein hohes Maß an Rechtssicherheit nicht für sich reklamieren kann.

1224 So aber zugunsten eines geschlossenen Schrankenkataloges argumentierend Förster, Fair Use, S. 220.

1225 Ähnlich Schack, ZGE 2009, 275 (280).

1226 Vgl. die ausführliche Darstellung oben 4. Kapitel, B.I.

1227 Spindler, GRUR 2010, 785 (786).

1228 Siehe dazu oben 4. Kapitel, B.I.9.

1229 Siehe BGHZ 154, 260 (266) – Gies-Adler; Z 185, 291 (301) – Vorschaubilder. Siehe auch oben Fn. 323 und zugehörigen Text.

1230 Vgl. Leistner, IIC 2011, 417 (428); Spindler, GRUR 2010, 785 (791). Metzger, in: Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 101 (114) verwendet das treffende Bild, die Gerichte hätten durch den Rückgriff auf die Lösung über die konkludente Einwilligung „Notventile geöffnet, um die mangelnde Flexibilität der Schranken auf andere Weise auszugleichen“.

Je weiter „veraltete“ Schrankenregelungen von der (technischen) Realität abweichen, desto mehr verlagert sich auch im deutschen Recht die Entscheidungskompetenz tatsächlich vom Gesetzgeber auf den Richter. So hat sich in Fällen, in denen der Gesetzestext zur Erfassung neuartiger Nutzungsformen zu eng und daher kaum hilfreich ist, auch das deutsche Recht deutlich an ein System des *Case Law* angenähert. Oftmals wird versucht, eine Lösung unter Rückgriff auf Vorgaben und Überlegungen aus früheren Entscheidungen nicht nur deutscher, sondern auch ausländischer Gerichte¹²³¹ zu erreichen und eine für richtig und gerecht erachtete Lösung „krampfhaft“ in Einklang mit dem zu unflexiblen Gesetz zu bringen. Ist das Urheberrecht jedoch in Fällen der Konfrontation mit neuen Geschäftsmodellen derart „überfordert“, so stellt eine Schrankengeneralklausel, die sich anhand etablierter Faktoren und Methoden und unter Rückgriff auf eine gefestigte Rechtsprechung mit Leben füllen lässt, ohne eine „Überdehnung“ und „Verbiegung“ des bestehenden Rechts unter vollständiger Abkehr vom Wortlaut zu erfordern, den deutlich *methodenehrlicheren* und somit möglicherweise sogar rechtssichereren Weg zur Erreichung interessengerechter Ergebnisse dar. Es kann folglich mit guten Gründen bezweifelt werden, ob eine Generalklausel wie die des *Fair Use* tatsächlich mit *größerer* Rechtsunsicherheit verbunden ist als eine veraltete und daher oftmals unpassende und „träge“ abschließende Aufzählung der Schranken.

Nicht von der Hand zu weisen ist jedoch selbstverständlich, dass – ebenso wie bei anderen Schrankenregelungen – auch mit der *Fair Use*-Doktrin und deren Anwendung durch die Gerichte eine gewisse Rechtsunsicherheit verbunden ist. Dies zeigt sich gerade bei der rechtlichen Bewertung neuer Sachverhalte, zu denen noch kein Präjudiz besteht. Aufgrund der Weite der Generalklausel des *Fair Use* und deren Eignung, grundsätzlich (fast) jede Form der Werknutzung zu erfassen, solange diese nicht ganz offensichtlich einseitig die Rechteinhaber benachteiligt, ohne zumindest einen gewissen Nutzen für die Allgemeinheit zu haben, ist eine Einstufung als *Fair Use* beinahe nie bereits grundsätzlich ausgeschlossen. Ebenso lässt sich allerdings in diesen Fällen kaum ausschließen, dass ein Gericht im Streitfall diese Bewertung nicht teilen wird. Für die Beteiligten ist der Ausgang eines möglichen *Fair Use*-Verfahrens daher nicht immer

1231 Siehe etwa die Entscheidung des LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (319, 323), in der sich die Kammer im Zusammenhang mit der Frage der Zulässigkeit der Google Bildersuche mehrfach mit der parallelen Entscheidung des *U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit* auseinandersetzt.

sicher zu ermitteln.¹²³² Dies hat die *Fair Use*-Analyse der Google Buchsuche bestätigt.¹²³³

Eine Generalklausel wie die des *Fair Use* aufgrund dieser Unsicherheit bereits grundsätzlich abzulehnen, wäre jedoch falsch und kurzfristig. Zum einen ist zu bedenken, dass es eine Lösung, die zugleich weitreichende Flexibilität und vollständige Rechtssicherheit bietet, nicht geben kann. Ein gewisser Grad an Unvorhersehbarkeit ist stets in Kauf zu nehmen, wenn das Recht überhaupt in die Lage versetzt werden soll, auf neue, unvorhergesehene Entwicklungen zu reagieren.¹²³⁴ Zum anderen erscheint es – wie gezeigt – wenig überzeugend, anzunehmen, die von einer Generalklausel ausgehende Rechtsunsicherheit sei *per se* größer als bei einem detaillierten Schranken-katalog. Jedenfalls wenn dieser – wie im Fall des deutschen Urheberrechtsgesetzes – zu starr ist, um mit der technischen Entwicklung und einer daraus resultierenden geänderten Werknutzungsrealität Schritt zu halten, hat diese Argumentation keine Gültigkeit mehr. Ist die erzeugte Rechtsunsicherheit aber tatsächlich nicht größer, sondern allenfalls gleich groß, so ist im Ergebnis die Methodik der richterlichen Ausfüllung einer flexiblen Generalklausel gegenüber der unsicheren und methodisch unsauberen Erweiterung bestehender enger Schranken und gegenüber dem Rückgriff auf „urheberrechtsexterne“ Rechtsinstitute und deren Überdehnung vorzugswürdig.

Es ist sogar argumentiert worden, die durch die weite *Fair Use*-Doktrin entstehende Unsicherheit könne in einigen Fällen gar als Vorteil gesehen werden.¹²³⁵ Die Weite der *Fair Use*-Schranke, die hinsichtlich vieler neuartiger Geschäftsmodelle (auch) eine Deutung zulässt, diese als urheberrechtlich zulässig anzusehen, mag nicht selten gerade erst der Grund sein, dass derartige innovative Geschäftsmodelle zunächst überhaupt verwirklicht werden und nicht bereits im Keim erstickt werden. Die Unsicherheit über den Ausgang eines möglichen gerichtlichen *Fair Use*-Verfahrens und die drastische „Alles-oder-Nichts-Folge“ des *Fair Use*-Einwandes erzeu-

1232 Lawrence Lessig, der zu den besonders entschiedenen Kritikern des *status quo* des US-amerikanischen *Copyright Law* und insbesondere auch der *Fair Use*-Doktrin zählt, hat aufgrund der mit der *Fair Use*-Schranke verbundenen Unsicherheit den Satz geprägt: „[F]air use in America simply means the right to hire a lawyer [...]“; siehe Lessig, *Free Culture*, S. 187.

1233 Siehe oben 5. Kapitel, B.II.1.g).

1234 So auch Griffiths, JIPITEC 2010, 87 (91).

1235 In diese Richtung Sag, 55 N.Y.L. Sch. L. Rev. 19, 36 f. (2010); Samuelson, 2011 Wis. L. Rev. 479, 504 ff.

gen – wie etwa der Fall der *Google* Buchsuche zeigt – jedoch zugleich – gerade in Fällen, in denen sich ein neues Geschäftsmodell als erfolgreich erweist – einen deutlich gesteigerten Einigungsdruck für die Parteien.¹²³⁶ Wäre die Rechtslage im Falle der *Google* Buchsuche für eine der Parteien eindeutig gewesen, wäre es wohl nicht zu den ausgiebigen Verhandlungen über ein *Settlement Agreement* gekommen, mit dessen Hilfe die Parteien eine umfassende Regelung des Sachverhalts anstreben. Der bestehenden Unsicherheit über den Ausgang eines *Fair Use*-Verfahrens ist es folglich zum einen (mit) zu „verdanken“, dass die *Google* Buchsuche überhaupt realisiert wurde, zum anderen, dass die Parteien hinsichtlich dieses Geschäftsmodells eine für beide Seiten¹²³⁷ akzeptable Einigung suchen.

Schließlich ist in der US-amerikanischen Literatur, namentlich etwa von *Patry* und *Posner*,¹²³⁸ argumentiert worden, die von den Gerichten flexibel anzuwendende und auszufüllende Generalklausel des *Fair Use* habe gegenüber einer detaillierten legislativen Lösung einen weiteren entscheidenden Vorteil: Sie sei durch die Verlagerung der Entscheidungskompetenz vom Gesetzgeber auf die Gerichte nicht in demselben Maße für Lobbying der betroffenen Interessengruppen anfällig und daher letztlich besser geeignet, interessengerechte Ergebnisse zu erzielen.¹²³⁹ Tatsächlich erscheint dieses Argument gerade im Hinblick auf den Umgang des Urheberrechts mit solchen neuen Technologien stichhaltig, hinter denen – wie etwa im Falle der Geschäftsmodelle der internetbasierten Buch- oder Bildersuche – erhebliche wirtschaftliche Interessen stehen. In allen diesen Fällen würden einflussreiche und finanzstarke Interessengruppen (wohl mit recht guten Erfolgsaussichten) versuchen, entscheidenden Einfluss auf ein entsprechendes Gesetzgebungsvorhaben zu nehmen. Nicht selten droht das Ergebnis des legislativen Prozesses daher nicht den tatsächlich sinnvollsten und gerechtesten Interessenausgleich, sondern vielmehr den Einfluss der beteiligten Lobbygruppen widerzuspiegeln.¹²⁴⁰ Die langwierigen Verhandlungen auf europäischer Ebene über die Harmoni-

1236 Vgl. dazu näher oben 5. Kapitel, B.II.2.

1237 Dass es sich im konkreten Fall um ein *Class Action*-Verfahren handelte, durch das auch zahlreiche „Unbeteiligte“ gebunden wurden, soll hier außer Betracht bleiben; siehe dazu aber ausführlich oben 5. Kapitel, B.II.2.

1238 *Patry/Posner*, 92 Cal. L. Rev. 1639 (2004).

1239 Siehe *Patry/Posner*, 92 Cal. L. Rev. 1639, 1645 (2004); zustimmend *Brannon*, 14. J. Intell. Prop. L. 145, 170 (2006).

1240 Vgl. *Litman*, 96 Iowa L. Rev. 1, 25 f. (2010).

sierung der urheberrechtlichen Schranken und über deren Umsetzung in nationales Recht sowie in jüngerer Zeit die Diskussionen über die Einführung eines Leistungsschutzrechtes für Verleger¹²⁴¹ verdeutlichen dies ebenso eindrucksvoll wie die im US-amerikanischen *Copyright Act* aufgenommenen sogenannten *Statutory Exceptions*¹²⁴² (17 U.S.C. §§ 108-122). Eine vergleichbare (und erfolgreiche) Einflussnahme auf unabhängige – in Deutschland zudem anders als in den USA verbeamtete und nicht gewählte – Richter bei der Anwendung und Auslegung einer Generalklausel, erscheint hingegen deutlich unwahrscheinlicher.

Diese positiven Aspekte der flexiblen *Fair Use*-Doktrin sollten jedoch nicht den Blick dafür versperren, dass die *Fair Use*-Schranke aufgrund der mit ihr verbundenen Unsicherheiten tatsächlich gerade in der US-amerikanischen Literatur seit jeher erheblich kritisiert worden ist und vielfach Vorschläge zur Konkretisierung und „Verbesserung“ der Doktrin oder aber auch zu deren Abschaffung unterbreitet wurden.¹²⁴³ Einen wesentli-

1241 Siehe dazu aus neuerer Zeit etwa die Überblicksdarstellungen von Frey, MMR 2010, 291; Nolte, ZGE 2010, 165; Ohly, WRP 2012, 41 sowie ausführlich Szilágyi, Leistungsschutzrecht für Verleger, 2011. Siehe auch die „Stellungnahme der GRUR zur Anhörung des BMJ am 28.6.2010 zum Thema ‚Leistungsschutzrecht für Verleger‘“, abgedruckt in: GRUR 2010, 808 ff.; die „Stellungnahme zu Überlegungen zu Einführungen eines urheberrechtlichen Leistungsschutzrechtes für Presseverleger“ des Bundesverbandes Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM), abrufbar unter: http://www.bitkom.org/files/documents/100624_Stellungnahme_BITKOM_Verleger_LSR_final.pdf; die „Gemeinsame Verbändeerklärung gegen das ‚Leistungsschutzrecht für Presseverleger‘“, abrufbar unter: http://www.btw.de/cms/upload/Publikationen/Leistungsschutzrecht_Presseverleger_Verbaendeerklärung.pdf. Siehe auch das umfangreiche Online-Informationsangebot der *Initiative gegen ein Leistungsschutzrecht* (IGEL), abrufbar unter: <http://leistungsschutzrecht.info/> [jeweils zuletzt abgerufen am 26.5.2013]. Das Leistungsschutzrecht für Presseverlage tritt am 1.8.2013 in Kraft, siehe BGBl. 2013 I, S. 1161.

1242 Siehe dazu oben 2. Kapitel, C.II.

1243 Siehe etwa die grundlegenden und umfassenden kritischen Beiträge von Brannon, 14. J. Intell. Prop. L. 145 (2006); Carroll, 85 N.C. L. Rev. 1087 (2007); Fisher, 101 Harv. L. Rev. 1659 (1988); Goldstein, 31 Colum. J.L. & Arts 433 (2008); Gordon, 82 Colum. L. Rev. 1600 (1982); dies., 50 J. Copyright Soc’y U.S.A. 149 (2003); Hartnett, 34 N.Y.L. Sch. L. Rev. 267 (1989); Lee, 83 S. Cal. L. Rev. 797 (2010); Lemley/Weiser, 85 Tex. L. Rev. 783 (2007); Leval, 36 J. Copyright Soc’y U.S.A. 167 (1989); Liu, 31 Colum. J.L. & Arts 571 (2008); Lockridge, 24 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 31 (2007); Madison, 23 Cardozo Arts & Ent. L.J. 391 (2005); Moore, 82 N.Y.U. L. Rev. 944 (2007);

chen Kritikpunkt stellen die nicht unerheblichen Transaktionskosten dar, die die *Fair Use*-Doktrin erzeugt. Insbesondere die für die Klärung der Rechtslage – unter Auswertung der 170-jährigen Rechtsprechung¹²⁴⁴ – und einen eventuellen *Fair Use*-Prozess anfallenden Kosten machen es gerade für private Nutzer und weniger finanzstarke Unternehmen oftmals umständlich und unattraktiv, sich auf den *Fair Use*-Einwand zu verlassen oder die Frage, ob eine bestimmte Nutzung als *Fair Use* anzusehen ist, tatsächlich gerichtlich klären zu lassen.¹²⁴⁵ Dieses Kostenproblem wird im US-amerikanischen System dadurch verstärkt, dass im Falle eines Unterliegens im Prozess nicht nur ein Ersatz des tatsächlichen Schadens, sondern auch die Verurteilung zur Zahlung hoher pauschalierter Schadensersatzbeträge, sogenannter *statutory damages*, und erheblicher Anwaltskosten droht, die nicht selten den Streitwert – und somit auch eine mögliche Lizenzgebühr für die Werknutzung – bei Weitem überschreiten.¹²⁴⁶ Finanzstarken Rechteinhabern kann dieses Kostenrisiko oftmals gar als ausreichende Drohkulisse dienen, um (möglicherweise) als *Fair Use* zu qualifizierende unliebsame Werknutzungen durch die Drohung mit einem Pro-

Nimmer, 66 Law & Contemp. Probs. 263 (2003); *Okediji*, 53 Fla. L. Rev. 107 (2001); *Patry/Perlmutter*, 11 Cardozo Arts & Ent. L.J. 667 (1993); *Patry/Posner*, 92 Cal. L. Rev. 1639 (2004); *Samuelson*, 77 Fordham L. Rev. 2537 (2009); *Timberg*, 75 Nw. U. L. Rev. 193 (1980); *Weinreb*, 103 Harv. L. Rev. 1137 (1990); *Wu*, 31 Colum. J.L. & Arts 617 (2008).

1244 Auch wenn die Bezeichnung „*Fair Use*“ im Jahre 1841 im Urteil *Folsom v. Marsh*, 9 F.Cas. 342, 348 (C.C.D. Mass. 1841), noch nicht verwendet wurde, kann dieses dennoch als Ursprung und Grundlage der US-amerikanischen *Fair Use*-Doktrin gelten; vgl. oben 2. Kapitel, C.I.1.

1245 Vgl. *Barker*, 83 Tex. L. Rev. 525, 526 f. (2004); *Carroll*, 85 N.C. L. Rev. 1087, 1096 (2007); *Depoorter*, 157 U. Pa. L. Rev. 1831, 1859 f. (2009); *Gibson*, 116 Yale L.J. 882, 888 f. (2007); *Lemley*, 22 U. Dayton L. Rev. 547, 566 (1997); *Lessig*, Free Culture, S. 186 f.; *Litman*, 75 Or. L. Rev. 19, 45 f. (1996); *Samuelson/Wheatland*, 51 Wm. & Mary L. Rev. 439, 443 (2009); *Wagner*, 74 Fordham L. Rev. 423, 429 (2005).

1246 Nach 17 U.S.C. § 505 kann der unterliegenden Partei neben einer Schadensersatzpflicht auch die Pflicht zur Zahlung der (gesamten) Anwaltskosten der Gegenseite auferlegt werden. Diese übersteigen die (in der Regel bereits äußerst großzügig bemessenen) Schadensersatzbeträge nicht selten um ein Vielfaches; siehe etwa *Wall Data Inc. v. Los Angeles County Sheriff's Dept.*, 447 F.3d 769, 776, 787 (9th Cir. 2006) [Ablehnung des *Fair Use*-Einwandes und Verpflichtung des Werknutzers zur Zahlung von Schadensersatz i.H.v. 210.000 US-Dollar und zur Übernahme der Anwaltskosten des Rechteinhabers i.H.v. 516.271 US-Dollar].

zess zu unterbinden. Ist der Nutzende grundsätzlich risikoscheu¹²⁴⁷ oder finanziell nicht in der Lage, das Risiko einer Prozessniederlage einzugehen, so wird er entweder vollständig auf die Werknutzung verzichten oder aber versuchen, eine Lizenz zu erhalten.¹²⁴⁸ Verzichtet aber ein Nutzer, obwohl er tatsächlich gute Gründe hat anzunehmen, im Rahmen der *Fair Use*-Schranke zu handeln, sicherheitshalber auf die zukünftige Nutzung oder zahlt er für diese freiwillig eine Lizenzgebühr, so zeigen sich die deutlichen *Chilling*-Effekte, die die Unsicherheit und das erhebliche Kostenrisiko in Bezug auf die schöpferische Tätigkeit unter Verwendung vorbestehender Werke haben können.¹²⁴⁹

Einen gemeinsamen Schwachpunkt teilen schließlich die in Deutschland derzeit als „Notventil“¹²⁵⁰ zur Bewältigung des durch neue Technologien erzeugten Drucks auf das Urheberrecht herangezogene Einwilligungslösung und die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin: Beide Lösungswege sind zwar ausreichend flexibel, um zahlreiche urheberrechtliche Probleme im Zusammenhang mit neuen Nutzungsformen zu bewältigen, nicht hinreichend flexibel sind hingegen beide Modelle im Hinblick auf die *Rechtsfolge* – es fehlt eine Regelung zur Zahlung eines angemessenen Ausgleichs für die Möglichkeit der Werknutzung.

Lässt sich eine Nutzung als *Fair Use* einordnen, so kommt es zu einer Situation des „Alles oder Nichts“ – die (vergütungs-)freie Nutzung ist die

1247 Verhaltensökonomische Studien kommen zu dem Schluss, dass Entscheidungsträger in der Kreativwirtschaft typischerweise eher risikoavers sind. Gerade bei der Schaffung neuer Werke, die – wie beispielsweise Spielfilme – erhebliche Vorabinvestitionen erfordern und Gewinne allenfalls nach ihrer Fertigstellung erwarten lassen, werden die Werkschaffenden in der Regel versuchen, rechtliche Risiken und somit unerwünschte „Überraschungen“ zu vermeiden, da urheberrechtliche Klagen – gerade auch im einstweiligen Rechtsschutz – das Potential haben, eine solche Produktion erheblich zu verlangsamen oder gar vollständig zum Erliegen zu bringen. Siehe dazu *Gibson*, 116 Yale L.J. 882, 891 ff. (2007).

1248 Zu dieser „license, don’t litigate“-Tendenz *Gibson*, 116 Yale L.J. 882, 889 ff. (2007). Vgl. auch *Litman*, 75 Or. L. Rev. 19, 45 f. (1996); *D. Olson*, 52 Wm. & Mary L. Rev. 537, 541 (2010).

1249 Vgl. *Beldiman*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 187 (194); *Depoorter*, 157 U. Pa. L. Rev. 1831, 1859 f. (2009); *Lessig*, Free Culture, S. 188 ff.; *Natanen*, Copyright’s Paradox, S. 66; *D. Olson*, 52 Wm. & Mary L. Rev. 537, 605 (2010); *Samuelson/Wheatland*, 51 Wm. & Mary L. Rev. 439, 442 f., 480 ff. (2009); *Tushnet*, 42 B.C. L. Rev. 1, 20 f., 24 f. (2000).

1250 *Metzger*, in: Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 101 (114).

zwingende Folge.¹²⁵¹ Auch in dem Fall, dass eine Nutzung im deutschen Recht durch eine (konkludente) Einwilligung gedeckt ist, fehlt eine konkrete Vergütungsregelung. Zunächst hatte der BGH gar angenommen, die unterstellte Einwilligung in die Vervielfältigung solle zugleich einen Verzicht auf jegliche Vergütung enthalten, so dass eine Nutzung ohne die Zahlung einer urheberrechtlichen Vergütung erfolgen könnte.¹²⁵² Diese unflexible Rechtsfolge erschien jedoch in vielen Fällen unangemessen oder zumindest willkürlich. So ist etwa kaum einsichtig, warum der Rechteinhaber einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung für Kopien haben soll, die mit Hilfe eines Vervielfältigungsgerätes erstellt werden, für das nach den §§ 54 ff. UrhG eine Vergütungspflicht besteht, nicht jedoch für solche Vervielfältigungen, die – wie im Fall der Bildersuche – durch ein kommerzielles Unternehmen für die Nutzung im Internet angefertigt werden und die nur über die Hilfskonstruktion der mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt sind.¹²⁵³ Zu Recht hat daher auch der BGH im Rahmen zweier Vorlagebeschlüsse an den EuGH¹²⁵⁴ verdeutlicht, an seiner ursprünglichen Rechtsprechung nicht festhalten zu wollen.¹²⁵⁵ Der BGH

1251 Zum Ergebnis des „Alles oder Nichts“ nach der US-amerikanischen *Fair Use*-Doktrin, siehe oben 2. Kapitel, C.I.3.

1252 Vgl. BGHZ 174, 359 (366 f.) – *Drucker und Plotter*; BGH, GRUR 2009, 53 (55) – *PC*.

1253 Kritisch zur früheren Rechtsprechung des BGH auch BVerfG, GRUR 2010, 999 (1002) – *Drucker und Plotter* mit dem Hinweis, die Annahme des BGH, dass die unterstellte Einwilligung in die Vervielfältigung zugleich einen Verzicht auf jegliche Vergütung enthalten solle, begegne im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gebotene grundsätzliche Zuordnung des vermögenswerten Ergebnisses der schöpferischen Leistung an den Urheber erheblichen Bedenken. Kritisch auch Dreier, GRUR 2010, 1002 (1003); Müller, GRUR 2011, 26 (28 f.); Schulze, ZUM 2011, 2 (11); Wandtke/Dietz, ZUM 2009, 155 (159); Winghardt, ZUM 2002, 349 (357 f.). Peifer, jurisPR-WettbR 12/2010 Anm. 2, hielt dieses Ergebnis hingegen für „kurios, aber keineswegs systemwidrig“.

1254 BGH, GRUR 2011, 1007 – *Drucker und Plotter II* und BGH, GRUR 2011, 1012 – *PC II*.

1255 Siehe BGH, GRUR 2011, 1012 (1016 f.) – *PC II*. Unmittelbare Bedeutung haben die BGH-Vorlage und die ausstehende EuGH-Entscheidung nur für die Durchsetzung der Vergütungsansprüche für PCs nach altem Recht gemäß § 54 Abs. 1 UrhG a.F. Die vom BGH dargestellten Grundsätze dürften jedoch – jedenfalls im Falle einer Bestätigung durch den EuGH – auch für die Durchsetzung von Vergütungsansprüchen nach dem seit dem 1.1.2008 geltenden Recht Geltung beanspruchen.

hat den EuGH insoweit gebeten, nach der *Padawan*-Entscheidung¹²⁵⁶ weiter offene Fragen zum „gerechten Ausgleich“ zu klären. In dieser habe der EuGH ausgeführt, aus den Erwägungsgründen 35 und 38 zur InfoSoc-Richtlinie ergebe sich, dass der gerechte Ausgleich den Urhebern die „ohne ihre Genehmigung“ erfolgte Nutzung ihrer geschützten Werke angemessen vergüten solle. Dies könne dahin verstanden werden, dass die Bedingung eines gerechten Ausgleichs oder die Möglichkeit eines gerechten Ausgleichs nicht bestehe, soweit der Rechtsinhaber eine Nutzung seines Werkes genehmigt hat. Dem könnte die Überlegung zu Grunde liegen, dass die Vervielfältigung eines geschützten Werkes in einem solchen Fall bereits auf Grund der Genehmigung des Rechtsinhabers und nicht erst auf Grund einer von den Mitgliedstaaten nach Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht zulässig ist und dem Rechtsinhaber daher kein Schaden durch die in der nationalen Regelung vorgesehene Einschränkung seines Vervielfältigungsrechts entsteht.¹²⁵⁷ Der *Senat* legte jedoch dar, dass nach seiner Ansicht die in Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht gegenüber einer ausdrücklichen oder konkludenten Genehmigung einer solchen Vervielfältigung durch den Rechtsinhaber vorrangig seien. Soweit solche Einschränkungen des Vervielfältigungsrechts reichten, nehmen sie dem Rechtsinhaber die Möglichkeit, Vervielfältigungen zu verbieten oder zu gestatten. Eine Genehmigung der bereits auf Grund der Einschränkungen des Vervielfältigungsrechts zulässigen Vervielfältigungen durch den Rechtsinhaber gehe somit – entgegen der in den Entscheidungen *Drucker und Plotter I* und *PC I* vertretenen Ansicht – ins Leere und lasse die Bedingung oder die Möglichkeit eines gerechten Ausgleichs unberührt.¹²⁵⁸ Selbst wenn Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht gegenüber einer Genehmigung des Rechtsinhabers nicht als vorrangig anzusehen wären, sei die Entscheidung des EuGH in der Sache *Padawan* jedenfalls nicht dahin zu verstehen, dass eine Genehmigung der Vervielfältigung durch den Rechtsinhaber – ohne gleichzeitige Vergütungsabrede – einen gerechten Ausgleich nach der Richtlinie ausschliesse. Erwägungsgrund 35 der Richtlinie besage lediglich, dass in Fällen, in de-

1256 EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, ABl. EU 2010, C 346/05 = GRUR 2011, 50 – *Padawan*./ *Sociedad General de Autores y Editores de España* [SGAE].

1257 Siehe BGH, GRUR 2011, 1012 (1016 f., Rn. 51 f.) – *PC II*.

1258 Siehe BGH, a.a.O., S. 1017, Rn. 53 – *PC II*.

nen Rechtsinhaber bereits Zahlungen in anderer Form erhalten haben, z.B. als Teil einer Lizenzgebühr, gegebenenfalls keine spezifische oder getrennte Zahlung fällig sein kann.¹²⁵⁹

Demnach ist nunmehr nach Ansicht des BGH – jedenfalls wenn die Nutzung im Rahmen einer Schranke liegt – auch im Falle einer aufgrund einer ausdrücklichen oder konkludenten Einwilligung zulässigen Nutzungshandlung für diese eine angemessene Vergütung zu zahlen. Klarheit darüber, ob, wann und in welchem Umfang im Falle einer Einwilligung des Rechteinhabers in die Nutzung eine Vergütung zu zahlen ist, wird letztlich (frühestens) durch die EuGH-Entscheidung erreicht werden. Derartige Unklarheiten im Hinblick auf die Rechtsfolge sollten bei der Flexibilisierung der deutschen Urheberrechtsschranken *de lege ferenda dringend vermieden werden*.¹²⁶⁰

1259 Siehe BGH, a.a.O., S. 1017, Rn. 54 – *PC II* unter Bezugnahme auf BVerfG, GRUR 2011, 223 (225) – *Drucker und Plotter*.

1260 Siehe dazu unten 7. Kapitel.

