

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

mit durch technische Entwicklungen bedingten, neuartigen Formen der Werknutzung. Die vergleichende Untersuchung der *Thumbnail*-Nutzung durch Suchmaschinen und der *Google* Buchsuche hat gezeigt, dass sich Nutzungsformen, die zum Zeitpunkt der Gesetzgebung noch unbekannt und unabsehbar waren, im Rahmen eines geschlossenen Schranken kataloges europäischen Zuschnitts – wenn überhaupt – oftmals nur unter Zuhilfenahme zum Teil fragwürdiger Analogien und äußerst extensiver Auslegungen bestehender Schrankenregelungen bis hin zu einer vollständigen Abkehr vom Wortlaut und von etablierten Auslegungsmethoden und -ergebnissen rechtfertigen lassen. Im Rahmen der technologieneutral und wertungsoffen ausgestalteten *Fair Use*-Schranke gelingt es hingegen deutlich problemloser, auch einer solchen veränderten Werknutzungsrealität gerecht zu werden und wünschenswerte neue Formen der Werknutzung zuzulassen.

4. Anhand der Beispiele der *Thumbnail*-Nutzung durch Suchmaschinen und der *Google* Buchsuche hat sich gezeigt, dass auch im deutschen und europäischen Urheberrecht mehr Flexibilität im Bereich der Schrankenbestimmungen dringend erforderlich ist. Als Vorbild einer Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken *de lege ferenda* kann aufgrund der genannten Vorteile die Generalklausel des *Fair Use* dienen. Insbesondere bei einer Ausgestaltung, die sich ein Zusammenspiel von *Fair Use*-Erkenntnissen mit dem im internationalen und europäischen Urheberrecht etablierten Dreistufentest zunutze macht, kann eine Schrankengeneralklausel auch die erforderliche Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit gewährleisten und sich zugleich leichter in das europäische Urheberrecht einfügen.
5. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich bereits, dass das regelmäßig gegen eine Schrankengeneralklausel angeführte Argument mangelnder Rechtssicherheit jedenfalls für die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke in ihrer Ausgestaltung durch die Rechtsprechung keine Geltung beanspruchen kann. In den USA hat sich 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. 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, 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 „Signalssystem“ gegenläufiger Rechtsansichten und Entscheidungen, die „reif“ für eine Überprüfung durch den *Supreme Court* sind. Die mit Hilfe dieses *Fair Use*-„Werkzeugkastens“ zahlreich entwickelten Kriterien, Regeln und Prinzipien für die Auslegung und Ausfüllung der *Fair Use*-Schranke 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.

6. Die Erkenntnis, dass mit der Einführung einer Schrankengeneralklausel gar ein Rechtssicherheitsgewinn einhergehen kann, lässt sich jedoch auf das europäische Recht nicht zwanglos übertragen. Es muss insbesondere mit Blick auf die Rolle und Methodik des Gerichtshofs der Europäischen Union bezweifelt werden, ob eine Schrankengeneralklausel nach dem Vorbild des *Fair Use* im Rahmen des europäischen Gerichtssystems ebenso erfolgreich und rechtssicher ausgestaltet und ausgefüllt werden könnte wie in den USA. Durch das System der Vorabentscheidungsverfahren durch den EuGH nach Artikel 267 AEUV kommt nur eine relativ geringe Zahl von Fällen zur höchstrichterlichen Entscheidung. Die Möglichkeit des EuGH zur Klärung und Weiterentwicklung des europäischen Urheberrechts hängt somit maßgeblich davon ab, welche Fragen die nationalen Gerichte ihm zur Vorabentscheidung vorlegen. Nur langsam würde deshalb voraussichtlich eine „Anreicherung“ der Schrankengeneralklausel mit dem für hinreichende Rechtssicherheit erforderlichen Fallrecht erfolgen. Zudem erscheint auch die vom EuGH angewandte Methodik bisher nicht hinreichend geeignet, den zur Ausfüllung einer Generalklausel erforderlichen „Werkzeugkasten“ mit den benötigten Werkzeugen zu bestücken.
7. Diese Schwäche ist jedoch kein Grund, vollständig von der Einführung einer Schrankengeneralklausel Abstand zu nehmen. Sie kann vielmehr behoben werden, indem *nicht eine alleinige Generalklausel* eingeführt

wird, sondern eine *Fair Use*-ähnliche, *subsidiäre Auffangsschranke*, die einen gestrafften Katalog von Einzelbeschränkungen ergänzt.

8. Eine solche Flexibilisierung *de lege ferenda* könnte entweder auf Ebene des europäischen Rechts – insbesondere im Rahmen einer wünschenswerten europäischen Urheberrechtsverordnung – oder im nationalen Recht durch Änderung des Urheberrechtsgesetzes erfolgen.
9. In beiden Fällen bietet sich eine Ausgestaltung der Auffanggeneral Klausel in Anlehnung an den im Europa- und Völkerrecht verankerten urheberrechtlichen Dreistufentest *und* die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin an. Durch die Anlehnung an den Dreistufentest brächte die Generalklausel die notwendige Flexibilität in die derzeit zu starren Schranken der InfoSoc-Richtlinie bzw. des Urheberrechtsgesetzes, ohne jedoch als Fremdkörper zu erscheinen. Der *Fair Use*-ähnliche Kriterienkatalog ermöglicht es zugleich, die bei der Anwendung einer Generalklausel ohne hinreichende Anhaltspunkte bestehenden Unsicherheiten zu reduzieren und ein größtmögliches Maß an Vorhersehbarkeit zu gewährleisten. Durch die Auslegung und Ausdifferenzierung der einzelnen Prüfungskriterien durch die Rechtsprechung nähme die Vorhersehbarkeit zudem stetig zu. Durch die Rechtsprechung in Anwendung der Generalklausel etablierte Fallgruppen könnten zudem durch den Gesetzgeber zur Steigerung der „Nutzerfreundlichkeit“ und Rechtssicherheit als Einzelschrankentatbestände gesetzlich festgeschrieben werden. Eine solche Kodifizierung einzelner von der Rechtsprechung etablierter Fallgruppen könnte gegebenenfalls dazu beitragen, die langwierigen Gesetzgebungsprozesse zu verkürzen oder diese jedenfalls interessengerechter auszugestalten.
10. Einer solchen, im Hinblick auf die sich stetig wandelnde Werknutzungsrealität dringend erforderlichen Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken stehen jedoch derzeit die Schrankenbestimmungen der InfoSoc-Richtlinie entgegen, die jedenfalls in Bezug auf das Vielfältigkeitsrecht 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, lassen sie jedenfalls die Einführung völlig neuer, im Katalog des Artikel 5 der InfoSoc-Richtlinie nicht vorgesehener Schrankenbestimmungen nicht zu. Eine sinnvolle Umsetzung der drin-

gend gebotenen Flexibilisierung der Schranken des Urheberrechts *de lege ferenda* setzt daher auch eine Änderung des europäischen Richtlinienrechts voraus.

