

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.

ten ist –, dass die zur Einführung einer Generalklausel erforderlichen Änderungen des europäischen Urheberrechts in naher Zukunft nicht zu erzielen sind, so ist zumindest eine „kleine Lösung“¹⁹⁵⁵ zur Erreichung größerer Schrankenflexibilität in Form einer flexibleren Ausgestaltung der bestehenden nationalen Schrankenregelungen erstrebenswert. Eine vorsichtige und partielle Öffnung einzelner Schrankentatbestände kann insbesondere durch die verstärkte Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Regelbeispielen sowie durch die Einführung generalklauselartiger, weiter Formulierungen innerhalb einzelner Schrankentatbestände erreicht werden. Zudem ist zur Lösung spezifischer Probleme auch die Einführung spezieller Schrankentatbestände – etwa zur urheberrechtlichen Privilegierung von (Bilder-) Suchmaschinen – denkbar.

Derartige Maßnahmen zur Flexibilisierung der Schranken des deutschen Urheberrechtsgesetzes sind an anderer Stelle ausführlich erörtert worden,¹⁹⁵⁶ weshalb eine detaillierte Auseinandersetzung nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein soll. Einige Flexibilisierungsmöglichkeiten, von denen der deutsche Gesetzgeber bereits Gebrauch gemacht hat, sollen jedoch im Folgenden überblicksartig dargestellt werden.

I. Die Einführung von Regelbeispielen

Eine Möglichkeit, die urheberrechtlichen Schranken zu flexibilisieren, ist die Ausgestaltung der Schrankentatbestände unter Verwendung von Regelbeispielen, die – ähnlich wie die *Fair Use*-Kriterien – zum einen den erforderlichen Freiraum für die Anwendung der jeweiligen Schrankenbestimmung auf weitere, nicht ausdrücklich genannte Fälle ermöglichen, zum anderen durch die beispielhafte Aufzählung privilegierter Zwecke Anhaltspunkte für die Zulässigkeitsprüfung bieten und somit die Vorhersehbarkeit einer Schrankenregelung steigern. Von dieser Flexibilisierungsmöglichkeit, die im Urheberrechtsgesetz seit jeher in § 2 UrhG in Bezug

1955 Förster, Fair Use, S. 216 f.

1956 Siehe insbesondere die detaillierte Analyse zur Umgestaltung und Weiterentwicklung der Schranken des Urheberrechtsgesetzes bei Poeppel, Neuordnung, S. 163 ff. Siehe auch Förster, Fair Use, S. 216 ff.; Hansen, Warum Urheberrecht, S. 360 ff. (Einfügung einer programmatischen Normzweckklausel); Schaefer, Bildersuchmaschinen, S. 165 ff. (Einführung einer speziellen Schrankenregelung für (Bilder-)Suchmaschinen).

auf die geschützten Werke angewendet und auch in anderen Gesetzen, etwa dem UWG,¹⁹⁵⁷ weit verbreitet ist, hat der deutsche Gesetzgeber in jüngerer Zeit auch in Bezug auf die urheberrechtlichen Schranken Gebrauch gemacht.

Prominentestes Beispiel einer solchen Flexibilisierung der Schranken des Urheberrechts ist die Neuregelung der Zitierfreiheit des § 51 UrhG im Rahmen des „zweiten Korbes“ der Urheberrechtsreform.¹⁹⁵⁸ Die Regelung des § 51 UrhG a.F. sah sich aufgrund der drei abschließend aufgezählten Zitat kategorien (Groß-, Klein- und Musikzitat) der berechtigten Kritik ausgesetzt, keinen hinreichenden Raum für die Anpassung des Zitatrechts an die sich wandelnde Nutzungsrealität und technisch bedingte neue Formen des Zitierens zu bieten.¹⁹⁵⁹ Diesen – trotz einer behutsamen Öffnung des Zitatrechts durch die Rechtsprechung¹⁹⁶⁰ – mit der fortschreitenden Veränderung der technologischen Gegebenheiten wachsenden Bedenken trug der Gesetzgeber Rechnung, indem er im Zuge des „zweiten Korbes“ die Regelung des § 51 UrhG unter Verwendung flexiblerer Elemente vorsichtig umgestaltete. Nach der neu eingefügten „kleinen“ Generalklausel in § 51 S. 1 UrhG darf ein veröffentlichtes Werk nun ganz generell zitatzweise genutzt werden, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Dieser Satz 1 wird ergänzt um eine beispielhafte Aufzählung von Fällen einer zulässigen Nutzung in Satz 2, bei denen der frühere Gesetzeswortlaut weitestgehend beibehalten wurde. Dies verdeutlicht zum einen, dass bisher zulässige Zitate auch weiterhin zulässig bleiben, zum anderen wird das Zitatrecht mit Blick auf weitere Werkarten vorsichtig geöffnet, ohne es jedoch grundlegend zu erweitern.¹⁹⁶¹ Neue oder bisher von der Rechtsprechung etwa durch Analogien anerkannte Formen des Zitats können so auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gestützt werden, wenn eine Auslegung ergibt, dass die „Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt“

1957 Vgl. etwa den Beispielkatalog unlauterer geschäftlicher Handlungen in § 4 UWG.

1958 Siehe dazu auch bereits oben 4. Kapitel, B.I.1.c) und 4. Kapitel, B.II.2.

1959 Siehe statt vieler etwa die Kritik an § 51 UrhG a.F. bei Fromm/Nordemann/Vinck, 9. Aufl., § 51 Rn. 1; Schricker/Schricker, 3. Aufl., § 51 Rn. 5; Wandtke/Bullinger/Lüft, 2. Aufl., § 51 Rn. 1.

1960 Siehe zur erweiternden Auslegung der Schrankenbestimmungen durch BGH und BVerfG näher oben 2. Kapitel, B.I.2.b).

1961 Vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 25.

ist, wobei insbesondere die aufgeführten Regelbeispiele als Vergleichsmaßstab dienen können.

II. Die Einführung generalklauselartiger, weiter Formulierungen innerhalb einzelner Tatbestände

Anstelle einer alleinigen Schrankengeneralklausel oder einer grundsätzlich für alle Formen der Werknutzung geltenden Auffanggeneralklausel kann auch durch die Einführung generalklauselartiger Formulierungen innerhalb einzelner Tatbestände eine Flexibilisierung der Schrankenbestimmungen erreicht werden. So können die bestehenden Schranken vorsichtig auf solche Formen der Werknutzung erweitert werden, die durch sich wandelnde technische Gegebenheiten ermöglicht werden. Anders als bei einer unabhängig von der Werkart oder Nutzungsform für sämtliche Sachverhalte geltenden (Auffang-)Generalklausel, ist der so erzielte Flexibilitätsgewinn freilich auf den in der jeweiligen Schranke konkret geregelten Nutzungssachverhalt beschränkt.

Derartige generalklauselartige Schrankenbestimmungen hat der deutsche Gesetzgeber in den vergangenen Jahren bereits in das Urheberrechtsgesetz eingefügt. Ein Beispiel einer solchen Flexibilisierung bildet der soeben dargestellte § 51 S. 1 UrhG in seiner seit dem „zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform geltenden Fassung. Danach ist ein Zitat – unabhängig vom verwendeten Medium – zulässig, wenn die „Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt“ ist. Dies nähert sich deutlich der US-amerikanischen *Fair Use*-Prüfung an, insbesondere deren erster und dritter Stufe, die für die Zulässigkeit einer Nutzung ebenfalls auf deren Zweck und Umfang abstellt. Auch zwei weniger prominente Regelungen des Urheberrechtsgesetzes sind generalklauselartig ausgestaltet – die für Computerprogramme beziehungsweise Datenbanken geltenden §§ 69e Abs. 3 und 87b Abs. 1 S. 2 UrhG. In diesen Bestimmungen hat – in enger Anlehnung an den Dreistufentest – ausdrücklich eine Abwägung der Belange unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessenlage im Einzelfall Eingang in das deutsche Urheberrecht gefunden.¹⁹⁶² § 69e Abs. 3

1962 Vgl. Dreier/Schulze, § 69e Rn. 22, § 87b Rn. 16; Lehmann, GRUR Int. 1991, 327 (334); Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69e Rn. 24 (mit dem ausdrücklichen Hinweis, es fände eine „letzte Kontrolle im Sinne des angloamerikanischen *Fair-Use*-Gedanken statt“); Wandtke/Bullinger/Thum, § 87b Rn. 68.

UrhG begrenzt generalklauselartig die detaillierten Regelungen zur Zulässigkeit der Dekompilierung in den Absätzen 1 und 2 und regelt, diese Bestimmungen seien so auszulegen, dass ihre Anwendung „weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigt noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unzumutbar verletzt“. Ähnlich regelt § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG, dass der Verwendung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils der Datenbank die wiederholte und systematische Vervielfältigung, Verbreitung oder öffentliche Wiedergabe von nach Art und Umfang unwesentlichen Teilen der Datenbank gleichkommt, „sofern diese Handlungen einer normalen Auswertung der Datenbank zuwiderlaufen oder die berechtigten Interessen des Datenbankherstellers unzumutbar beeinträchtigen“.

Auch wenn es sich bei § 69e Abs. 3 UrhG um eine Bestimmung zur Begrenzung der im Übrigen detailliert geregelten Zulässigkeit einer Nutzung und bei § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG um eine Regelung zur Begrenzung des Schutzes auf wesentliche (Werk-)Teile handelt und diese Bestimmungen folglich keine „klassischen“, mit den Regelungen der §§ 44a ff. UrhG vollständig vergleichbaren Schrankenbestimmungen darstellen, zeigen sie doch, dass auch im Urheberrecht dem deutschen Gesetzgeber eine (vorsichtige) Abstandnahme vom traditionellen deutschen System geschlossener Schrankentatbestände und eine Hinwendung zu generalklauselartigen Ausgestaltungen nicht völlig fremd ist.

Zudem enthält das Urheberrechtsgesetz mit der Regelung des § 24 UrhG seit jeher eine nicht technologiespezifische generalklauselartige Schrankenregelung,¹⁹⁶³ die im Interesse der wissenschaftlichen und künstlerischen Auseinandersetzung und unter Abwägung der sich gegenüber stehenden Belange im Einzelfall die Übernahme fremden individuellen Gedankengutes erlaubt.¹⁹⁶⁴

Angesichts dieser Tatsache erstaunt es umso mehr, dass die Einführung einer für sämtliche Formen der Werknutzung geltenden Auffanggeneralklausel weiterhin vielfach ganz erheblichen Bedenken begegnet. Diese hätte jedoch gegenüber der generalklauselartigen Ausgestaltung nur einzelner Tatbestände den deutlichen Vorteil, dass sie – unabhängig von der

1963 Zur umstrittenen – hier bejahten – Frage, ob es sich bei der Regelung des § 24 UrhG um eine Schranke des Urheberrechts oder lediglich um eine Schutzzumfangsbestimmung bzw. negative Inhaltsabgrenzung zu § 23 UrhG handelt, siehe bereits oben 2. Kapitel, B.I.3.a).

1964 Vgl. *Haberstumpf*, ZUM 2003, 83.

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 Retouchen 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).