

7. Kapitel Mögliche legislative Maßnahmen zur Flexibilisierung der Schranken des Urheberrechts und ihre Vereinbarkeit mit den rechtlichen Vorgaben

Überlegungen zur Erforderlichkeit und Ausgestaltung legislativer Maßnahmen zur Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken sind keine Neuheit. In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten vielfach eine Flexibilisierung der Schranken angemahnt und – zumeist nur in Umrissen – über unterschiedliche Flexibilisierungsmodelle nachgedacht worden.¹⁸⁰⁶ Gerade in jüngerer Zeit hat diese Diskussion jedoch insbesondere auch auf politischer Ebene neuen Schwung erhalten.¹⁸⁰⁷ Es scheint sich dabei in Europa nicht nur in der

1806 Siehe aus der Vielzahl etwa *Bernhöft*, Digitale Aufzeichnung, S. 307 ff.; *Dreier*, Urheberrecht und digitale Werkverwertung, S. 24 ff.; *ders.*, in: FS Loschelder, S. 47 ff.; *ders.*, JIPITEC 2010, 50 ff.; *Dreier/Euler/Fischer/v.Raay*, ZUM 2012, 273 (280 f.); *Förster*, Fair Use, S. 211 ff.; *Geiger*, IIC 2008, 178 (184 ff.); *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707 ff.; *Griffiths*, JIPITEC 2010, 87 (89 ff.); *Hansen*, Warum Urheberrecht, S. 401 ff.; *Hilty*, JIPITEC 2010, 83 (84 ff.); *Hoeren*, GRUR 1997, 866 (871 ff.); *ders.*, MMR 2000, 3 (5); *ders.*, in: FS Sandrock, S. 357 (370 f.); *IGCollaboratory*, Regelungssysteme für informationelle Güter, S. 109 ff., 131 f.; *Janssens*, in: Derclaye, Research Handbook on the Future of EU Copyright, S. 317 (332 ff.); *Klass*, ZUM 2013, 1 (9 f.); *Koch*, Auswirkungen der digitalen Informationstechnologie, S. 258 ff.; *Kur*, in: Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation, S. 23 (49 f.); *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive, S. 33 ff.; *ders.*, IIC 2011, 417 (435 ff.); *Metzger*, in: Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 101 (121 ff.); *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 257 ff.; *Poepfel*, Neuordnung, S. 489 ff.; *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 ff.; *Schaefer*, Bildersuchmaschinen, S. 147 ff.; *Senftleben*, AMI 2009, 1 (7); *ders.*, 57 J. Copyright Soc’y U.S.A. 521, 538 ff. (2010); *ders.*, JIPITEC 2010, 67 (73 ff.); *Spindler*, GRUR 2010, 785 (791); *Wandtke*, GRUR 2002, 1 (5 ff.); *Wiebe*, GRUR 2011, 888 (893 f.) sowie die Vorschläge der aus europäischen Wissenschaftlern bestehenden *Wittem Group* zu einem „European Copyright Code“ (dazu näher unten 7. Kapitel, A.II.1.).

1807 Siehe aus neuerer Zeit beispielsweise die Überlegungen zur Aufnahme einer Schranke zugunsten „kreativer nutzergenerierter Adaptionen oder abgeleiteter Werke“ im Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“ der Europäischen Kommission (KOM(2008) 466/3, S. 19 ff.), die Überlegungen zur Einführung einer *Fair Use*-Ausnahme im Vereinigten Königreich in dem im Auftrag der britischen Regierung erstellten sog. Hargreaves-Report (Hargrea-

Wissenschaft, sondern auch in der Politik ein wachsender Konsens dahingehend herauszubilden, dass eine Flexibilisierung der Schrankenbestimmungen *de lege ferenda* erforderlich ist, damit das Urheberrecht den Anschluss an die schnelle und oftmals unvorhersehbare technische Entwicklung nicht vollends verliert, so weiter an Akzeptanz einbüßt und zu einem Wettbewerbsnachteil für den europäischen Rechtsraum wird. Darüber, wie diese Flexibilisierung auszugestalten ist, herrscht hingegen weiterhin weitgehende Uneinigkeit.

Als wohl radikalste Abkehr von der derzeitigen Schrankendogmatik des deutschen und kontinentaleuropäischen Urheberrechts käme eine Streichung des gesamten bestehenden Schrankenkataloges und dessen *vollständige Ersetzung durch eine einzige Schrankengeneralklausel* in Betracht. Ein solcher Schnitt wäre auf zwei Ebenen denkbar: Er könnte entweder im europäischen Recht angesetzt werden (sogleich A.I.) oder sich auf das deutsche Recht beschränken (unten B.I.). Als Vorbild einer Generalklausel böten sich insbesondere die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke oder aber auch der völker- und europarechtlich verankerte Dreistufentest an.

Als weniger einschneidende Veränderung ist die weitgehende Beibehaltung des Systems enumerativer Schrankenkataloge und deren Ergänzung um eine *Generalklausel in Form eines Auffangtatbestandes* denkbar – wiederum sowohl auf europäischer (unten A.II.) als auch auf nationaler Ebene (unten B.II.).

Eines ist jedoch allen diesen Rechtsetzungsvarianten gemein: Vorschläge zur Einführung einer Schrankengeneralklausel sehen sich stets dem „Standardgegenargument“ mangelnder Rechtssicherheit¹⁸⁰⁸ ausgesetzt und

ves, Digital Opportunity, S. 41 ff.); den Dritten Zwischenbericht der Enquete-Kommission des Deutschen Bundestags „Internet und digitale Gesellschaft“ vom 23.11.2011, BT-Drs. 17/7899, S. 18 ff. sowie Hugenholz/Senfleben, *Fair Use in Europe*, S. 4, 10 ff. mit Nachweisen zu aktuellen Bestrebungen in den Niederlanden und weiteren europäischen Staaten zur Flexibilisierung der Urheberrechtsschranken. Nach jüngsten Presseberichten hat die niederländische Regierung sich gar entschieden, nicht auf eine einheitliche europäische Schrankenflexibilisierung zu warten, sondern im Rahmen des geltenden europäischen Rechts die Einführung einer Fair Use-Regelung im nationalen Recht zu wagen; siehe „Niederländische Regierung will Fair-Use-Vorstoß wagen“, heise online vom 16.2.2012, abrufbar unter: <http://www.heise.de/tp/artikel/36/36423/1.html> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1808 Siehe für diese Auffassung die Nachweise oben Fn. 1213. Kritisch zur Validität dieses Standardargumentes gegen generalklauselartige Schrankenregelungen bereits oben S. 279 ff.

müssen sich gegen diese Widerstände durchsetzen. In gewissen Konstellationen mögen derartige Zweifel tatsächlich begründet sein,¹⁸⁰⁹ in aller Regel lässt sich die Behauptung, eine Generalklausel vermittele geringere Rechtssicherheit als ein geschlossener Schranken katalog, hingegen widerlegen.¹⁸¹⁰ Grundsätzlich zu bedenken ist zudem, 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 Veränderungen der Werknutzungsrealität zu reagieren.¹⁸¹¹ Dies verdeutlichen eindrucksvoll die Versuche der deutschen Rechtsprechung, unvorhergesehene technische Entwicklungen im Rahmen des geltenden Schranken kataloges im Wege der Analogie oder unter Rückgriff auf die Einwilligungstheorie zu erfassen. Auch in diesen Fällen richterlicher „Kunstgriffe“ war und ist für Rechteinhaber, Nutzer und Verwerter – jedenfalls bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung¹⁸¹² – trotz eines vermeintlich klaren Schranken kataloges keinesfalls ersichtlich, ob eine neuartige Nutzungsform urheberrechtlich zulässig ist. Vor diesem Hintergrund ist es bereits ein Gebot der Methodenehrlichkeit, die im europäischen Rechtsraum weit verbreitete grundsätzlich ablehnende Haltung gegenüber urheberrechtlichen Schrankengeneralklauseln wie dem *Fair Use* kritisch zu hinterfragen und zu überdenken. Dies erscheint umso mehr geboten, als es sich zum einen bei der weiterhin überwiegenden grundsätzlichen Ablehnung einer Schrankengeneralklausel um ein *europäisches Phänomen* handelt, das dem in anderen Rechtskreisen auszumachenden Trend hin zur Einführung neuer urheberrechtlicher Schrankengeneralklauseln widerspricht.¹⁸¹³ Zum anderen handelt es sich selbst in Europa im Wesent-

1809 Siehe zu Rechtssicherheitsproblemen bei Einführung einer alleinigen Schrankengeneralklausel im europäischen Recht unten 7. Kapitel, A.I.3.

1810 Siehe dazu bereits oben S. 279 ff. sowie unten 7. Kapitel, A.II.2.c) und 7. Kapitel, B.II.2.

1811 So auch *Griffiths*, JIPITEC 2010, 87 (91).

1812 Dass auch eine höchstrichterliche Entscheidung häufig nicht geeignet ist, die urheberrechtliche Zulässigkeit einer neuartigen Nutzungsform umfassend zu klären, zeigt die *Vorschaubilder*-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 185, 291 – *Vorschaubilder*; BGH, GRUR 2012, 602 – *Vorschaubilder II*). Weiterhin nicht vollständig geklärt ist der Umgang mit Konstellationen der „Drittinhaberschaft“ der Urheberrechte; siehe oben 4. Kapitel, B.I.4.

1813 *Fair Use*-ähnliche Schrankengeneralklauseln wurden in jüngerer Zeit etwa in Israel (siehe *Fischman Afori*, EIPR 2008, 30(3), 85 f.) und Singapur (siehe *Ng-*

lichen um ein *urheberrechtliches Phänomen*, denn in anderen Rechtsgebieten – etwa im Lauterkeitsrecht¹⁸¹⁴ – ist auch im europäischen und mitgliedstaatlichen Recht die Verwendung von Generalklauseln durchaus verbreitet und nicht etwa grundlegend umstritten.

Lehnt man die Einführung einer urheberrechtlichen Schrankengeneralklausel – unabhängig von der konkreten Form ihrer Ausgestaltung im europäischen oder nationalen Recht – hingegen vollständig ab, so muss dies nicht einer vollständigen Absage an eine Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken gleichkommen. Auch eine flexiblere Ausgestaltung der bestehenden nationalen Schrankenregelungen ist möglich. Diese kann insbesondere durch die verstärkte Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Regelbeispielen sowie durch die Einführung generalklauselartiger, weiter Formulierungen innerhalb einzelner Schrankentatbestände erreicht werden (unten C.).

A. Einführung einer Schrankengeneralklausel im europäischen Recht

Die Einführung einer Schrankengeneralklausel nach dem Vorbild des US-amerikanischen *Fair Use* im europäischen Recht käme zur Flexibilisierung des Urheberrechts auf verschiedenen Ebenen und in unterschiedlicher Gestalt in Betracht. Eine Generalklausel könnte zum einen durch Änderung des Richtlinienrechts eingeführt werden und dabei den Schrankenkatalog der InfoSoc-Richtlinie entweder vollständig ersetzen oder aber lediglich ergänzend als Auffangtatbestand in das Richtlinienrecht eingefügt werden. Eine Schrankengeneralklausel könnte – ebenfalls als einzige Schranke oder als Auffangtatbestand – aber auch einen (zentralen) Bestandteil einer völligen Neugestaltung des europäischen Urheberrechts bilden und in eine europäische Urheberrechtsverordnung aufgenommen werden.

Loy, IPQ 2009, 162 (173 ff.) eingeführt. Auch in Japan und Korea wird die Einführung einer *Fair Use*-Generalklausel diskutiert; siehe Chang, Do Japan and Korea need Fair use?, S. 6 ff.

1814 Siehe exemplarisch die weite Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG, die in § 4 UWG durch einen Katalog von Regelbeispielen ergänzt wird, die zumeist wiederum generalklauselartig ausgestaltet sind und so der Rechtsprechung erhebliche Auslegungs- und Gestaltungsspielräume belassen (z.B. § 4 Nr. 10 UWG: „Unlauter handelt insbesondere, wer Mitbewerber gezielt behindert.“).

I. Alleinige Schrankengeneralklausel im europäischen Recht

Eine äußerst weitreichende Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken in der gesamten Europäischen Union könnte durch die gemeinschaftsrechtliche Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken als Generalklausel nach dem Vorbild der US-amerikanischen *Fair Use*-Doktrin erreicht werden.

1. Änderung des Richtlinienrechts

Denkbar ist eine solche Gestaltung zum einen in Form einer Änderung des Richtlinienrechts, insbesondere also der InfoSoc-Richtlinie, deren geltender – wenig geglückter – Katalog von Einzelausnahmen die Anpassung des Urheberrechts an sich wandelnde Rahmenbedingungen deutlich erschwert oder teilweise gar unmöglich macht. In einer Neuauflage der Richtlinie sollte daher gerade im Bereich der Schranken mehr Flexibilität ermöglicht werden. Dies könnte durch die vollständige Streichung der bisher in Art. 5 InfoSoc-RL aufgelisteten Ausnahmetatbestände und deren Ersetzung durch eine einzige Schrankengeneralklausel erreicht werden.

Eine solche Schrankengeneralklausel könnte in enger Anlehnung an die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke beispielsweise wie folgt lauten:

Artikel 5 InfoSoc-RL (Entwurf): Beschränkung der Ausschließlichkeitsrechte

- (1) Die den Rechteinhabern in dieser Richtlinie gewährten urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte können nach Maßgabe der Absätze 2 und 3 zum Zwecke der redlichen Nutzung eingeschränkt werden.
- (2) ¹Die redliche Nutzung eines veröffentlichten urheberrechtlich geschützten Werkes ist ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig. ²Bei der Entscheidung, ob eine Nutzung redlich ist, 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 redlich 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 und
 4. die Auswirkung der Nutzung auf den aktuellen und potentiellen Verwertungsmarkt und auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes.
- (3) ¹Für die redliche Nutzung nach Absatz 2 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.

Absatz 2 des Vorschlages übernimmt zunächst weitgehend die von *Poep- pel* für die Neuregelung einer Schrankengeneralklausel im deutschen Urheberrecht in enger Anlehnung an die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke des 17 U.S.C. § 107 vorgeschlagene Formulierung.¹⁸¹⁵ *Poep- pel* nimmt überzeugend keine wörtliche Übersetzung der *Fair Use*-Klausel vor, sondern versucht, die Schrankengeneralklausel in gewissem Umfang der deutschen beziehungsweise kontinentaleuropäischen Schrankentradition anzupassen. Insbesondere ist der Vorschlag daher zur Berücksichtigung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Interessen auf die Nutzung veröffentlichter Werke beschränkt. *Poep- pel* wählt in seinem Vorschlag die Formulierung „redliche Verwertung“ anstelle von „faire Verwertung“ mit dem Ziel, eine eigenständige Auslegung und Anwendung gegenüber der US-amerikanischen Interpretation der „Fairness“ zu gewährleisten.¹⁸¹⁶ Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Vorzugswürdig erscheint jedoch die hier

1815 Siehe *Poep- pel*, Neuordnung, S. 491 f., der die vorgeschlagene Generalklausel letztlich aber verwirft.

1816 Siehe *Poep- pel*, Neuordnung, S. 492.

gewählte Formulierung „redliche Nutzung“, um eine Einengung des Anwendungsbereichs auf Formen der *wirtschaftlichen* Verwertung zu vermeiden und zu verdeutlichen, dass die Schranke auch alle „nicht-wirtschaftlichen“ Formen der Werknutzung erfassen kann, die sich – wie etwa das künstlerische Zitat – nur schwerlich zwanglos unter den Begriff der „Verwertung“ einordnen lassen. Klarstellend wurde Absatz 2 Satz 1 hier gegenüber *Poepfels* Vorschlag zudem um die Worte „ohne Zustimmung des Rechteinhabers“ ergänzt. Durch die Formulierung „...sind insbesondere folgende Kriterien zu berücksichtigen“ wird klargestellt, dass sämtliche genannten Kriterien regelmäßig Berücksichtigung finden sollten, jedoch keinesfalls abschließend sind. Es verbleibt somit Raum für eine zukunfts offene Berücksichtigung weiterer Aspekte.

Die in der US-amerikanischen *Fair Use*-Schranke im Rahmen der Präambel beispielhaft aufgezählten Nutzungszwecke werden aus systematischen Gründen nicht in Satz 1, sondern in Satz 2 Nr. 1 erwähnt. Dies entspricht auch der tatsächlichen Praxis im US-amerikanischen Recht, die die in der Präambel aufgeführten Nutzungszwecke im Wesentlichen im Rahmen des ersten *Fair Use*-Faktors berücksichtigt.¹⁸¹⁷ Ergänzt wurden die in Satz 2 Nr. 1 aufgeführten Nutzungszwecke durch den Zweck der „Berichterstattung über Tagesereignisse“ und die weder im US-amerikanischen Recht noch in *Poepfels* Vorschlag aufgeführte „Zugänglichmachung für Menschen mit Behinderungen“, zum Zwecke der „Förderung des Wettbewerbs“ oder zur „kreativen Weiterverwendung im Rahmen eigener Werk schöpfung“.

Die ausdrückliche Aufnahme der „Zugänglichmachung für Menschen mit Behinderungen“ steht im Einklang mit der besonderen Berücksichtigung der Interessen dieser Nutzergruppe durch den europäischen Gesetzgeber.¹⁸¹⁸ Die Aufnahme in die Schrankengeneralklausel verdeutlicht zudem, dass Rechteinhaber zur Verwirklichung dieses wichtigen – im europäischen Recht unter anderem auch durch Art. 26 der Grundrechte-Charta hervorgehobenen – Zwecks gegebenenfalls besonders weitgehende Beschränkungen ihrer Ausschließlichkeitsrechte hinnehmen müssen. Schließlich erscheint die ausdrückliche Aufnahme in die Schrankengeneralklausel auch aus rein praktischen Gesichtspunkten sinnvoll: Gerade die Sicherung einer angemessenen Informationsversorgung von Menschen mit

1817 Vgl. oben 2. Kapitel, C.I.2. So auch *Förster*, *Fair Use*, S. 215.

1818 Vgl. etwa Grünbuch „Urheberrechte in der wissensbestimmten Wirtschaft“ der Europäischen Kommission, KOM(2008) 466/3, S. 13 ff.

Behinderungen, die oftmals eine „Übersetzung“ beziehungsweise Umformatierung oder etwa die Intonation von Werken erfordert, steht regelmäßig dann vor besonderen (rechtlichen) Herausforderungen, wenn sich neue Formen der Werkverbreitung und -nutzung etablieren. Durch eine Schrankengeneralklausel kann auch hier gewährleistet werden, dass alle zur Zugänglichmachung für Menschen mit Behinderungen notwendigen Maßnahmen ergriffen werden können, um mit dieser Entwicklung Schritt zu halten.

Die ausdrückliche Erwähnung der Berücksichtigung von Auswirkungen auf den Wettbewerb, insbesondere auf Sekundärmärkten, hebt einen Aspekt hervor, der in der US-amerikanischen *Fair Use*-Rechtsprechung regelmäßig Beachtung findet, in der Regelung des 17 U.S.C. § 107 jedoch nicht erwähnt ist. Die Hervorhebung möglicher positiver Wettbewerbseffekte trägt zudem dem Bedürfnis Rechnung, gerade solche Werknutzungen zu ermöglichen, die in wettbewerblicher Sicht wünschenswert erscheinen, weil sie solchen wettbewerbswidrigen Praktiken entgegenwirken, die auf der im urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht begründeten starken oder gar beherrschenden Marktposition des Rechteinhabers beruhen.¹⁸¹⁹

Zusätzlich wurde in Satz 2 Nr. 1 als Kriterium einer redlichen Nutzung ausdrücklich die – der im deutschen Recht in § 24 UrhG geregelten freien Benutzung vergleichbare – Werknutzung als Grundlage kreativer Weiterverarbeitung im Rahmen eigenen Werkschaffens aufgenommen. Dies entspricht zum einem dem vorzugswürdigen Verständnis der freien Benutzung als Schrankenbestimmung des Urheberrechts¹⁸²⁰ und steht zum anderen im Einklang mit der US-amerikanischen *Fair Use*-Rechtsprechung, die der Frage, ob eine Werknutzung zum Zwecke der Anregung für selbständiges Werkschaffen erfolgt, im Rahmen der *Fair Use*-Prüfung, insbesondere unter dem Aspekt der Transformativität, wesentliche Bedeutung beimisst.¹⁸²¹ Durch die Wortwahl „kreative Weiterverwendung im Rahmen eigener Werkschöpfung“ wird zudem die zwanglose Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH zur „eigenen geistigen Schöpfung“ als

1819 Vgl. zu diesem Aspekt auch *Geiger/Griffiths/Hilty*, IIC 2008, 707 (710) („*Declaration on a Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' in Copyright Law*“).

1820 Siehe zum Streit um die dogmatische Einordnung des § 24 UrhG oben 2. Kapitel, B.I.3.a).

1821 Vgl. dazu näher oben 2. Kapitel, C.I.2.

Ausgangspunkt der Auslegung des urheberrechtlichen Werkbegriffes¹⁸²² ermöglicht.

Die Generalklausel bietet schließlich durch ihren offenen Wortlaut die Möglichkeit, neben den genannten (ökonomischen) Aspekten auch weitere Faktoren zur Erreichung einer optimalen Balance zwischen den Interessen der Werkschaffenden und der Nutzbarkeit der Werke für Dritte zu erreichen. Sie ist somit hinreichend zukunfts offen, um etwa auch eine Berücksichtigung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse zu ermöglichen, beispielsweise auf dem Gebiet der für die Rechtswissenschaften und gerade auch für den Bereich des Urheberrechts zunehmend fruchtbar gemachten verhaltensökonomischen und -psychologischen Forschung.¹⁸²³

1822 Siehe dazu näher oben 4. Kapitel, A.II.2.

1823 Insbesondere in der US-amerikanischen Literatur sind sowohl Fragen der Gewährung von Urheberrechtsschutz als auch der Grenzen des Urheberrechtsschutzes bereits seit längerer Zeit Gegenstand wissenschaftlicher Abhandlungen zur ökonomischen Analyse des Rechts; siehe grundlegend aus der US-amerikanischen Literatur etwa *Besen/Kirby/Salop*, 78 Va. L. Rev. 383 (1992); *Besen/Raskind*, 5 J. Econ. Persp. 3 (1991); *Landes/Posner*, 18 J. Legal Stud. 325 (1989); *dies.*, Economic Structure, S. 37 ff.; *Lemley*, 71 U. Chi. L. Rev. 129 (2004); *dies.*, 83 Tex. L. Rev. 1031 (2005). In jüngerer Zeit ist jedoch auch verstärkt in der deutschen Wissenschaft untersucht worden, welchen Beitrag die ökonomische Forschung zur grundsätzlichen Rechtfertigung und zur Ausgestaltung des urheberrechtlichen Schutzes leisten kann und sollte; siehe aus der deutschen urheberrechtlichen Literatur etwa *Bechtold*, GRUR Int. 2008, 484 ff.; *Eger/Scheufen*, in: Ökonomik als allgemeine Theorie menschlichen Verhaltens, S. 151 (152 ff.); *Hansen*, Warum Urheberrecht, S. 107 ff.; *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461 (462 ff.); *Hardege*, Informationstechnologische Entwicklungen; *Jänich*, Geistiges Eigentum, S. 249 ff.; *Leistner*, ZGE 2009, 403 (405 ff.); *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 ff.; *Ohly*, in: Geistiges Eigentum – Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, S. 143 ff.; *Peukert*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 11 (12 ff.); *Reich*, Ökonomische Analyse, S. 231 ff. und *passim*; *Schack*, in: Geistiges Eigentum – Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, S. 123 ff. Dennoch hat – soweit ersichtlich – eine vertiefte Auseinandersetzung mit (verhaltens-)ökonomischen Überlegungen zur Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schranken und insbesondere eine Untermauerung geäußerter Vermutungen durch empirische Forschungsarbeiten bisher nicht stattgefunden. Sie würde auch den Rahmen dieser Untersuchung sprengen und muss daher späteren wissenschaftlichen Arbeiten überlassen bleiben. Einen im Hinblick auf die vorliegende Untersuchung besonders interessanten Ansatzpunkt bilden insoweit verhaltensökonomische und -psychologische Überlegungen zur Rezeption und Akzeptanz unterschiedlicher Schrankenmodelle durch den Rechtsanwender; siehe zu derartigen Überlegungen und weiteren Ansatzpunkten für die ökonomische Forschung im Bereich des Urheberrechts bereits

Absatz 2 wird in Absatz 3 – in Anlehnung an die von *Förster* für eine Generalklausel im nationalen Recht vorgeschlagene Formulierung¹⁸²⁴ – um eine Rechtsfolgenregelung ergänzt. Danach soll ein Rechteinhaber die zustimmungsfreie Nutzung seines Werkes üblicherweise nur gegen Zahlung eines angemessenen Ausgleichs hinnehmen müssen. Anstelle des von *Förster* vorgeschlagenen, im deutschen Urheberrechtsgesetz verwendeten Begriffs der „angemessenen Vergütung“ wurde hier jedoch der im europäischen Richtlinienrecht (inzwischen) etablierte Begriff des „gerechten Ausgleichs“ gewählt. Die Regelung fügt sich so in das europäische urheberrechtliche Regelungssystem ein. Zugleich ermöglicht sie es, zur näheren Bestimmung des „gerechten Ausgleichs“ auf die in jüngerer Zeit zur Auslegung dieses Begriffs in der InfoSoc-Richtlinie und der Vermiet- und Verleihrechts-Richtlinie ergangene Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union¹⁸²⁵ und des Bundesgerichtshofs¹⁸²⁶ zurückzugreifen.

Leistner, ZGE 2009, 403 (430 ff.) m.w.N. Hier böte sich etwa eine experimentelle verhaltensökonomische Gegenüberstellung der Auswirkungen eines offenen „Designs“ urheberrechtlicher Schranken einerseits und geschlossener Schrankenkataloge andererseits auf das „Gerechtigkeitsempfinden“ und das Nutzungsverhalten einzelner Nutzergruppen, insbesondere etwa in Bezug auf die Nutzung neuer technischer Möglichkeiten, an. Derartige Forschung könnte dringend erforderliche Aufklärungsarbeit darüber leisten, ob *aus Sicht der Rechtsanwender* mit der Einführung von Schrankengeneralklauseln oder der Verwendung offener Rechtsbegriffe und der damit verbundenen Übertragung größerer Entscheidungsspielräume auf die Rechtsprechung tatsächlich eine größere Rechtsunsicherheit einhergeht oder aber dieses Standardargument gegen generalklauselartige Schranken weiter entkräften. Dies würde wertvolle Erkenntnisse für die gesetzgeberische Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schranken im Sinne einer idealen Balance zwischen ausreichender Flexibilität und Zukunftsoffenheit einerseits und der zur Vermeidung unerwünschter *chilling effects* erforderlichen hinreichenden Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit andererseits ermöglichen.

1824 Siehe *Förster*, Fair Use, S. 215.

1825 Siehe 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]*; EuGH, Urt. v. 16.6.2011, C-462/09, ABl. EU 2011, C 232/07 = GRUR 2011, 909 – *Stichting de ThuisKopie./. Opus Supplies Deutschland GmbH*; EuGH, Urt. v. 30.6.2011, C-271/10, ABl. EU 2011, C 252/05 = GRUR 2011, 913 – *Vereniging van Educatieve en Wetenschappelijke Auteurs [VEWA]/. Belgische Staat*; EuGH, Urt. v. 9.2.2012, C-277/10, ABl. EU 2012, C 80/04 = GRUR 2012, 489 – *Luskan./. van der Let*. Siehe zu dieser Rechtsprechung bereits oben 2. Kapitel, B.I.1.b) und 6. Kapitel, B.III.

1826 Siehe BGH, GRUR 2011, 1007 – *Drucker und Plotter II*; GRUR 2011, 1012 –

Im Einklang mit der jüngsten EuGH-Rechtsprechung¹⁸²⁷ wird zudem in Absatz 3 Satz 1 und 2 klargestellt, dass Inhaber des gesetzlichen Vergütungsanspruches der Urheber und dieser zu seinem Schutz unverzichtbar ist. Eine Abtretung des Anspruchs auf einen gerechten Ausgleich im Einzelfall wird durch die Bestimmung hingegen nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Auch dies steht im Einklang mit der *Luksan*-Entscheidung, in der der EuGH lediglich eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung der Abtretung der dem Urheber zustehenden Vergütungsansprüche an einen Dritten für mit den Vorgaben des europäischen Richtlinienrechts unvereinbar erklärte, da andernfalls dem Urheber die Zahlung des in Art. 5 Abs. 2 lit. b der InfoSoc-Richtlinie (zwingend) vorgesehenen gerechten Ausgleichs vorenthalten bliebe.¹⁸²⁸ Dies schließt jedoch nicht eine Abtretung von Vergütungsansprüchen durch eine widerlegbare Vermutung¹⁸²⁹ oder durch Parteivereinbarung im Einzelfall aus – jedenfalls solange diese sich nicht als reine Umgehung der grundsätzlichen Zuordnung des Vergütungsanspruches zum Urheber darstellen. Dies verdeutlicht auch Absatz 3 Satz 3 der Regelung, nach dem der Anspruch nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann. Denn die verwertungsgesellschaftliche Geltendmachung setzt die Abtretung beziehungsweise Abtretbarkeit des Vergütungsanspruches voraus. Insoweit sind also die vom EuGH als zwingend angesehene Inhaberschaft des Vergütungsanspruches und die Frage seiner Geltendmachung strikt auseinanderzuhalten.¹⁸³⁰

Die in der Regelung vorgeschlagene Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Anspruchs steht auch im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des EuGH, nach der die Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gewährleistung einer effektiven Erhebung des gerechten Ausgleichs eine „Ergebnispflicht“ trifft, nach der sichergestellt werden muss, dass der gerechte Ausgleich tatsächlich den Urhebern als unmittelbar und originär Berech-

PC II; GRUR 2012, 705 – *PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät*. Siehe zu dieser Rechtsprechung auch oben S. 287 f.

1827 Siehe EuGH, Urt. v. 9.2.2012, C-277/10, Rn. 96 ff., ABl. EU 2012, C 80/04 = GRUR 2012, 489 (493 f.) – *Luksan./ van der Let*.

1828 Vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 108 – *Luksan./ van der Let*.

1829 So auch *Obergfell*, GRUR 2012, 494 (496).

1830 Vgl. *Flechsigs*, MMR 2012, 293 (297).

tigten des Anspruchs auf gerechten Ausgleich zufließt.¹⁸³¹ Auch wenn die Verwertungsgesellschaften in der Praxis auch hier nur schematisierte Vergütungslösungen anbieten können werden, erscheint die vorgeschlagene Regelung einer Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit hier zur Gewährleistung dieser „Ergebnispflicht“ angemessen. Eine kollektive Wahrnehmung der Vergütungsansprüche erscheint in diesem Zusammenhang als einzig praktikable Lösung. Aufgrund des stetig voranschreitenden technischen und wirtschaftlichen Wandels ist es den einzelnen Rechteinhabern – trotz der Möglichkeiten des Einsatzes von technischen Schutzmaßnahmen und DRM-Systemen – heute kaum noch möglich, die vielfältigen Nutzungen ihrer Werke effektiv zu verfolgen und zu kontrollieren. Zugleich ist es den Nutzern oftmals nicht oder nicht mit zumutbarem Aufwand möglich, für jede Nutzungshandlung vom jeweiligen Rechteinhaber selbst die Rechte einzuholen. Beides – eine effektive Kontrollmöglichkeit der Rechteinhaber und die Möglichkeit der Lizenzierung zu angemessenen Bedingungen im Einzelfall – wären jedoch zwingende Voraussetzungen, um ohne Verwertungsgesellschaften eine effektive Erhebung des gerechten Ausgleichs zu gewährleisten.¹⁸³² Zudem sprechen neben diesen Praktikabilitätsabwägungen auch andere Aspekte für eine verwertungsgesellschaftspflichtige Ausgestaltung. Diese erscheint hier geeignet, sicherzustellen, dass der gerechte Ausgleich – wie vom EuGH gefordert – tatsächlich den Urhebern zufließt. Die kollektive Wahrnehmung reduziert die Gefahr erheblich, dass der Urheber als regelmäßig wirtschaftlich schwächere Vertragspartei durch eine umfassende Abtretung seiner Rechte an die Verwerter im Rahmen nachteiliger Individualverträge um seine angemessene Beteiligung gebracht wird.¹⁸³³ Soweit die Verwertungsgesellschaft Rechte der Urheber wahrnimmt, ist ihnen für die Nutzung dieser Rechte eine angemessene Vergütung gesichert.

In Absatz 3 Satz 4 sieht der Entwurf schließlich die Möglichkeit eines vollständigen Wegfalls der Vergütungspflicht für Fälle vor, in denen ein

1831 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011, C-462/09, Rn. 34, 37 – *Stichting de Thuiskopie./Opus Supplies Deutschland GmbH*; EuGH, Urt. v. 9.2.2012, C-277/10, Rn. 88 ff., 95, ABl. EU 2012, C 80/04 = GRUR 2012, 489 (493) – *Luksan./van der Let*.

1832 Siehe ausführlich zu den ökonomischen Funktionen der Verwertungsgesellschaften und zur kollektiven Wahrnehmung im Lichte der Transaktionskostenökonomik *Hansen/Schmidt-Bischoffshausen*, GRUR Int. 2007, 461 (466 ff.).

1833 Vgl. Dreier/Schulze, Vorbemerkung vor §§ 1 ff. WahrnG Rn. 10.

öffentliches Interesse an der kostenfreien Nutzung besteht, das das Vergütungsinteresse des Rechteinhabers überwiegt. Dies ist insbesondere in den – auch in Absatz 2 Satz 2 Nr. 1 angeführten – Fällen denkbar, in denen ein Werk lediglich als Ausgangspunkt oder Anregung für eigene kreative schöpferische Tätigkeit genutzt wird und das neu geschaffene Werk einen hinreichenden (kreativen) Abstand zum genutzten Werk aufweist.¹⁸³⁴ Dass jedoch die Zahlung einer Vergütung der Regelfall des „gerechten Ausgleichs“ und die Unentgeltlichkeit die Ausnahme sein soll, verdeutlicht der Entwurf – in Abweichung von *Försters* Vorschlag – durch die Ersetzung des Wortes „entfällt“ durch die Formulierung „kann entfallen“, die Satz 4 noch deutlicher von der „ist“-Vorschrift des Satzes 1 abgrenzt. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass den erheblichen Zugangsinteressen Dritter und der Allgemeinheit aus Sicht der Rechteinhaber häufig eher ein Partizipations- und weniger ein echtes Kontrollinteresse gegenübersteht.¹⁸³⁵ Ein gerechter Interessenausgleich lässt sich deshalb häufig durch die Zahlung einer angemessenen Vergütung erreichen. Eine für die jeweils betroffene Interessengruppe besonders nachteilige, einseitige Entscheidung zwischen gänzlicher Freistellung und Zustimmungsvorbehalt kann somit in aller Regel vermieden werden.

Die an die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke angelehnte und um eine Vergütungspflicht ergänzte Vorschrift ist schließlich ergänzt um einen einleitenden Absatz 1, der diese Regelung in den Kontext der (überarbeiteten) InfoSoc-Richtlinie einfügt. Anstelle eines einleitenden Absatzes wäre auch ein entsprechender Erwägungsgrund zur Richtlinie denkbar.

Um der Schrankengeneralklausel die erforderliche Effektivität zu verleihen, innerhalb der europäischen Union einen möglichst einheitlichen (hohen) Grad an Flexibilität im Bereich der Schranken zu erreichen und eine der derzeit hinsichtlich des europarechtlichen Dreistufentests bestehende Unklarheit über die Adressaten der Norm¹⁸³⁶ vergleichbare Situation zu vermeiden, sollte zudem sichergestellt werden, dass die Generalklausel tatsächlich in allen Mitgliedstaaten möglichst einheitlich Anwendung findet. Wäre den nationalen Gesetzgebern die Wahl freigestellt, wie sie das nationale Recht im Einklang mit der richtlinienrechtlichen Generalklausel ausgestalten, so könnten diese sich dazu entscheiden, alles beim

1834 Siehe zum vergleichbaren, vom BGH in Bezug auf § 24 UrhG entwickelten Kriterium des „Verlassens“ näher oben 2. Kapitel, B.I.3.a) und 4. Kapitel, A.I.2.

1835 Vgl. *Dreier*, in: FS Loschelder, S. 47 (59).

1836 Siehe dazu oben S. 334 ff.

Alten zu belassen und bestehende Schrankenataloge unverändert zu erhalten – da diese zweifelsohne mit den Vorgaben der Generalklausel vereinbar wären. Zudem wäre das Problem nicht gelöst, dass jede neue, im Rahmen bestehender Schranken nicht erfassbare Form der Werknutzung weiterhin ein – zeitaufwändiges und für Lobbyeinflüsse anfälliges – Tätigwerden der Legislative erforderte.

Beließe man den nationalen Gesetzgebern eine so weitreichende Freiheit bei der Umsetzung, so ließe sich die erforderliche Klarheit wohl allenfalls durch eine ausdrückliche Klarstellung im Richtlinienrecht dahingehend erreichen, dass Adressaten der richtlinienrechtlichen Generalklausel neben den nationalen Gesetzgebern *auch* unmittelbar die nationalen Gerichte sind. Neben den dogmatischen Bedenken, die gegen eine solche ausdrückliche Ermächtigung der nationalen Gerichte im Richtlinienrecht bestehen, könnte eine solche Regelung jedoch auch nicht die Probleme beseitigen, die sich aus dem Nebeneinander nationaler, die Richtlinie umsetzender gesetzlicher Regelungen und der unmittelbaren Heranziehung der Generalklausel durch die nationalen Gerichte ergäben.¹⁸³⁷

Erfolgversprechend erscheint daher allenfalls eine Ausgestaltung auf Richtlinienenebene, bei der den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern die Umsetzung durch die Aufnahme einer Generalklausel in das nationale Recht zwingend vorgeschrieben würde. Eine solche Vorgabe für die Mitgliedstaaten könnte – dem Vorbild der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken¹⁸³⁸ folgend – insbesondere in den Erwägungsgründen näher dargelegt und ausgestaltet werden.¹⁸³⁹ Sie könnte dabei entweder als Pflicht zur Einführung einer *alleinigen* Schrankengeneralklausel und Streichung bestehender Schrankenataloge im nationalen Recht oder aber lediglich als Pflicht zur *Ergänzung* der bestehenden nationalen Schrankenregelungen

1837 Siehe zu dieser Problematik bei der Anwendung des europarechtlichen Dreistufentests oben S. 334 ff.

1838 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (sog. UGP-Richtlinie).

1839 Vgl. Erwägungsgründe zur UGP-Richtlinie, insbesondere Erw.-Grd. 13.

um eine im Einklang mit der Richtlinie stehende Generalklausel¹⁸⁴⁰ ausgestaltet werden.

2. Schrankengeneralklausel als Teil einer europäischen Urheberrechtsverordnung

Ebenfalls denkbar ist die Einführung einer alleinigen Schrankengeneralklausel als Teil einer europäischen Urheberrechtsverordnung, mit der unmittelbar ein einheitliches europäisches Urheberrecht begründet würde.¹⁸⁴¹ Aufgrund der unmittelbaren Geltung der Verordnung in allen Mitgliedstaaten gemäß Artikel 288 Abs. 2 AEUV bedürfte es einer Umsetzung der Schrankenvorgaben in nationales Recht nicht. Die genannten Probleme, die sich aus dem Nebeneinander nationaler gesetzlicher Schrankenregelungen und der unmittelbaren Heranziehung einer Generalklausel durch die Gerichte ergeben können, könnten so vermieden werden. Würde in der Urheberrechtsverordnung *als einzige* Schrankenregelung eine Generalklausel nach dem Vorbild der US-amerikanischen *Fair Use*-Schranke oder des Dreistufentests aufgenommen, so obläge ihre Ausgestaltung allein den europäischen und nationalen Gerichten. Diese erhielten folglich ganz erhebliche Spielräume für die nähere Gestaltung der urheberrechtlichen Schranken – und damit einhergehend ganz erhebliche Flexibilität bei deren Anwendung.

In Anlehnung an die *Fair Use*-Doktrin könnte eine solche alleinige Schrankengeneralklausel in einer europäischen Urheberrechtsverordnung ebenso lauten wie der zuvor dargestellte Entwurf einer alleinigen Schrankengeneralklausel in einer überarbeiteten InfoSoc-Richtlinie.¹⁸⁴² Auf den einleitenden, klarstellenden Absatz 1 könnte dabei freilich verzichtet werden. Es böte sich daher etwa folgende Schrankenregelung an:

1840 Dies wäre der in der sog. Klausel-Richtlinie 93/13/EWG gewählten Regelungstechnik vergleichbar, die für einige Bereiche zwingende (Mindest-)Standards festlegte, daneben aber auch enumerative Konkretisierungen im nationalen Recht weiterhin zuließ; vgl. Erwägungsgründe zur Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

1841 Siehe zur Gemeinschaftskompetenz zur Errichtung einer solchen Urheberrechtsverordnung bereits oben 6. Kapitel, B.I.

1842 Siehe oben 7. Kapitel, A.I.1.

Artikel x: Beschränkung der Ausschließlichkeitsrechte

- (1) ¹Die redliche Nutzung eines veröffentlichten urheberrechtlich geschützten Werkes ist ohne Zustimmung des Rechteinhabers zulässig. ²Bei der Entscheidung, ob eine Nutzung redlich ist, 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 redlich 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 und
 4. die Auswirkung der Nutzung auf den aktuellen und potentiellen Verwertungsmarkt und auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes.
- (2) ¹Für die redliche Nutzung nach Absatz 1 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.

3. Opportunität und Umsetzbarkeit der Rechtsetzungsvarianten

Das größte Maß an Flexibilität bei der Ausgestaltung der Schranken würde den nationalen Gesetzgebern und Gerichten durch die vollständige Streichung des bisherigen Schranken kataloges der InfoSoc-Richtlinie und dessen Ersetzung durch eine *alleinige Schrankengeneralklausel* gewährt.

Eine solche könnte – wie dargestellt – etwa dem Vorbild des *Fair Use* folgen.¹⁸⁴³

Eine solche Neuregelung der urheberrechtlichen Schranken könnte und sollte – anders als derzeit Artikel 5 der InfoSoc-Richtlinie¹⁸⁴⁴ – auch als ausdrücklich vorrangig gegenüber den vorbestehenden bereichsspezifischen Richtlinien – namentlich insbesondere der Computerprogramm- und Datenbank-Richtlinie – ausgestaltet werden. Die sich derzeit aufgrund der teilweise bestehenden Unklarheiten hinsichtlich des Verhältnisses der Richtlinien zueinander beziehungsweise der diesbezüglich zum Teil mangelhaften Abstimmung bestehenden Probleme¹⁸⁴⁵ könnten so weitgehend beseitigt werden.

Die Ersetzung des bisherigen Schranken kataloges der InfoSoc-Richtlinie durch eine alleinige Schrankengeneralklausel *auf Ebene des Richtlinienrechts* ist jedoch ganz erheblichen Bedenken ausgesetzt. Durch diese Rechtsetzungsvariante könnte zwar die gewünschte Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken erreicht werden, sie wäre jedoch nicht geeignet, hinreichende Rechtssicherheit zu bieten, und schösse voraussichtlich deutlich über das erstrebte Ziel hinaus beziehungsweise verfehlte dieses. Die konkrete Umsetzung der Richtlinienvorgaben bliebe den nationalen Gesetzgebern der Mitgliedstaaten überlassen, so dass durch unterschiedliche Formen der nationalen Umsetzung eine ganz erhebliche weitere Disharmonisierung im europäischen Urheberrecht drohte. Ob tatsächlich eine deutliche Flexibilisierung im Bereich der urheberrechtlichen Schranken erreicht würde, hinge zudem davon ab, ob die nationalen Gesetzgeber von der durch die Generalklausel im Richtlinienrecht eröffneten Möglichkeit einer flexibleren Ausgestaltung der Schranken überhaupt Gebrauch machten. Würde die Umsetzung in Form der Aufnahme einer Generalklausel in das nationale Recht nicht zwingend vorgeschrieben, so wä-

1843 Siehe den Formulierungsvorschlag oben 7. Kapitel, A.I.1.

1844 Siehe Art. 1 Abs. 2 InfoSoc-RL, wonach diese Richtlinie die bestehenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen u.a. über den Schutz von Computerprogrammen und Datenbanken „unberührt“ lässt und diesen „in keiner Weise einträchtigt“.

1845 Siehe bereits oben 6. Kapitel, B.II. und III. sowie Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights vom 19.7.2004, SEC(2004) 995, S. 6 ff., abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/review/sec-2004-995_en.pdf [zuletzt abgerufen am 26.5.2013]; dazu *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive, S. 20.

re es auch möglich – und im Rahmen einer weiten Generalklausel weiterhin zulässig – die bestehenden geschlossenen Schrankenkatologe beizubehalten. Auch dann könnten diese Schrankentatbestände zwar gegebenenfalls durch die Rechtsprechung vor dem Hintergrund der Generalklausel des Richtlinienrechts im Einzelfall ergänzend und erweiternd ausgelegt werden, so dass jedenfalls eine gewisse Flexibilisierung der Schranken erreicht würde. Diese Einzelfallkontrolle festgeschriebener Schrankentatbestände anhand einer Generalklausel durch die Gerichte hätte jedoch die – derzeit in einigen Mitgliedstaaten schon bei der Anwendung des Dreistufentests der InfoSoc-Richtlinie zu beobachtende¹⁸⁴⁶ – negative Konsequenz erheblich gesteigerter Rechtsunsicherheit. Es drohte ein „Worst Case“-Szenario, in dem die Schranken grundsätzlich weiterhin in Form starrer Kataloge ausgestaltet wären, deren (erhoffter) Vorteil größerer Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit jedoch durch die Einzelfallüberprüfung durch die Gerichte anhand einer Generalklausel vollends zunichte gemacht würde. Nutzer könnten letztlich nicht einmal mehr sicher darauf vertrauen, dass selbst durch die Schranken ausdrücklich vorgesehene Ausnahmen im Einzelfall auch vor Gericht Bestand hätten.¹⁸⁴⁷

Eine weitere Disharmonisierung der Schranken in Europa und die dargestellte gesteigerte Rechtsunsicherheit könnten freilich vermieden werden, wenn eine Schrankengeneralklausel nicht durch Änderung des Richtlinienrechts, sondern *im Rahmen einer Urheberrechtsverordnung* eingeführt würde, da diese gemäß Artikel 288 Abs. 2 AEUV unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten beanspruchte. Die im Falle der Regelung in einer Richtlinie drohende Gefahr unterschiedlicher Formen der Umsetzung im nationalen Recht bestünde somit nicht. Auch das geschilderte „Worst Case“-Szenario eines Zusammen- beziehungsweise Gegenspiels von Rechtsprechung und Gesetzgebung und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit ließen sich vermeiden. Zugleich erhielten die Gerichte ganz erhebliche Spielräume für die nähere Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schranken und deren Anwendung.

Beide Rechtsetzungsvarianten – alleinige Generalklausel im Richtlinienrecht oder in einer Urheberrechtsverordnung – sehen sich jedoch einem weiteren, erheblichen Kritikpunkt ausgesetzt: Insbesondere von *Leistner* sind zu Recht weitere Bedenken hinsichtlich der rechtssicheren Umset-

1846 Siehe zu den unerwünschten Folgen einer unmittelbaren Anwendung des Dreistufentests durch die Rechtsprechung bereits oben 6. Kapitel, C.II.

1847 Vgl. zu dieser Kritik auch bereits oben 6. Kapitel, C.II. m.w.N.

zung und Ausgestaltung einer solchen *Fair Use*-Generalklausel in Europa geäußert worden.¹⁸⁴⁸

In ihrer Ausgestaltung im US-amerikanischen Recht und durch die dortige Rechtsprechung ist die *Fair Use*-Generalklausel – wie gezeigt – keinen durchgreifenden Rechtssicherheitsbedenken ausgesetzt. Im Gegenteil, der durch eine langjährige gefestigte Rechtsprechung, die Methodik der Formulierung ausführlicher *obiter dicta* und *dissenting opinions* und das Zusammen- und Gegenspiel verschiedener (Bezirks-)Gerichte zur Verfügung stehende „*Fair Use*-Werkzeugkasten“ vermag gar mehr Rechtssicherheit zu erzeugen, als dies derzeit im europäischen Recht der Fall ist, wo „krampfhaft“ versucht wird, auf Grundlage beziehungsweise durch Umgehung des veralteten Schranken kataloges Lösungen für neuartige Rechtsprobleme zu finden.¹⁸⁴⁹

Auf das europäische Recht lässt sich die Erkenntnis, dass mit der Einführung einer Schrankengeneralklausel gar ein Rechtssicherheitsgewinn einhergehen kann, dennoch nicht zwanglos übertragen. Es muss insbesondere mit Blick auf die Rolle 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. Bedenken bestehen insoweit zum einen deshalb, weil durch das System der Vorabentscheidungsverfahren durch den EuGH nach Artikel 267 AEUV nur eine relativ geringe Zahl von Fällen zur höchstrichterlichen Entscheidung kommt.¹⁸⁵⁰ Auch wenn in jüngerer Zeit zu beobachten ist, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte gerade auch im Hinblick auf urheberrechtliche Fragen weniger zögerlich von der Möglichkeit der Vorlage an den EuGH Gebrauch machen,¹⁸⁵¹ hängt die Möglichkeit des EuGH zur Klärung und Weiterentwicklung des europäischen Urheberrechts weiterhin maßgeblich davon ab, welche Fragen die nationalen Gerichte ihm zur Vorabentscheidung vorlegen.¹⁸⁵² Nur sehr langsam würde deshalb voraussichtlich eine „Anreicherung“ der Schrankengeneralklausel mit dem für hinreichende Rechtssicherheit erforderlichen Fallrecht erfol-

1848 Siehe *Leistner*, IIC 2011, 417 (437 f.).

1849 Siehe zu dieser Kritik am Standardargument mangelnder Rechtssicherheit bereits oben S. 279 ff.

1850 Siehe *Leistner*, IIC 2011, 417 (437).

1851 Vgl. *Metzger*, GRUR 2012, 118 (119, 125) m.w.N.

1852 Vgl. *Metzger*, GRUR 2012, 118 (119).

gen. Zum anderen erscheint auch die vom EuGH angewandte Methodik bisher kaum geeignet, den zur Ausfüllung einer Generalklausel erforderlichen „Werkzeugkasten“ mit den benötigten Werkzeugen zu bestücken.¹⁸⁵³ Anders als in der US-amerikanischen Rechtsprechungspraxis üblich, nimmt der EuGH nur in seltenen Fällen eine Abgrenzung zu seinen vorherigen Entscheidungen vor.¹⁸⁵⁴ Einer solchen bedarf es jedoch, um das zur Ausfüllung einer Generalklausel erforderliche Herausbilden von Fallgruppen zu ermöglichen. In der Regel entscheidet der EuGH zudem nicht sämtliche zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen „durch“, sondern gibt lediglich Leitlinien für die Auslegung gesetzlicher Bestimmungen vor und verweist zur weiteren Entscheidung an das vorliegende nationale Gericht zurück. Selbst im Falle einer Vorlage an den EuGH wäre daher die abschließende Klärung einer Auslegungsfrage im Zusammenhang mit der Ausfüllung der Generalklausel ebenso wenig sichergestellt, wie die europaweit einheitliche Anwendung der Schrankenbestimmung. Schließlich werden immer wieder auch Zweifel an der spezifischen Kompetenz des EuGH und der fachlichen Qualität seiner Entscheidungen laut, insbesondere unter Hinweis darauf, der Stand der wissenschaftlichen Diskussion werde teilweise nicht hinreichend berücksichtigt¹⁸⁵⁵ und die Konsequenzen für die Praxis würden verkannt.¹⁸⁵⁶ Diese – tatsächlich jedenfalls vereinzelt auszumachenden – Schwächen von EuGH-Entscheidungen haben ihren Grund im Wesentlichen wohl darin, dass der EuGH zugleich als Verfassungs- und oberstes Fachgericht fungiert, jedoch ohne Spezialkammern und feste Geschäftsverteilung arbeitet und die meisten Richter einen europa- oder völkerrechtlichen Hintergrund haben.¹⁸⁵⁷ Es ist deshalb mehrfach über die Einrichtung einer Spezialkammer für Urheberrechtsfra-

1853 Zweifelnd auch *Leistner*, IIC 2011, 417 (437 f.); *Metzger*, in: Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 101 (121 f.).

1854 Vgl. *Leistner*, IIC 2011, 417 (437).

1855 Siehe etwa die Kritik an der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die (zu) enge Auslegung von Schrankenbestimmungen in der *Infopaq*-Entscheidung (EuGH, Urt. v. 16.7.2009, C-5/08, Slg. 2009, I-6569 = GRUR 2009, 1041 – *Infopaq International A/S./Danske Dagblades Forening.*) bei *Hugenholtz/Senftleben*, Fair Use in Europe, S. 25; *Leistner*, GRUR 2010, 987 (988); *ders.*, JZ 2011, 1140 (1145); *Metzger*, GRUR 2012, 118 (123); *ders.*, in: Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 101 (116 ff.) sowie oben 2. Kapitel, B.I.2.b).

1856 Vgl. *Metzger*, GRUR 2012, 118 (126).

1857 Vgl. *Metzger*, GRUR 2012, 118 (119); *Paulus/Wesche*, GRUR 2012, 112 (113).

gen oder gar die Schaffung eines spezialisierten europäischen Urheberrechtsgerichtes nachgedacht worden.¹⁸⁵⁸

Unabhängig davon, ob man eine derartige Spezialisierung auf europäischer Ebene letztlich für sinnvoll erachtet, leistet jedenfalls der *status quo* Zweifeln daran Vorschub, ob sich eine urheberrechtliche Schrankengeneralklausel im europäischen Recht sinnvoll durch das erforderliche Fallrecht mit Leben füllen ließe. Vor dem Hintergrund der europäischen Entscheidungspraxis und der Rolle des EuGH muss dies derzeit verneint werden. Jedenfalls eine *alleinige* Schrankengeneralklausel auf europäischer Ebene – egal ob im Richtlinienrecht oder in einer Verordnung verankert – wird ohne eine hinreichende und zügige Ausfüllung durch die Rechtsprechung den beteiligten Interessen nicht gerecht, da sie die erforderliche Rechtssicherheit nicht zu erzeugen vermag. Derzeit kann eine solche Ausgestaltung der urheberrechtlichen Schranken auf europäischer Ebene daher nicht empfohlen werden.

II. Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand

Aufgrund der aufgezeigten Bedenken, die gegen eine alleinige Schrankengeneralklausel im europäischen Recht bestehen, ist mehrfach eine vermittelnde Lösung erwogen worden, bei der eine Generalklausel in einen Schrankenatalog integriert beziehungsweise diesem als Auffangtatbestand angefügt würde.¹⁸⁵⁹ Denkbar ist eine solche Flexibilisierung zum einen durch *Änderung des Richtlinienrechts* in Form der Ergänzung eines – gegenüber der derzeitigen InfoSoc-Richtlinie deutlich gestrafften und verbindlich ausgestalteten – Schrankenataloges um eine generalklauselartige „Auffangsschranke“. Zum anderen könnte ein um einen generalklauselartigen Auffangtatbestand ergänzter Schrankenatalog in eine *europäische Urheberrechtsverordnung* aufgenommen werden.

1858 Siehe *Schack*, ZGE 2009, 275 (287); *Tilmann*, GRUR 2011, 1096 ff.

1859 Siehe etwa *Förster*, Fair Use, S. 218 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht, S. 404 ff.; *Hilty*, wiedergegeben von *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475 (493); *ders.*, JIPITEC 2010, 83 (84); *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive, S. 28 ff.; *ders.*, IIC 2011, 417 (441 f.); *Poepfel*, Neuordnung, S. 503; *Senftleben*, JIPITEC 2010, 67 (76 ff.) sowie den Vorschlag der *Wittem Group* zu einer Auffanggeneralklausel im „European Copyright Code“ (dazu sogleich 7. Kapitel, A.II.1.).

Die Einführung einer Auffanggeneralklausel auf der Ebene des Richtlinienrechts hätte den Vorteil, dass sie den nationalen Gesetzgebern neben den Vorgaben zur Umsetzung eines – idealerweise obligatorisch ausgestalteten – Schranken kataloges auch ein begrenztes Feld zum „Experimentieren“ mit neuartigen Schrankenregelungen belassen würde.¹⁸⁶⁰ Diesem Vorteil stehen letztlich dieselben Bedenken gegenüber, die auch gegen die Einführung einer alleinigen Schrankengeneralklausel im Rahmen einer europäischen Richtlinie sprechen:¹⁸⁶¹ Würde die Umsetzung in Form der Aufnahme einer Generalklausel in das nationale Recht nicht zwingend vorgeschrieben und bliebe die konkrete Umsetzung der Richtlinienvorgaben den nationalen Gesetzgebern der Mitgliedstaaten überlassen, so hinge es maßgeblich vom Willen der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber und der jeweils gewählten Form der Umsetzung ab, ob das Ziel gesteigerter Flexibilität tatsächlich erreicht würde. Durch unterschiedliche Formen nationaler Umsetzung drohte dann zudem eine wenig wünschenswerte weitere Disharmonisierung im europäischen Urheberrecht. Erfolgversprechend erscheint daher auch hier allenfalls eine Ausgestaltung auf Richtlinienebene, bei der den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern die Umsetzung durch die Aufnahme einer Generalklausel in das nationale Recht zwingend vorgeschrieben würde. Eine solche Vorgabe für die Mitgliedstaaten könnte – wie dargestellt¹⁸⁶² – etwa dem Vorbild der UGP-Richtlinie folgen und die Einführung einer Generalklausel in den Erwägungsgründen zur Richtlinie für verpflichtend erklären.

Umsetzungsprobleme würden vermieden, wenn neben einem Schranken katalog ein generalklauselartiger Auffangtatbestand in das europäische Urheberrecht im Wege einer *Urheberrechtsverordnung* eingeführt würde. Durch die Schaffung eines einheitlichen europäischen Urheberrechts wäre aufgrund der unmittelbaren Geltung sichergestellt, dass tatsächlich europaweit einheitliche Schrankenbestimmungen mit demselben Maß an Flexibilität Anwendung fänden.

1860 Siehe *Hansen*, Warum Urheberrecht, S. 406.

1861 Siehe dazu bereits oben 7. Kapitel, A.I.3.

1862 Siehe oben 7. Kapitel, A.I.1.

1. Der Entwurf einer generalklauselartigen Öffnungsklausel in Anlehnung an den Dreistufentest im „European Copyright Code“

Den bisher bei Weitem detailliertesten Vorschlag eines um eine Generalklausel ergänzten Schranken kataloges im europäischen Urheberrecht liefert der im Jahr 2010 als Ergebnis der Arbeit der sogenannten *Wittem Group* vorgestellte Entwurf eines *European Copyright Code*.¹⁸⁶³ Im Rahmen des *Wittem Project* setzten sich Urheberrechtswissenschaftler aus verschiedenen europäischen Staaten ausgiebig mit Fragen der Schaffung eines zukunftsfähigen, vereinheitlichten europäischen Urheberrechts auseinander.¹⁸⁶⁴ Ziel des Projektes war nicht die grundlegende Neuordnung des europäischen Urheberrechts, sondern im Wesentlichen, den Kern des derzeitigen europäischen Urheberrechts zu ermitteln und auf dieser Grundlage einen Ausgangspunkt für die weitere Diskussion um die Fortschreibung des Urheberrechts in Europa zu schaffen.¹⁸⁶⁵ Auch wenn der Entwurf in Form eines „Code“ ausgestaltet ist, enthalten sich die Verfasser ausdrücklich einer Aussage darüber, ob und inwieweit sie einen einheitlichen europäischen Urheberrechtsrahmen für erstrebenswert halten.¹⁸⁶⁶

a) Ausgestaltung der Schranken im European Copyright Code-Entwurf

Nach vier Abschnitten, die die schutzfähigen Werke, die Urheber- und Rechteinhaberschaft, das Urheberpersönlichkeitsrecht und die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte betreffen, widmet sich der umfangreiche fünfte Abschnitt des *European Copyright Code* (ECC) den Schranken des Urheberrechts. In zum Teil enger Anlehnung an den derzeitigen

1863 Abrufbar unter: http://www.copyrightcode.eu/Wittem_European_copyright_code_21_april_2010.pdf [zuletzt abgerufen am 26.5.2013].

1864 Siehe näher zum *Wittem Project*, den beteiligten Wissenschaftlern und der Entstehungsgeschichte des ECC *Dreier*, in: FS Loschelder, S. 47 (49 f.).

1865 Vgl. den vorletzten Erwägungsgrund zum ECC: „Believing that the design of a European Copyright Code might serve as an important reference tool for future legislatures at the European and national levels“ sowie Absatz 2 der „Introduction“ zum ECC. Vgl. auch *Dreier*, in: FS Loschelder, S. 47 (47, 51); *Kuhlen*, JIPITEC 2011, 18.

1866 Vgl. Absatz 2 der „Introduction“ zum ECC, abrufbar unter: <http://www.copyrightcode.eu/> [zuletzt abgerufen am 26.5.2013]; *Dreier*, in: FS Loschelder, S. 47 (60).

Schrankenatalog der InfoSoc-Richtlinie ist eine Reihe spezifischer – im Gegensatz zur InfoSoc-Richtlinie jedoch verbindlich ausgestalteter – Schrankenregelungen vorgesehen. Diese sind unterteilt in Schranken zugunsten von Nutzungen mit minimaler wirtschaftlicher Bedeutung (Art. 5.1 ECC),¹⁸⁶⁷ Nutzungen, die der Verwirklichung der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit dienen (Art. 5.2 ECC),¹⁸⁶⁸ Nutzungen, die der Förderung politischer, sozialer und kultureller Zwecke dienen (Art. 5.3 ECC),¹⁸⁶⁹ sowie Nutzungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zu fördern (Art. 5.4 ECC).¹⁸⁷⁰ Die Regelungen der Artikel 5.1 bis 5.3 und des Artikel 5.4 Abs. 1 ECC entsprechen dabei weitgehend den bereits in der InfoSoc-Richtlinie vorzufindenden Schrankenbestimmungen. Bereits durch die gegenüber dem Schrankenatalog der InfoSoc-Richtlinie vorgenommene Straffung und die teilweise vorsichtige Öffnung der Tatbestände durch offenere Formulierungen wird hier jedoch eine größere Flexibilität der urheberrechtlichen Schranken erreicht.¹⁸⁷¹

Echtes „Neuland“¹⁸⁷² im Bereich der urheberrechtlichen Schranken betritt der ECC-Entwurf hingegen mit der Regelung des Artikel 5.4 Abs. 2 ECC.¹⁸⁷³ Zur Förderung beziehungsweise Öffnung des Wettbewerbs sieht die Regelung für bestimmte Fälle eine genehmigungsfreie – jedoch nicht kostenlose – Nutzung näher benannter Werkarten vor. Die Nutzung soll zulässig sein, wenn ein Wettbewerb dadurch unterbunden würde, dass der Rechteinhaber zu einer Rechteeinräumung zu angemessenen Konditionen nicht bereit ist, obwohl seine Interessen durch die Lizenzvergabe nicht unzumutbar beeinträchtigt würden. Letztlich handelt es sich somit um die Einräumung einer Zwangslizenz, für deren Beurteilung kartellrechtliche

1867 “Uses with minimal economic significance”.

1868 “Uses for the purpose of freedom of expression and information”.

1869 “Uses Permitted to Promote Social, Political and Cultural Objectives”.

1870 “Uses for the purpose of enhancing competition”.

1871 Vgl. Dreier, JIPITEC 2010, 50 (53).

1872 Kühlen, JIPITEC 2011, 18.

1873 Art. 5.4 Abs. 2 ECC lautet: “Uses of news articles, scientific works, industrial designs, computer programs and databases are permitted without authorisation, but only against payment of a negotiated remuneration, and to the extent justified by the purpose of the use, provided that: (i) the use is indispensable to compete on a derivative market; (ii) the owner of the copyright in the work has refused to license the use on reasonable terms, leading to the elimination of competition in the relevant market and (iii) the use does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the owner of the copyright in the work.”.

Kriterien in das Urheberrecht eingeführt werden.¹⁸⁷⁴ Diese ausdrückliche Berücksichtigung wettbewerblicher Gesichtspunkte stellt freilich nur für das europäische Urheberrecht eine – begrüßenswerte – Neuheit dar. Im Rahmen des US-amerikanischen *Fair Use* finden vergleichbare Kriterien bereits regelmäßige Berücksichtigung.

Eine weitere Besonderheit des Artikel 5.4 Abs. 2 ECC ist, dass die in der Regelung vorgesehene Vergütung zwischen den Parteien frei ausgehandelt werden soll.¹⁸⁷⁵ Ob diese Gestaltung letztlich praktikabel wäre, erscheint zumindest zweifelhaft. Schließlich sieht die Regelung eine gesetzliche Lizenz gerade für solche Fälle vor, in denen sich die Parteien zunächst nicht auf eine Rechteinräumung zu angemessenen Bedingungen haben einigen können. Weshalb sie daher im Rahmen der gesetzlichen Lizenz zu einer – vorher nicht möglichen – Einigung über eine „faire und angemessene“¹⁸⁷⁶ Vergütung kommen sollen, erschließt sich nicht. Es kann insofern auch nicht Zweck der Regelung sein, den Nutzer gegenüber dem Rechteinhaber in eine bessere Verhandlungsposition zu versetzen, die es dem Nutzenden ermöglicht, regelmäßig eine besonders niedrige Lizenzgebühr zu erzielen. Dann bestünde für den Nutzenden nämlich stets ein Interesse, eine Einigung über die Lizenzeinräumung nicht vorab herbeizuführen, sondern sich in der Hoffnung auf günstigere Konditionen auf die Möglichkeit einer gesetzlichen Lizenzeinräumung nach Artikel 5.4 Abs. 2 ECC „zurückzuziehen“. Die Verhandlungsposition des Rechteinhabers in Lizenzverhandlungen würde so ohne hinreichenden Grund regelmäßig erheblich geschwächt.

Neben den in den Artikeln 5.1 bis 5.4 ECC ausdrücklich aufgezählten Schrankenregelungen soll zusätzliche Flexibilität schließlich dadurch erreicht werden, dass diesem Schrankenkatalog in Art. 5.5 ECC eine *generalklauselartige Öffnungsklausel* zur Seite gestellt wird. Die Regelung lautet:

Art. 5.5 – Further Limitations:

“Any other use that is comparable to the uses enumerated in art. 5.1 to 5.4(1) is permitted provided that the corresponding requirements of the relevant limitation are met and the use does not conflict with the normal exploitation of the work and does not unreasonably prejudice the legitimate interests of the

1874 Vgl. Dreier, in: FS Loschelder, S. 47 (58).

1875 Vgl. Fußnote 54 zum ECC.

1876 Art. 5.7 Abs. 1 ECC regelt ausdrücklich: “Any remuneration provided for under this chapter shall be fair and adequate.”.

author or rightholder, taking account of the legitimate interests of third parties.”

Nach dieser „Analogie-Öffnungsklausel“ sollen folglich auch solche Nutzungen zulässig sein, die mit den in den Artikeln 5.1 bis 5.4 Abs. 1 ECC aufgezählten Nutzungsformen vergleichbar sind.¹⁸⁷⁷ Dies allerdings nur dann, wenn die entsprechenden Voraussetzungen der vergleichbaren Schrankenregelung erfüllt sind. Weiter eingeschränkt wird der Anwendungsbereich schließlich in Anlehnung an den Dreistufentest durch die Voraussetzungen, dass die Nutzung die normale Auswertung des Werkes nicht beeinträchtigt und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich beeinträchtigt werden, wobei – wie es Artikel 30 TRIPS ebenfalls vorsieht¹⁸⁷⁸ – ausdrücklich auch berechnigte Interessen Dritter Berücksichtigung finden sollen.

b) Kritische Bewertung der vorgeschlagenen Auffanggeneralklausel

Die Stärke dieser flexibilisierenden Auffangregelung ist zugleich eine ihrer wesentlichen Schwächen: Ob beziehungsweise wie viel Flexibilität tatsächlich erreicht wird, hängt nämlich entscheidend davon ab, wie weit der Begriff „*comparable*“ verstanden wird – wann neue Nutzungsformen also für mit den ausdrücklich normierten Nutzungen *vergleichbar* gehalten werden. Leitlinien für die Ermittlung der Vergleichbarkeit liefert der ECC-Vorschlag jedoch nicht. Insoweit wird lediglich ausgeführt, dass eine Vergleichbarkeit sich nicht allein im Wege der Kumulierung unterschiedlicher Zwecke der in den Artikeln 5.1 bis 5.4 Abs. 1 ECC geregelten Schrankenbestimmungen ergeben darf.¹⁸⁷⁹ Nähere Anhaltspunkte – oder besser: ein Katalog von Kriterien – zur Ermittlung der Vergleichbarkeit erscheinen jedoch notwendig, um neben der Möglichkeit größerer Flexibilität auch eine gewisse Vorhersehbarkeit und somit das erforderliche Mindestmaß an Rechtssicherheit zu erreichen. Andernfalls liefe gerade das re-

1877 Die bereits präzise umschriebene Schrankenregelung des Art. 5.4 Abs. 2 ECC zur Ermöglichung des Wettbewerbs ist vom Anwendungsbereich dieser „Analogie-Schranke“ bewusst ausgenommen; vgl. Dreier, in: FS Loschelder, S. 47 (58).

1878 Siehe dazu näher oben 6. Kapitel, C.III.2.c)bb).

1879 Siehe Fußnote 55 zum ECC: „See note 48. Note that art. 5.5 does not allow new limitations by blending the criteria of articles 5.1 to 5.3.”

gemäßig zur Begründung der – auch im ECC-Entwurf vorgesehenen – detaillierten Festschreibung urheberrechtlicher Schranken angeführte (zweifelhafte) Argument gesteigerter Rechtssicherheit letztlich leer. Denn die Flexibilität im Bereich der Schranken wird gerade für die „interessanten“ beziehungsweise „kritischen“ Fälle benötigt, in denen über die urheberrechtliche Zulässigkeit neuer Nutzungsformen zu entscheiden ist, die sich nicht im Rahmen des bestehenden Schrankenkataloges erfassen lassen. Dann böte der Schrankenkatalog jedoch allenfalls insofern einen Anhaltspunkt, als feststünde, dass die fragliche Nutzung von keinem der festgeschriebenen Tatbestände erfasst wird. Rechteinhabern, Nutzern und somit auch der Rechtssicherheit ist jedoch nicht geholfen, wenn die Zulässigkeit der neuartigen Nutzung letztlich allein davon abhängt, ob ein mit der Sache befasstes Gericht diese für mit einem der gesetzlichen Schrankentatbestände vergleichbar hält – und für diese Beurteilung nicht einmal nachvollziehbare Kriterien festgeschrieben sind.¹⁸⁸⁰ Durch die Verlagerung auf die Frage einer Analogiemöglichkeit ergäbe sich somit letztlich dasselbe Dilemma, das unter der Geltung des derzeitigen Schrankenkataloges besteht, der die Gerichte teilweise dazu zwingt, unter methodischen „Verbiegungen“ Tatbestände extrem weit auszulegen oder zweifelhafte Analogien zu ziehen, nur um eine wünschenswerte Nutzungsform zu ermöglichen.¹⁸⁸¹

Die im ECC-Entwurf in Anlehnung an den Dreistufentest ergänzend vorgesehene Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Rechteinhaber und der Auswirkungen auf die normale Werkverwertung hilft insofern in zweierlei Hinsicht nicht weiter: Zum einen greift diese „Schranken-Schranke“ nach dem ECC-Entwurf erst auf einer zweiten Stufe ein, wenn bereits festgestellt wurde, dass ein Sachverhalt einer der Regelungen der Artikel 5.1 bis 5.4 Abs. 1 ECC vergleichbar ist.¹⁸⁸² Zum anderen löst sie durch die (fast) wörtliche Übernahme des Dreistufentests der InfoSoc-

1880 Weshalb *Dreier*, in: FS Loschelder, S. 47 (58 f.) es ausdrücklich für einen Vorteil hält, dass durch die gewählte Ausgestaltung des Art. 5.5 ECC „ein Rückgriff auf die zumeist eher vagen Kriterien einer ‚fair use‘-Bestimmung vermieden“ wird, kann nicht nachvollzogen werden. Gerade ein *Fair Use*-ähnlicher Katalog mit vorhersehbaren – wenn auch evtl. vagen – Kriterien für die Rechtsprechung bietet die Möglichkeit, eine flexible Generalklausel mit der erforderlichen Rechtssicherheit auszugestalten.

1881 Siehe zu dieser Kritik am Beispiel der urheberrechtlichen Bewertung der Bildersuche im Internet bereits ausführlich oben 4. Kapitel, B.I.

1882 Siehe Art. 5.5 ECC: „...provided that...“.

Richtlinie die existierenden Probleme der Definition und Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Dreistufentests¹⁸⁸³ nicht und birgt so zumindest die Gefahr zusätzlicher Rechtsunsicherheit in sich.

Neben diesen dogmatischen Bedenken kann die im ECC-Entwurf vorgesehene Festschreibung eines „Vergleichbarkeits-Erfordernisses“ schließlich auch aus rechtspolitischer Sicht nicht vollständig überzeugen. Es erscheint keinesfalls ausgeschlossen, dass durch neue, unabsehbare technische Entwicklungen auch neue Formen der Werknutzungen entstehen, die tatsächlich nicht mit irgendwelchen derzeit bekannten – im ECC-Entwurf festgeschriebenen – Nutzungsformen vergleichbar sind und die dennoch wünschenswert erscheinen und daher urheberrechtlich zulässig sein sollen. Durch die Normierung der Vergleichbarkeit als zwingender „Eintrittshürde“ für die Anwendung der Schrankengeneralklausel würde deren Zukunftsoffenheit somit unnötig beschnitten. Früher oder später wäre erneut ein Einschreiten des Gesetzgebers erforderlich.

c) Fazit zum ECC-Entwurf

Eines der wesentlichen Verdienste des *European Copyright Code* der *Witem-Gruppe* ist es sicherlich, der Diskussion um die Modernisierung und weitergehende Harmonisierung des europäischen Urheberrechts durch die weite und „medienwirksame“ Vorstellung und Verbreitung des Entwurfes auf Fachveranstaltungen, in zahlreichen Fachpublikationen und im Internet neuen Schwung und eine detaillierte Diskussionsgrundlage verliehen zu haben. Gerade im Bereich der Schranken überzeugt der Vorschlag jedoch letztlich nicht vollständig. Die erforderliche Flexibilität im Bereich der urheberrechtlichen Schranken könnte im Rahmen des ECC-Vorschlages zwar erreicht werden. Jedenfalls bis zu einer (europäischen) höchst-richterlichen Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals der „Vergleichbarkeit“ im Sinne des Artikels 5.5 ECC würde diese Flexibilität jedoch auf

1883 Siehe zu den Streitfragen im Zusammenhang mit der Auslegung des Dreistufentests, insbesondere zur Frage, wann eine „normale Auswertung“ vorliegt, ausführlich oben 6. Kapitel, C.III.2.

Kosten erheblicher Rechtsunsicherheit erkaufte.¹⁸⁸⁴ Diese Rechtsunsicherheit könnte durch die Ergänzung der Regelung um einen – beispielsweise an den *Fair Use*-Tatbestand angelehnten – Katalog von Prüfungskriterien deutlich abgemildert werden. Insofern wäre insbesondere auch eine Kombination des urheberrechtlichen Dreistufentests mit einem Kriterienkatalog denkbar.

2. Auffangtatbestand nach dem Vorbild des Dreistufentests und des Fair Use

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass die ergänzende Einfügung einer Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand im europäischen Recht – bevorzugt im Rahmen einer Urheberrechtsverordnung – grundsätzlich erstrebenswert erscheint, da diese Regelungsvariante weitreichende Flexibilität im Bereich der urheberrechtlichen Schranken ermöglichen würde und zugleich die wesentlichen Nachteile einer alleinigen Schrankengeneralklausel im europäischen Recht vermeiden könnte.

Hinreichende Rechtssicherheit kann jedoch auch eine als Auffangtatbestand ausgestaltete Generalklausel nur erzeugen, wenn die Anwendung der Schrankenbestimmung durch gewisse Leitlinien für die Prüfung nachvollziehbar und somit zugleich vorhersehbar ausgestaltet ist.¹⁸⁸⁵ Als Vorbild einer solchen „gelenkten“ Generalklausel bietet sich die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke an, die – wie gezeigt – eine sehr flexible Anwendung ermöglicht und zugleich aufgrund eines Kataloges ausdrücklich aufgezählter Prüfungskriterien deutlich größere Vorhersehbarkeit gewährleistet. Dass auch solche Tatbestandsmerkmale letztlich einer Auslegung durch die Rechtsprechung bedürfen, sollte dabei nicht als Argument gegen eine derartige Regelung dienen. Als auslegungsbedürftig erweist sich schließlich letztlich jede (neue) gesetzliche Regelung – unabhängig davon, ob sie sehr detailliert oder wenig detailreich ausgestaltet ist. Bis zu einer umfassenden höchstrichterlichen Klärung der einzelnen Tatbestandsmerk-

1884 Zur Problematik der durch das System der Vorabentscheidungsverfahren durch den EuGH nach Art. 267 AEUV nur langsamen und ggfs. unvollständigen höchstrichterlichen Klärung von Auslegungsfragen, siehe bereits oben 7. Kapitel, A.I.3.

1885 Vgl. zu der Kritik an dieser Schwäche des *European Copyright Code*-Entwurfes der *Wittem*-Gruppe oben 7. Kapitel, A.II.1.b).

male – wie dies heute hinsichtlich der *Fair Use*-Klausel in den USA weitgehend der Fall ist – ermöglicht jedoch ein Katalog von Prüfungskriterien jedenfalls eine gewisse Orientierung für Rechteinhaber und Nutzer ebenso wie für die Rechtsprechung. Dies belegen auch Erkenntnisse aus der US-amerikanischen Forschung, die die Anwendung der *Fair Use*-Schranke selbst in Fällen der Konfrontation mit neuen Technologien und Nutzungsformen aufgrund des Kriterienkataloges für weitestgehend vorhersehbar halten, so dass nur sehr selten überraschende Entscheidungen der Gerichte ergehen.¹⁸⁸⁶ Das „Standardargument“ mangelnder Rechtssicherheit von Generalklauseln¹⁸⁸⁷ lässt sich durch eine solche Ausgestaltung somit bereits im Ansatz deutlich entkräften.

Bei der Einführung eines generalklauselartigen Auffangtatbestandes nach dem Vorbild der *Fair Use*-Schranke in einer europäischen Urheberrechtsverordnung sollte jedoch eine Besonderheit Beachtung finden: Der europäische Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, den urheberrechtlichen Dreistufentest ausdrücklich im europäischen Recht zu verankern. Durch die Aufnahme in die InfoSoc-Richtlinie wurde nicht nur die Umsetzung international-rechtlicher Verpflichtungen garantiert und offenkundig gemacht, sondern der Dreistufentest auch zu einem durch den EuGH überprüfbaren Bestandteil des urheberrechtlichen *acquis communautaire* aufgewertet.¹⁸⁸⁸ Diese Grundsatzentscheidung des europäischen Gesetzgebers für die Aufnahme des Dreistufentests ist sinnvoll und sollte respektiert werden. Eine Auffanggeneralklausel in Anlehnung an den *Fair Use* muss ihr daher gerecht werden.

Zugleich erscheint es jedoch nicht zweckmäßig, *parallel* sowohl den generalklauselartigen Dreistufentest als auch eine *Fair Use*-Generalklausel in eine europäische Urheberrechtsverordnung aufzunehmen. Eine sinnvolle Lösung könnte hier anstelle eines „Entweder-Oder“ ein Mittelweg bieten – die Schaffung einer neuartigen Schrankengeneralklausel, die beide Regelungen „verschmelzen“ lässt und so das „Beste beider Welten“

1886 Siehe *Beebe*, U. Pa. L. Rev. 549, 621 f (2008); *Sag*, 73 Ohio St. L.J. 47, 72 ff. (2012); siehe dazu auch bereits oben Fn. 1218 und zugehöriger Text.

1887 Siehe dazu bereits oben S. 279 ff. sowie die Nachweise oben Fn. 1213.

1888 Vgl. dazu bereits oben 6. Kapitel, C.II.

vereint.¹⁸⁸⁹ So könnte der – in der hier befürworteten Auslegung ohnehin deutlich an eine faktorbasierte *Fair Use*-Prüfung angenäherte¹⁸⁹⁰ – Dreistufentest seinen „Siegeszug“¹⁸⁹¹ fortsetzen und zugleich – ergänzt um nachvollziehbare Prüfungskriterien – zu einer handhabbaren und zudem hinreichende Rechtssicherheit vermittelnden generalklauselartigen Auffangschranke ausgebaut werden.

a) Formulierungsvorschlag

Eine solche – einen Katalog urheberrechtlicher Schrankenregelungen ergänzende – Auffanggeneralklausel in Anlehnung an den Dreistufentest und die *Fair Use*-Doktrin könnte beispielsweise wie folgt lauten:

Kapitel x: Beschränkungen der Ausschließlichkeitsrechte

Artikel y: 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 berechnete Interessen Dritter zu berücksichtigen.
- (3) ¹Bei der Beurteilung, ob die Nutzung berechnete Interessen des Rechteinhabers ungebührlich verletzt, sind auch die berechtigten Interessen Dritter zu berücksichtigen. ²Bei der Abwägung der Be-

1889 Ähnlich im Ansatz, jedoch jeweils ohne nähere Darstellung und konkrete Formulierungsvorschläge, *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 1, 28 ff. (2005); *Griffiths*, JIPITEC 2010, 87 (93); *Senfileben*, AMI 2009, 1 (7); *ders.*, 57 J. Copyright Soc’y U.S.A. 521, 541 ff. (2010).

1890 Vgl. oben 6. Kapitel, C.III.3.

1891 *Senfileben*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 159 (171).

einträchtigung 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.
- (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.

b) Erläuterung des Formulierungsvorschlags

Die vorgeschlagene Regelung gestaltet den urheberrechtlichen Dreistufentest in eine generalklauselartige Auffangsschranke um. Die Funktion und Zielrichtung des Dreistufentests im europäischen Recht würde sich somit maßgeblich ändern. Aus der derzeitigen Schranken-Schranke der enumerierten Schrankentatbestände würde durch die vorgeschlagene Ausgestaltung eine *flexible, eigenständige (Auffang-)Schrankengeneralklausel*, die nicht lediglich der Kontrolle und Begrenzung bestehender Schrankenbestimmungen diene, sondern gerade eine erweiterte Rechtfertigungsmöglichkeit in Bezug auf neue, vom Schranken katalog nicht erfasste Formen

der Werknutzung bezweckt.¹⁸⁹² Was für das europäische Recht eine Neuerung darstellt, wäre freilich im Hinblick auf die Geschichte des Dreistufentests eher eine Rückbesinnung auf dessen ursprüngliche Funktion. Bei der Revisionskonferenz in Stockholm 1967 konnte der Dreistufentest seinen „Siegesszug“ gerade deshalb antreten, weil er von den Beteiligten als flexibler Rahmen angesehen wurde, der den nationalen Gesetzgebern ausreichende Freiräume bei der Ausgestaltung urheberrechtlicher Schrankenregelung unter Berücksichtigung nationaler Besonderheiten und sozialer, kultureller und ökonomischer Bedürfnisse gewährte.¹⁸⁹³ Der Dreistufentest sollte somit zugleich als Grundlage und Grenze der Ausgestaltung, Einführung und Auslegung urheberrechtlicher Schranken dienen.¹⁸⁹⁴ Auf diese ursprüngliche Funktion, auch neue Formen der Werknutzung zu ermöglichen,¹⁸⁹⁵ würde der Dreistufentest durch die vorgeschlagene Ausgestaltung als Auffanggeneralklausel zurückgeführt beziehungsweise erweitert.

Im hiesigen Vorschlag wird dabei in Absatz 1 *nur die zweite und dritte Stufe des Dreistufentests übernommen*. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass der ersten Teststufe – nach hier vertretener Ansicht – im europäischen Recht bereits heute keine wesentliche Bedeutung zukommt.¹⁸⁹⁶ Die in Bezug auf das Richtlinienrecht verbleibende Funktion als Richtschnur für die nationalen Gesetzgeber bei der konventionskonformen Umsetzung der Richtlinienvorgaben in nationales Recht entfielen bei der hier vorgesehenen Positionierung der Schrankenregelung in einer unmittelbar geltenden Urheberrechtsverordnung ebenfalls. Die Verkürzung des Dreistufentests auf einen *Zweistufentest* hat folglich keine Auswirkung auf dessen Anwendung. Ihr kommt vielmehr nur eine bereinigende beziehungsweise klarstellende Funktion zu.

Der Vorschlag modifiziert 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

1892 Ähnlich *Senfleben*, 57 J. Copyright Soc’y U.S.A. 521, 543 (2010).

1893 Siehe *WIPO*, Records of the IP Conference at Stockholm, S. 81; *Ricketson*, Berne Convention, S. 484 f.

1894 Vgl. oben 6. Kapitel, C.I. und 6. Kapitel, C.III.3.

1895 Näher zu dieser „enabling function“ des konventionsrechtlichen Dreistufentests, siehe *Senfleben*, 57 J. Copyright Soc’y U.S.A. 521, 544 ff. (2010).

1896 Vgl. oben 6. Kapitel, C.III.2.a)aa).

geschützt zu werden, die erhebliche negative Auswirkungen auf die eigene Werkverwertung haben. Zum anderen verdeutlicht sie, dass sich diese Teststufe nicht in einer rein empirisch auswertungsbezogenen Sicht auf die Auswirkungen der Werknutzung auf bestehende und potentielle Märkte erschöpfen kann, sondern auch bereits auf dieser Stufe notwendig in gewissem Umfang eine wertende Entscheidung über die Marktzuordnung getroffen werden muss. So berücksichtigt die Regelung – unter Betonung der berechtigten Interessen Dritter in den Absätzen 2 und 3 – 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.¹⁸⁹⁷ 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.¹⁸⁹⁸

Absatz 1 stellt zudem klar, dass der *Anwendungsbereich der Auffangsschranke stark begrenzt* ist. Zum einen ist er zur Berücksichtigung grundlegender urheberpersönlichkeitsrechtlicher Interessen auf die Nutzung öffentlicher Werke beschränkt, zum anderen kommt ein Eingreifen nur dann in Betracht, wenn keine der Schrankenregelungen des in der (fiktiven) Urheberrechtsverordnung enthaltenen Schrankenkataloges einschlägig ist. Die Regelung kann und soll somit gerade nicht als Auffangtatbestand in dem Sinne dienen, dass sämtliche Nutzungen, die zwar in den Anwendungsbereich einer konkreten Schrankenregelung fallen, nach dieser jedoch nicht zulässig sind, einer ergänzenden Einzelfallprüfung anhand des Kriterienkataloges unterzogen werden. Die im Schrankenkatalog aufgeführten Schranken gingen der Auffangsschranke vielmehr als *leges speciales* zwingend vor – ein Rückgriff auf die Auffangklausel wäre somit gesperrt, sobald der Anwendungsbereich einer anderen Schrankenregelung

1897 Siehe zu dieser Kritik an der Auslegung der zweiten Teststufe des Dreistufentests oben 6. Kapitel, C.III.2.b).

1898 Vgl. oben 6. Kapitel, C.III.2.b).

einmal eröffnet wäre.¹⁸⁹⁹ Es würde daher nicht an der Grundentscheidung des Gesetzgebers gerüttelt, bestimmte Nutzungsformen zu privilegieren und für diese Privilegierungen konkrete Bedingungen vorzuschreiben. Zugleich könnten ohne erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers solche Formen der Werknutzung ermöglicht werden, die im Schrankenverzeichnis (noch) keine Berücksichtigung gefunden haben, insbesondere weil sie zur Zeit der Gesetzgebung noch nicht bekannt waren oder berücksichtigungswert erschienen.

Die Absätze 2 und 3 des Entwurfes konkretisieren die Vorgaben des in Absatz 1 enthaltenen „Zweistufentests“ mit Hilfe eines an die *Fair Use*-Doktrin angelehnten Kataloges von Prüfungskriterien.

Absatz 2 lässt den vierten *Fair Use*-Faktor in die Regelung einfließen. Die Bestimmung stellt klar, dass bei der Beurteilung, ob eine Nutzung die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigt, insbesondere die Auswirkungen der Nutzung auf den aktuellen und potentiellen Verwertungsmarkt und auf den Wert des urheberrechtlich geschützten Werkes zu berücksichtigen sind. Die Formulierung „insbesondere“ verdeutlicht dabei, dass die genannten Kriterien keinesfalls abschließend sind, sondern auch weitere Auswirkungen auf die normale Nutzung des Werkes Beachtung finden können. Durch die offene Formulierung, die allein auf „Auswirkungen“ abstellt und nicht etwa auf „Nachteile“ oder einen „Schaden“, und durch die ausdrückliche Erwähnung der berechtigten Interessen Dritter ist zudem die – auch im Rahmen der *Fair Use*-Prüfung anerkannte¹⁹⁰⁰ – Möglichkeit eröffnet, auch *positive Effekte* auf den Markt zu berücksichtigen und gegebenenfalls als Indiz zugunsten der Zulässigkeit einer Nutzung zu werten.

Absatz 3 des Entwurfes stellt zum einen in Anlehnung an Artikel 30 TRIPS klar, dass auch die *berechtigten Interessen Dritter* zu berücksichtigen sind, zum anderen, dass eine *Abwägung der beteiligten Interessen* vorzunehmen ist. Zur Erleichterung und Strukturierung der Prüfung werden in Anlehnung an die Faktoren eins bis drei der *Fair Use*-Prüfung (nicht abschließende) Kriterien für die Beurteilung der Interessenbeein-

1899 So generell in Bezug auf Auffangklauseln bzw. in Bezug auf anders ausgestaltete Auffangsschranken auch Hansen, Warum Urheberrecht, S. 410; Poepfel, Neuordnung, S. 503; Schack, in: FS Schrickler II, S. 511 (513); wohl auch Förster, Fair Use, S. 221 f.

1900 Vgl. Leval, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1124 (Fn. 85) (1990); ders., 44 UCLA L. Rev. 1449, 1459 (1997); Patry, Fair Use (2009), § 6:11 sowie oben 2. Kapitel, C.I.2.c).

trächtigung aufgestellt. Die Nummern 1 bis 3 entsprechen insoweit dem zuvor dargestellten Entwurf einer alleinigen Schrankengeneralklausel.¹⁹⁰¹ Der Verwirklichung vieler der in Absatz 3 Satz 2 Nr. 1 genannten Nutzungszwecke dienen bereits konkrete Schrankentatbestände des Schrankenataloges. Sie sind hier dennoch aufgeführt, da durchaus neue, heute noch nicht bekannte Formen der Werknutzung vorstellbar sind, die keiner Schrankenregelung unterfallen und dennoch einem der genannten Nutzungszwecke dienen. Zudem verdeutlicht die Aufzählung, welche Zwecke der Werknutzung generell privilegierungswürdig erscheinen. Ergänzend zu den aus der *Fair Use*-Prüfung bekannten Kriterien stellt Absatz 3 Satz 2 Nr. 4 ausdrücklich klar, dass insbesondere die Zahlung eines gerechten Ausgleichs geeignet sein kann, eine ungebührliche Beeinträchtigung auf ein „gebührliches“, das heißt hinnehmbares, Maß zu reduzieren. Dies ist für den Dreistufentest allgemein anerkannt, auch wenn es sich dem Wortlaut der dritten Stufe nicht unmittelbar entnehmen lässt.¹⁹⁰²

Absatz 4 ergänzt die Vorschrift schließlich um eine Rechtsfolgenregelung,¹⁹⁰³ die klarstellt, dass der Rechteinhaber die Nutzung seines Werkes im Regelfall nur gegen Zahlung eines gerechten (Geld-)Ausgleichs hinnehmen muss. 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.

c) Opportunität der vorgeschlagenen Schrankenbestimmung

Die dargestellte Ausgestaltung einer Auffanggeneralklausel nach dem Vorbild des urheberrechtlichen Dreistufentests und die Ergänzung um an die US-amerikanische *Fair Use*-Schranke angelehnte Kriterien, vermag gleich mehrere Vorteile zu vereinen: Durch die Anlehnung an den bereits im europäischen Recht enthaltenen Dreistufentest erscheint die Schrankenbestimmung nicht als Fremdkörper. Sie bietet zugleich hinreichende Flexibilität, um einer neuen Nutzungsrealität gerecht zu werden und die

1901 Siehe zur Erläuterung des insoweit gleichlautenden Entwurfs oben 7. Kapitel, A.I.1.

1902 Siehe oben 6. Kapitel, C.III.2.c)cc).

1903 Siehe zur näheren Erläuterung oben 7. Kapitel, A.I.1. zum insoweit gleichlautenden Absatz 3 des Entwurfes einer alleinigen Schrankengeneralklausel.

urheberrechtliche Zulässigkeit neuartiger Formen der Werknutzung zu beurteilen. Die Prüfung solcher Sachverhalte erfolgt jedoch nicht „freischwebend“, sondern anhand nachvollziehbarer Kriterien, die das erforderliche 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. Derart durch die Rechtsprechung etablierte Fallgruppen könnten zudem durch den Gesetzgeber zur Steigerung der „Nutzerfreundlichkeit“ und Rechtssicherheit durch die Aufnahme in den Schranken katalog gesetzlich festgeschrieben werden.¹⁹⁰⁴

Anders als bei der vollständigen Ersetzung des Schranken kataloges durch eine einzige Schrankengeneralklausel, werden jedoch bekannte Formen der Werknutzung, für deren Zulässigkeit bereits Kriterien in einer Schrankenbestimmung explizit ausdifferenziert sind, nicht der Unsicherheit einer Einzelfallprüfung anhand einer alleinigen Generalklausel preisgegeben. So kann nicht nur Unsicherheit hinsichtlich etablierter Nutzungsformen vermieden werden, sondern gar die Rechtssicherheit erhöht werden. Durch die Reduzierung der Anwendung der einzelnen Schrankentatbestände auf die vom Gesetzgeber tatsächlich vorgesehenen Sachverhalte und die Ergänzung des Schranken kataloges um eine Auffanggeneralklausel werden methodische „Verbiegungen“ und richterliche „Kunstgriffe“, wie sie derzeit im Umgang mit neuen Nutzungsformen zu beobachten sind, überflüssig. So kann der Katalog von Schrankenbestimmungen seine eigentliche Stärke zurückgewinnen – es wird für den Rechtsanwender wieder besser zu erkennen, welche Nutzungshandlungen unter welchen Voraussetzungen im Rahmen der Schrankenregelungen zulässig sind. Zugleich würde die Frage, ob für die Nutzung eine Vergütung zu zahlen ist – anders als bei einer alleinigen Generalklausel –, nicht in jedem Einzelfall zum Gegenstand der Prüfung, da es für die festgeschriebenen Schrankentatbestände bei einer gesetzlichen Bestimmung der Vergütungspflicht bliebe. Bei Nutzungshandlungen, die keiner Schrankenbestimmung unterfallen, ist es hingegen nicht mehr erforderlich, „krampfhaft“ zu überlegen, von welchem Schrankentatbestand diese sich möglicherweise im Wege der erweiternden Auslegung oder Analogie erfassen ließen. Vielmehr ist für den Rechtsanwender ersichtlich, dass sich diese Nutzungen allein am

1904 Ähnlich Metzger, in: Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 101 (121 f.).

Maßstab der Schrankengeneralklausel messen lassen müssen, deren grundlegende Kriterien sich ebenfalls aus dem Gesetz ergeben, so dass in aller Regel jedenfalls eine Abschätzung der Zulässigkeit möglich sein wird.

Es handelt sich somit bei der vorgeschlagenen Regelung nicht um eine umfassende „Megaschranke“,¹⁹⁰⁵ sondern vielmehr um eine vorsichtige und zugleich zukunfts offene Flexibilisierung der Schrankenbestimmungen, die durch die Verbindung eines Schranken kataloges mit einem Auffangtatbestand auf Grundlage des Dreistufentests mit *Fair Use*-Kriterien ein – in Anbetracht der notwendigen Offenheit – größtmögliches Maß an Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit gewährleistet. Gerade in dem Nebeneinander eines Schranken kataloges und der nur subsidiär anwendbaren Schrankengeneralklausel liegt dabei die Stärke dieser Rechtssetzungsvariante, da das „Wechselspiel“ zwischen Einzeltatbeständen und Schrankengeneralklausel die „Nutzerfreundlichkeit“, Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit der urheberrechtlichen Schranken steigert.

Die explizit im Gesetz aufgeführten Schrankentatbestände werden gewissermaßen „entschlackt“, da ihr Anwendungsbereich auf das vom Gesetzgeber vorgesehene Maß reduziert wird. Finden die Schrankenbestimmungen nur auf vom Wortlaut (offensichtlich) erfasste Nutzungshandlungen Anwendung, so vermögen diese Regelungen tatsächlich die Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit zu gewährleisten, die regelmäßig als wesentlicher Vorteil eines enumerativen Schranken kataloges angeführt werden.

Die gegebenenfalls durch die Schrankengeneralklausel erzeugte Unsicherheit wird durch die Ergänzung um einen Kriterienkatalog und die nur nachrangige Anwendung hingegen erheblich reduziert. Die Generalklausel findet schließlich gerade nur in solchen Fällen Anwendung, in denen sich die fragliche Nutzung nicht von einer konkreten Schrankenregelung erfassen lässt. Gäbe es keine Auffanggeneralklausel, so bewegte man sich bei diesen Nutzungen folglich ohnehin stets in dem Bereich, in dem sich eine Rechtfertigung allenfalls im Wege der erweiternden Auslegung oder Analogie oder unter Rückgriff auf „urheberrechtsexterne“ Lösungen begründen ließe. Dass derartige Entscheidungen jedoch von weitgehender Unvorhersehbarkeit und dadurch begründeter erheblicher Rechtsunsicherheit geprägt sind, hat die Untersuchung der *Thumbnail*-Nutzung und der *Google*

1905 *Hoeren*, MMR 2000, 3 (5); *ders.*, in: FS Sandrock, S. 357 (370 f.).

Buchsuche gezeigt. Diese Probleme entschärft die Auffanggeneralklausel erheblich, denn gerade für die nicht vom Schranken katalog erfassten Konstellationen gibt sie der Prüfung durch einen Kriterienkatalog zusätzliche Leitlinien und erhöht somit die Vorhersehbarkeit für Rechteinhaber und Nutzer gleichermaßen.

Die Stärke des Auffangtatbestandes liegt folglich in einem Doppelten: Gerade für die Fälle, in denen die Zulässigkeit einer neuen, zuvor unbekannt Form der Werknutzung in Frage steht, schafft sie die Flexibilität, die die starren – in diesen Fällen unanwendbaren – Einzelatbestände nicht bieten können. Durch die klaren Prüfungskriterien in Anlehnung an die *Fair Use*-Schranke ist die Prüfung dabei selbst bei völlig neuen Nutzungsformen klar strukturiert und somit nachvollziehbar. Nicht die oftmals propagierte Rechtsunsicherheit, sondern *ein Mehr an Rechtssicherheit* ist deshalb bei richtiger Ausgestaltung die Folge der Einführung einer Schrankengeneralklausel als Auffangtatbestand.

III. Zusammenfassung und Bewertung

Gegen die Einführung einer *alleinigen Schrankengeneralklausel* im europäischen Recht bestehen – wie gezeigt – sowohl im Rahmen des Richtlinienrechts als auch in einer europäischen Urheberrechtsverordnung erhebliche Bedenken. Diese Maßnahmen könnten zwar erhebliche Flexibilität im Bereich der urheberrechtlichen Schranken erzeugen, sie gingen jedoch zu Lasten der Rechtssicherheit und im Falle der Änderung des Richtlinienrechts zusätzlich zu Lasten einer weiteren Disharmonisierung des europäischen Urheberrechts. Die dargestellten Formen der Flexibilisierung erscheinen somit nicht wünschenswert.

Erstrebenswert erscheint hingegen eine Änderung des europäischen Rechts, in deren Rahmen einem Katalog urheberrechtlicher Schranken ergänzend eine *Generalklausel als Auffangtatbestand* zur Seite gestellt wird. Um ein möglichst großes Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten, sollte eine solche Auffanggeneralklausel jedoch nicht eine völlig „freischwebende“ Abwägung erfordern, sondern – etwa dem Vorbild des US-amerikanischen *Fair Use* folgend – anhand nachvollziehbarer Prüfungskriterien eine gewisse Vorhersehbarkeit ermöglichen. Zugleich erscheint es wenig wünschenswert, eine solche Generalklausel neben dem urheberrechtlichen Dreistufentest einzuführen. Die gesetzgeberische Entscheidung für die ausdrückliche Aufnahme des Dreistufentests in das europäische Urheber-

recht sollte zugleich respektiert werden. Es bietet sich daher – wie dargestellt – eine Lösung an, die das „Beste beider Welten“ vereint: Eine Auf-fanggeneralklausel nach dem Vorbild des (auf zwei Stufen reduzierten) Dreistufentests, die um *Fair Use*-artige Prüfungskriterien ergänzt ist.

Denkbar ist auch eine solche Flexibilisierung sowohl durch Änderung des Richtlinienrechts als auch im Rahmen einer europäischen Urheberrechtsverordnung. Überzeugend erscheint sie letztlich jedoch nur innerhalb einer Urheberrechtsverordnung. Durch die Schaffung eines gemäß Artikel 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar in sämtlichen Mitgliedstaaten geltenden, einheitlichen europäischen Urheberrechts wäre in Bezug auf die Urheberrechtsschranken sichergestellt, dass tatsächlich europaweit ein einheitlicher „Schranken-Standard“ mit demselben Maß an Flexibilität gelten würde. Im Falle einer entsprechenden Änderung des Richtlinienrechts bliebe die konkrete Umsetzung der Richtlinienvorgaben hingegen den nationalen Gesetzgebern der Mitgliedstaaten überlassen, so dass durch unterschiedliche Formen der nationalen Umsetzung eine weitere Disharmonisierung im europäischen Urheberrecht drohte.

Auch wenn eine Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken auf europäischer Ebene nicht nur denkbar, sondern – bei richtiger Ausgestaltung – auch erstrebenswert erscheint, ist stets zu bedenken, dass alle vorgenannten Regelungsoptionen eine ganz erhebliche Schwäche teilen: Ihre Umsetzung setzt die Änderung europäischen Richtlinienrechts beziehungsweise eine grundlegende Neuorientierung und -ordnung des europäischen Urheberrechts voraus. Weder das Eine noch das Andere erscheint derzeit realistisch.

Im Bereich des Richtlinienrechts sind in näherer Zukunft allenfalls geringfügige Veränderungen zu erwarten, wie sie sich insbesondere aus der teilweisen „Überlagerung“ der InfoSoc-Richtlinie durch neue bereichsspezifische Regelungen, etwa zur Lösung des Orphan Works-Problems ergeben könnten.¹⁹⁰⁶ Eine Neufassung der InfoSoc-Richtlinie selbst erscheint derzeit hingegen äußerst unwahrscheinlich.¹⁹⁰⁷ Bis zu einer – wünschenswerten und zugleich auf längere Sicht zur Erreichung eines funktionierenden Binnenmarktes unumgänglichen – echten Harmonisierung des Urheberrechts durch eine europäische Urheberrechtsverordnung, für die nun mit Art. 118 Abs. 1 AEUV auch eine ausdrückliche Ermächtigungsgrund-

1906 Siehe *Hilty*, JIPITEC 2010, 83 (85); *Leistner*, IIC 2011, 417 (440).

1907 So auch *Griffiths*, JIPITEC 2010, 87 (89); *Hilty*, JIPITEC 2010, 83 (85).

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.