

von Urheber- und Nutzerinteressen bietet die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin. Nach dieser offenen Generalklausel muss der Urheberrechtseinhaber stets dann Einschränkungen seiner umfassenden Rechte hinnehmen, wenn eine „faire“ Benutzung vorliegt.¹⁴⁰

Da nur die US-amerikanische *Fair Use*-Doktrin eine „echte“ Generalklausel – und damit einen direkten Gegensatz zum kontinentaleuropäischen Modell des enumerativen Schranken kataloges – darstellt, bietet sie deutlich größere Flexibilität als das britische Modell.¹⁴¹ Deshalb soll in dieser Arbeit lediglich das Konzept des *Fair Use* einer genaueren Begutachtung unterzogen werden.

B. Das Schrankensystem des deutschen Urheberrechts

Wie bereits dargestellt, muss der Urheber im Interesse der Allgemeinheit gewisse Einschränkungen seiner Ausschließlichkeitsrechte hinnehmen. Erst eine Gesamtschau des Inhaltes des Urheberrechts und seiner Schranken lässt daher das Ausmaß der dem Urheber vorbehaltenen Nutzung seines Werkes erkennen.¹⁴² Die wohl einschneidendste und zugleich auch eindeutigste Schranke des Urheberrechts im System des Urheberrechtsgesetzes ist dessen zeitliche Begrenzung, da mit dem Ablauf der gesetzlichen Schutzdauer grundsätzlich der Schutz des Urheberrechts endet. Die Einschränkungen zugunsten der Allgemeinheit durch die gesetzliche Festlegung einer zeitlich beschränkten Schutzfrist sind jedoch an anderer Stelle ausführlich beschrieben worden¹⁴³ und sollen daher im Rahmen dieser

fung, vgl. *Bently/Sherman*, Intellectual Property, S. 192 ff.; *Cornish/Llewelyn*, Intellectual Property, S. 473 ff., jeweils m.w.N.

140 Ausführlich zur *Fair Use*-Doktrin siehe unten 2. Kapitel, C.I.

141 Zur fehlenden Flexibilität der britischen *Fair Dealing Defence* in Bezug auf die Rechtfertigung der für diese Arbeit besonders interessierenden neuen Geschäftsmodelle, die zu neuen Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke führen, vgl. *Stokes*, Digital Copyright, S. 143 f.; *ders.*, EIPR 2000, 22(12), 599, 602 (Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche kein *Fair Dealing*) und *Ganley*, 10 No. 5 J. Internet L. 1, 14 ff. (2006) (keine Rechtfertigung der Verwendung fremder Werke im Rahmen der *Google* Buchsuche als *Fair Dealing*).

142 Vgl. *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511.

143 Siehe ausführlich zur Behandlung des urheberrechtlichen Werkes nach Ablauf der Schutzfrist statt vieler *Beier*, Die urheberrechtliche Schutzfrist; *Seidel*, Die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts; *Stang*, Das urheberrechtliche Werk.

Untersuchung nicht näher betrachtet werden. Einer genaueren Betrachtung bedürfen hingegen die inhaltlichen Schranken, die dem Urheberrecht während seiner Geltungsdauer gesetzt sind (sogleich I.). Das Urheberrechtsgesetz enthält eine Vielzahl inhaltlicher Schrankenregelungen, die im Wesentlichen in Form enumerativer Kataloge von Einzelausnahmen gestaltet sind. Zudem wird das Urheberrecht durch Schranken außerhalb des Urheberrechtsgesetzes eingeschränkt (unten II.).

I. Inhaltliche Schranken des Urheberrechts im Urheberrechtsgesetz

Während seiner Geltung ist das Urheberrecht einer Reihe von inhaltlichen Schranken unterworfen. Im Kontrast zu den weit gefassten und flexiblen Regelungen über die Entstehung und den Inhalt des Urheberrechts hat der deutsche Gesetzgeber die inhaltlichen Schranken des Urheberrechts als einen detailreichen, enumerativen Katalog ausgestaltet, der den „Interessen der Gemeinschaft“ beziehungsweise „berechtigten Interessen der Allgemeinheit“ dienen soll.¹⁴⁴ Zur Erreichung eines angemessenen Interessenausgleichs heben die Schrankenregelungen des Urheberrechtsgesetzes das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers durch unterschiedlich intensive Eingriffe punktuell auf (siehe sogleich 1.). Die Schrankenregelungen des Sechsten Abschnittes des Urheberrechtsgesetzes (§§ 44a ff. UrhG) und die in weiteren Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes enthaltenen Schranken¹⁴⁵ beziehen sich dabei nahezu ausschließlich auf die Verwertungsbe-fugnisse des Urhebers. Das Urheberpersönlichkeitsrecht bleibt hingegen grundsätzlich unangetastet.¹⁴⁶ Aus dem dogmatischen Verständnis der Schrankenregelungen als Ausnahmevorschriften zu dem in § 15 UrhG manifestierten umfassenden Urheberrecht oder aber als Rechtstechniken zur Bestimmung des Inhaltes und der Grenzen der Rechte der Nutzer¹⁴⁷ ergeben sich Folgen für die seit langem umstrittene Frage nach ihrer Auslegung, die wiederum erhebliche Auswirkungen auf die Anpassungsfähig-

144 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. IV/270, S. 30. Eine Kategorisierung dieser „Interessen der Allgemeinheit“ findet sich bei Schricker/Loewenheim/Melichar, §§ 44a ff. Rn. 4.

145 Weitere Schrankenregelungen finden sich in §§ 69d und e UrhG für Computerprogramme und in § 87c UrhG für Datenbanken.

146 Vgl. Schricker/Loewenheim/Melichar, Vor §§ 44a ff. Rn. 14.

147 Siehe unten 2. Kapitel, B.I.2.a).

keit des deutschen Urheberrechts gerade in Bezug auf neue Nutzungsarten haben (sodann unten 2.). Schließlich enthält das Urheberrechtsgesetz weitere Regelungen, die die Ausschließlichkeitsrechte der Urheber beschränken und wesentliche Charakteristika einer Schrankenbestimmung aufweisen, die jedoch nicht als „klassische“ Schrankenbestimmungen im Rahmen des Schrankenataloges der §§ 44a ff. UrhG geregelt sind (dazu unten 3.).

1. Unterschiedliche Intensität der Eingriffe

Die Schrankenregelungen des Urheberrechtsgesetzes folgen hinsichtlich der Intensität des Eingriffs einem abgestuften System. Die Eingriffe lassen sich nach ihrer Intensität in verschiedene Gruppen einteilen,¹⁴⁸ wobei bei einem schwerer wiegenden Interesse, mit dem die Ausnahme vom Urheberrechtsschutz gerechtfertigt wird, auch der gestattete Eingriff umso größer ist.¹⁴⁹

a) Freistellung

Den weitestgehenden Eingriff stellen diejenigen Tatbestände dar, die eine ersatzlose Aufhebung der betroffenen Befugnisse des Urhebers vorsehen. In diesen Fällen wird – zumeist unter engen Voraussetzungen – die zustimmungs- und vergütungsfreie Nutzung des Werkes gestattet. Eine solche Freistellung kommt nur in Betracht, wenn das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers unangemessen und unpraktisch wäre und darüber hinaus das Interesse des Urhebers, möglichst an jeder Verwertung seines

148 Dabei wird insbesondere aufgrund einer unterschiedlichen dogmatischen Einordnung der Zwangslizenz z.T. eine sehr unterschiedliche Kategorisierung vorgenommen. Während z.B. *Hilty*, GRUR 2005, 819 (821) und *Seydel*, Zitierfreiheit, S. 10 f., von einer Aufteilung in drei Kategorien ausgehen, nehmen beispielsweise *Schricker/Loewenheim/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rn. 6, *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rn. 11 ff., *HK-UrhR/Dreyer*, Vor §§ 44a ff. Rn. 32 ff. und *Poepfel*, Neuordnung, S. 35 f. eine Vierteilung vor. *Loewenheim/Götting*, § 30 Rn. 15 ff. unterteilt die Eingriffe gar in fünf Kategorien, da er die Regelung zu amtlichen Werken in § 5 UrhG als „gravierendsten Eingriff“ ansieht.

149 Vgl. *Loewenheim/Götting*, § 30 Rn. 14.

Werkes zu partizipieren,¹⁵⁰ ausnahmsweise hinter schützenswerte Belange der Allgemeinheit zurücktreten muss.¹⁵¹ Derartige Einschränkungen enthalten beispielsweise § 44a UrhG für die vorübergehende Vervielfältigung, die Regelung zur Berichterstattung über Tagesereignisse in § 50 UrhG und das Zitatrecht des § 51 UrhG.

b) Gesetzliche Lizenz

Eine weniger scharfe Form der Begrenzung des Urheberrechts stellt die beispielsweise in § 46 UrhG (Sammlungen für den Kirchen-, Schul- oder Unterrichtsgebrauch) und § 47 UrhG (Schulfunksendungen) vorgesehene sog. gesetzliche Lizenz¹⁵² dar. Hier ist die Nutzung des Werkes zwar ebenfalls nicht von der Zustimmung des Berechtigten abhängig, jedoch ist kraft Gesetzes eine „angemessene“ Vergütung zu bezahlen. Das Gesetz knüpft also an die bloße Vornahme einer Nutzungshandlung des Werkes als Rechtsfolge einen Vergütungsanspruch.¹⁵³ Derartige Schrankenregelungen kommen regelmäßig dort zur Anwendung, wo aufgrund der unüberschaubaren Zahl der betroffenen Rechteinhaber und/oder Nutzer beziehungsweise der Massenhaftigkeit urheberrechtsrelevanter Vorgänge eine Kontrolle gar nicht oder jedenfalls nicht mit vertretbarem Aufwand möglich ist und Einzelverhandlungen daher zu umständlich wären.¹⁵⁴ In diesen Fällen stellt die gesetzliche Lizenz einen Ausgleich zwischen solchen Allgemeinwohlinteressen her, die zwar eine Aufhebung der Untersungsbefugnis des Berechtigten legitimieren können, jedoch nicht die ersatzlose Aufhebung seiner Ausschließlichkeitsbefugnisse und somit eine völlige Versagung der wirtschaftlichen Beteiligung.¹⁵⁵

Eine gesetzliche Lizenz sieht das Urheberrechtsgesetz auch für die wichtige – und kontrovers diskutierte – Schranke der Vervielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäß § 53 UrhG vor.¹⁵⁶

150 Zum sog. Beteiligungsgrundsatz siehe sogleich unten 2. Kapitel, B.I.2.c), d).

151 *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rn. 15.

152 Der Begriff „gesetzliche Lizenz“ hat sich eingebürgert, ist jedoch wenig glücklich, da der Nutzer eine echte (übertragbare) Lizenz nicht erwirbt, vgl. *Berger*, in *Berger/Wündisch*, *Urhebervertragsrecht*, § 1 Rn. 42.

153 Vgl. *Schricker/Loewenheim/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rn. 23.

154 Siehe *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rn. 14.

155 Vgl. *Begr. RegE*, BT-Drs. IV/270, S. 30.

156 Vgl. *Dreier/Schulze*, § 53 Rn. 1, § 54 Rn. 1 m.w.N.

Auch hier lässt der Gesetzgeber die Werknutzung in gewissen Grenzen zustimmungsfrei zu, verknüpft die zustimmungsfreie Nutzung allerdings mit der Pflicht zur Zahlung einer „angemessenen Vergütung“ gemäß § 54 Abs. 1 UrhG beziehungsweise eines „gerechten Ausgleichs“.¹⁵⁷ Es besteht jedoch die Besonderheit, dass der Vergütungsanspruch gemäß §§ 54 ff. UrhG nicht gegenüber den einzelnen Nutzern besteht, die die Vervielfältigungen zum privaten oder zum sonstigen eigenen Gebrauch vornehmen. Die Vergütung wird vielmehr von den Herstellern beziehungsweise Händlern und Importeuren solcher Geräte und Speichermedien geschuldet, die allein oder in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vervielfältigung geschützter Werke benutzt werden (§§ 54-54b UrhG), sowie in bestimmten Fällen auch von denjenigen, die Vervielfältigungsgeräte betreiben (§ 54c UrhG).¹⁵⁸ Im Rahmen des „zweiten Korbes“ der Urheberrechtsreform wurde dabei das zuvor bestehende System einer Pauschalvergütung nach Maßgabe der Bestimmung eines Geräts zur Vervielfältigung durch eine Vergütungspflicht ersetzt, die gemäß § 54a UrhG an das urheberrechtsrelevante Maß der *tatsächlichen* Nutzung des Gerätetyps oder des Speichermediums zu Vervielfältigungszwecken anknüpft.¹⁵⁹ Anders als im Falle der Schranken der §§ 46, 47 UrhG wird die Höhe der Vergütung jedoch nicht durch die individuellen Rechteinhaber ausgehandelt, sondern zwischen den Verwertungsgesellschaften und den im Sinne von § 12 WahrnG gesamtvertragsfähigen Industrieverbänden wie etwa

157 Siehe näher zur Auslegung des Merkmals des „gerechten Ausgleichs“ im Sinne des Art. 5 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2001/29/EG durch den EuGH in der *Padawan*-Entscheidung (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]*) und nachfolgenden Judikaten unten S. 328 ff.

158 Zur Zulässigkeit dieser Verlagerung der Vergütungspflicht auf die Hersteller und Importeure zur Gewährleistung einer effektiven Erhebung des gerechten Ausgleichs siehe EuGH, Urt. v. 16.6.2011, C-462/09, Rn. 34, 37, ABl. EU 2011, C 232/07 = GRUR 2011, 909 (911) – *Stichting de Thuiskopie*./ *Opus Supplies Deutschland GmbH*; dazu näher unten S. 329 f.

159 Vgl. Wandtke/Bullinger/Lüft, § 54a Rn. 2 m.w.N. Nach der Rspr. des EuGH muss der Ausgangspunkt der Bestimmung der urheberrechtlichen Abgaben dabei der den Rechteinhaber durch die Privatkopierfreiheiten entstehende „Schaden“ sein, vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2010, C-467/08, Rn. 42, 50 – *Padawan*./ *SGAE*; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 16.6.2011, C-462/09, Rn. 24 – *Stichting de Thuiskopie*./ *Opus Supplies Deutschland GmbH*; siehe dazu auch unten S. 287 und 328.

BITKOM und ZITCo.¹⁶⁰ Nur die Verwertungsgesellschaften sind nach § 54h UrhG zur Geltendmachung des Vergütungsanspruchs für die Vielfältigung zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch berechtigt. Unmittelbar und originär Berechtigte des Anspruchs auf gerechten Ausgleich aufgrund der Privatkopieausnahme bleiben jedoch – wie der EuGH zuletzt ausdrücklich betont hat¹⁶¹ – die Urheber beziehungsweise Rechteinhaber. Durch die konkrete Ausgestaltung der anschließenden Verteilung der Einnahmen muss daher sichergestellt werden, dass der von den Verwertungsgesellschaften erhobene gerechte Ausgleich den Rechteinhabern tatsächlich zufließt.

c) Zwangslizenz

Des Weiteren kann das Ausschließlichkeitsrecht durch die Gewährung einer Zwangslizenz begrenzt werden. Die Zwangslizenz ist dogmatisch zwar keine Schranke des Urheberrechts, die in seinen Inhalt eingreift, sondern lediglich eine Regelung seiner Ausübung,¹⁶² soll der Vollständigkeit halber dennoch hier genannt werden. Entgegen der gesetzlichen Lizenz ist bei der Zwangslizenz die Nutzung nicht erlaubnisfrei; die Nutzungshandlung darf erst nach Abschluss eines entsprechenden Lizenzvertrages erfolgen. Die Zwangslizenz verpflichtet jedoch den Urheberrechtsinhaber zum Abschluss eines Nutzungsvertrages, unterwirft ihn also einem gerichtlich

160 Die Geeignetheit dieser sog. Verhandlungslösung gemäß §§ 54 ff. UrhG i.V.m. §§ 12 ff. WahrnG, von der sich der Gesetzgeber eine „weitgehende Selbstregulierung“ durch ein „partnerschaftliche[s] Zusammenwirken der Beteiligten“ erhofft hatte (siehe Begr. RegE, BT-Drs. 16/1828, S. 16, 34), ist – zu Recht – vielfach bezweifelt worden; vgl. etwa kritisch *Dreier/Schulze*, § 54a Rn. 1, § 13a UrhWG Rn. 1 ff.; *Melichar*, ZUM 2005, 119 f.; *Verweyen*, GRUR 2012, 875 (876 f.); *Wandtke/Bullinger/Gerlach*, § 13a WahrnG Rn. 1 ff. Tatsächlich ist auch mehr als vier Jahre nach der Gesetzesänderung und trotz zahlreicher Verhandlungen und Klagen in mehreren Bereichen – etwa hinsichtlich der praktisch äußerst bedeutsamen Abgabepflicht für PCs – keine Einigung oder verbindliche Entscheidung zwischen den Verhandlungsparteien erreicht worden.

161 Siehe 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*; dazu *Obergfell*, GRUR 2012, 494 (496).

162 Vgl. Amtl. Begr. zu § 42a UrhG, in: UFITA 2004, 216 f.; *Schricker/Loewenheim/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rn. 6, 29; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 434.

durchsetzbaren Kontrahierungszwang.¹⁶³ Sie nimmt ihm also „nur“ die Abschlussfreiheit, nicht jedoch das Verbotsrecht.¹⁶⁴ Im Urheberrecht wurde eine Zwangslizenz erstmalig mit der Novelle vom 22.5.1910 in §§ 22 bis 22 c LUG „zum Zwecke der mechanischen Wiedergabe“ eingeführt.¹⁶⁵ Regelungen zu Zwangslizenzen enthält das Urheberrechtsgesetz heute in § 42a UrhG zugunsten von Tonträgerherstellern, zugunsten von Verlegern privater Normwerke in § 5 Abs. 3 S. 2 UrhG und in § 87 Abs. 5 UrhG für die Sendeunternehmen betreffend Kabelweitersendungen.

d) Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit

Schließlich besteht die Möglichkeit, das Verwertungsrecht des Urhebers einzuschränken, indem man die Ausübung eines ausschließlichen Nutzungsrechtes verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet, d.h. es der individuellen Wahrnehmung durch den Urheber entzieht. Die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit stellt ebenso wie die Zwangslizenz keine Schrankenregelung, sondern lediglich eine Ausübungsbestimmung im Sinne des Art. 11^{bis} Abs. 2 RBÜ dar.¹⁶⁶ Die individuelle Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse wird in diesem Fall zwingend durch deren Wahrnehmung durch eine Verwertungsgesellschaft ersetzt.¹⁶⁷ Das deutsche Urheberrechtsgesetz hat von dieser Möglichkeit in § 20b Abs. 1 UrhG beim Kabelweitersendungsrecht und seiner Vergütung Gebrauch gemacht. Ziel der zwingenden kollektiven Wahrnehmung ist es, das Ausschließlichkeitsrecht als solches zwar aufrecht zu erhalten, sog. Außenseiter jedoch von einer individuellen Geltendmachung des Verbotsrechts auszuschließen.¹⁶⁸ Zudem kann die Wahrnehmung durch eine Verwertungsgesellschaft auch für Vergütungsansprüche aus einer gesetzlichen Lizenz vorgesehen werden.¹⁶⁹

163 Vgl. HK-UrhR/*Dreyer*, Vor §§ 44a ff. Rn. 34; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 603.

164 *Schack*, Urheberrecht, Rn. 481.

165 Vgl. RGBL. 1910, 793.

166 Vgl. Amtl. Begr. zu § 42a UrhG, abgedruckt in: UFITA 2004, 217; Loewenheim/*Goetting*, § 30 Rn. 19.

167 Vgl. *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 434.

168 Vgl. *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rn. 13.

169 So sind etwa die Vergütungsansprüche in § 52a und § 53 i.V.m. §§ 54, 54a UrhG verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet; siehe dazu bereits oben S. 30 f.

2. Die Auslegung und Analogiefähigkeit urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen

Die Schrankenregelungen der §§ 44a ff. UrhG spiegeln nach wie vor im Wesentlichen den Interessenausgleich wider, den der Gesetzgeber bei Verabschiedung des Urheberrechtsgesetzes im Jahre 1965 und den nachfolgenden Novellierungen auf der Grundlage der zum jeweiligen Zeitpunkt bekannten Technologien für angemessen hielt.¹⁷⁰ Die Antwort auf die Frage, ob und inwieweit die bestehenden Schrankenbestimmungen im Wege einer erweiternden Auslegung oder der Analogie an die Bedingungen der sich – insbesondere durch digitale und vernetzte Vervielfältigungs- und Kommunikationstechnologien – stetig wandelnden technologischen Rahmenbedingungen angewandt werden können, ist daher von zentraler Bedeutung für ein anpassungsfähiges und somit zukunftstaugliches Urheberrecht. Während in Teilen der Rechtsprechung und auch des Schrifttums geradezu gebetsmühlenartig wiederholt wird, bei den Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes handele es sich um Ausnahmebestimmungen, die grundsätzlich eng auszulegen und einer analogen Anwendung nicht zugänglich seien, ist diese Auffassung bei genauerer Betrachtung durchaus fragwürdig und hat daher zu Recht in letzter Zeit zunehmend Kritik erfahren. Obwohl (insbesondere im Rahmen von Kritik an diesen traditionellen Annahmen) schon einiges zu diesem Thema geschrieben wurde, soll es dennoch hier aufgegriffen werden, da die Frage der Auslegungs- und Analogiefähigkeit der Schrankenbestimmungen gerade für die Erfassung neuer Nutzungsformen von erheblicher oder gar entscheidender Bedeutung ist. Zudem erscheint die gelegentlich vorzufindende Aussage, das Postulat der engen Auslegung und Analogiefeindlichkeit von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen dürfe als überkommen gelten,¹⁷¹ bei einem Blick in die aktuelle (Kommentar-)Literatur und angesichts neuerer Rechtsprechung – insbesondere der (in der Folge in Bezug auf die Aussagen zur Schrankenauslegung wieder etwas relativierten) *Infopaq*-Entscheidung des EuGH¹⁷² – sowie auch im Hinblick auf die Entwicklung in ande-

170 Vgl. Dreier/Schulze, Vor §§ 44a ff. Rn. 7.

171 Hilty, GRUR 2005, 819 (823) spricht davon, dass das „Ammenmärchen der engen Auslegung [...] mittlerweile als entlarvt angesehen werden“ dürfte.

172 EuGH, Ur. v. 16.7.2009, C-5/08, Slg. 2009, I-6569 = GRUR 2009, 1041 – *Infopaq International A/S./. Danske Dagblades Forening*. Zur *Infopaq*-Entscheidung sowie zu deren späterer Relativierung in der *Football Association Premier Lea-*

ren kontinentaleuropäischen Ländern¹⁷³ als zu optimistisch. Auch die Diskussion um die (zutreffende) Interpretation des in der InfoSoc-Richtlinie enthaltenen Dreistufentests¹⁷⁴ verleiht der Frage nach der Auslegung von Schrankenbestimmungen neue Brisanz.

a) Rechtsnatur der urheberrechtlichen Schranken

Der Frage nach der Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts ist erstaunlicherweise lange Zeit in der Literatur verhältnismäßig wenig Aufmerksamkeit gewidmet worden.¹⁷⁵ In jüngerer Zeit ist diese Frage jedoch stärker in den Fokus der urheberrechtlichen Diskussion gerückt, da ihre Beantwortung nicht allein von theoretischem Interesse ist, sondern – ganz im Gegenteil – auch erhebliche praktische Konsequenzen hat, insbesondere im Hinblick auf die Frage nach der Auslegung der Schrankenbestimmungen,¹⁷⁶ aber auch hinsichtlich des Verhältnisses der Schranken zu technischen Schutzmaßnahmen¹⁷⁷ und vertraglichen Bestimmungen.¹⁷⁸

gue Ltd. und Murphy-Entscheidung (EuGH, Urt. v. 4.10.2011, C-403/08 und C-429/08 = GRUR 2012, 156 – *Football Association Premier League Ltd. u.a./QC Leisure u.a. und Murphy./Media Protection Services Ltd.*) siehe näher unten S. 45 f.

- 173 Zur sehr restriktiven Handhabung der Schranken des Urheberrechts in Frankreich durch die Rechtsprechung und ganz überwiegende Literatur vgl. *Galloux*, in: Hilty/Geiger, Europäische Harmonisierung, S. 321 ff. Zu Tendenzen zugunsten eines weniger starren Ansatzes in der französischen Literatur und zu einer möglichen vorsichtigen Öffnung hin zu einer flexibleren Handhabung durch den *Cour de Cassation* vgl. *Geiger*, IIC 2005, 842; *ders.*, in: Hilty/Geiger, Europäische Harmonisierung, S. 335 (336).
- 174 Siehe dazu unten 6. Kapitel, C.
- 175 Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Frage findet sich soweit ersichtlich erstmals bei *Geiger*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 143 ff.
- 176 Auf diese Frage wird unten 2. Kapitel, B.I.2. noch ausführlich einzugehen sein.
- 177 Zur Behandlung der Kollision technischer Schutzmaßnahmen mit den Schranken des Urheberrechts siehe etwa die Monographien von *Bechtold*, Vom Urheber zum Informationsrecht, S. 249 ff., 387 ff.; *Koch*, Auswirkungen der digitalen Informationstechnologie, S. 140 ff., 227 ff.; *Stieper*, Schranken, S. 433 ff.; *Trayer*, Technische Schutzmaßnahmen, S. 66 ff., 142 ff.
- 178 Zur Frage der vertraglichen Abdingbarkeit urheberrechtlicher Schranken siehe die fundierte Behandlung des Themas bei *Stieper*, Schranken, S. 171 ff. Siehe auch *Zech*, in: Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum, S. 187 ff. Zur Abdingbarkeit von Schranken durch AGB siehe auch LG Berlin, GRUR-RR 2009, 329, mit Anm. *Gräbig*, MMR 2010, 47.

Zumeist wird – oftmals floskelartig und ohne nähere Begründung – davon ausgegangen, es handele sich bei den Schrankenregelungen um Ausnahmen zum Regelfall der umfassenden Rechtsgewährung an den Urheber beziehungsweise Rechteinhaber.¹⁷⁹ Diese traditionelle Ansicht basiert auf dem Gedanken, der Urheber sei tunlichst angemessen an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Werke zu beteiligen, da das Urheberrecht dem möglichst umfassenden Schutz des Urhebers diene, so dass jede Beschränkung dieses Schutzes eine begründungsbedürftige Ausnahme darstelle.¹⁸⁰

Zunehmend wird hingegen eine Abstandnahme von diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis propagiert.¹⁸¹ Nach neuerer Auffassung stellt die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts in Form des Urheberrechts die begründungsbedürftige Ausnahme gegenüber der Regel der Informationsfreiheit beziehungsweise des freien Wettbewerbs dar. Zur Begründung dieser Auffassung wird angeführt, das Urheberrecht basiere auf der Annahme, dass sich verschiedene verfassungsrechtlich fundierte Belange und Rechte gleichwertig gegenüberstehen und zu einem gerechten Ausgleich gebracht werden sollen. Eine Hierarchie zugunsten des Urhebers könne es daher nicht geben, im Gegenteil, die Freiheit müsse sogar das Prinzip sein, weil das Gesetz dem Urheber nur unter gewissen Voraussetzungen Verwertungsrechte gewähre. Die Schranken geben danach dem Nutzer also nur die Freiheit zurück, die ihm grundsätzlich ohnehin zusteht und erst durch das urheberrechtliche Monopolrecht genommen wird.¹⁸² Sie stellen nach dieser Sichtweise also nicht Ausnahmen vom urheberrechtlichen

179 Vgl. statt vieler Fromm/Nordemann/*W. Nordemann*, Vor §§ 44a ff. Rn. 3; Schricker/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rn. 18.

180 Vgl. BGHZ 134, 250 (262 f.) – *CB-Infobank I*.

181 So insbes. *Findeisen*, Auslegung, S. 82 ff.; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815 (819); *ders.*, in: FS Hilty, S. 77 (81 ff.); *ders.*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 143 (150 f.); *Hilty*, in: Klippel/Ohly, Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit, S. 107 (111); *Hoeren*, GRUR 1997, 866 (869 f.); *ders.*, MMR 2000, 3; *ders.*, in: Hilty/Geiger, Europäische Harmonisierung, S. 265 (267 ff.); Möhring/Nicolini/*Hoeren*, § 69d Rn. 2; *Kröger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, S. 224; *ders.*, MMR 2002, 18 (20 f.); *Löffler*, NJW 1980, 201 (204); *Pahud*, S. 109 ff.; *Rogge*, Elektronische Pressespiegel, S. 219; *Sattler*, Status quo, S. 71 f.; *Stieper*, Schranken, S. 67 ff.

182 Vgl. Möhring/Nicolini/*Hoeren*, § 69d Rn. 2; *ders.*, in: FS Sandrock, S. 357 (370); *Rogge*, Elektronische Pressespiegel, S. 219.

Schutz dar, sondern lediglich Bestimmungen, die Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts festlegen.¹⁸³

Dieser zweitgenannten Ansicht ist – mit gewissen Einschränkungen – zuzustimmen. Mit der Gewährung von Monopolrechten in Form der urheberrechtlichen Befugnisse hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die schöpferische Leistung und auch die mit dieser im Zusammenhang stehenden persönlichkeitsrechtlichen Aspekte einen besonderen Stellenwert genießen und deshalb hoheitlichen Schutz von verfassungsrechtlichem Rang verdienen. Dem Schutz des Urhebers stehen jedoch die Interessen der Nutzer und der Allgemeinheit – insbesondere in Form der ebenfalls verfassungsrechtlich garantierten Kunst- und Informationsfreiheit – gegenüber. Der Informations- und Kommunikationsfreiheit kommt im Rahmen einer freiheitlichen Rechtsordnung besondere Bedeutung als ein die Demokratie konstituierendes Grundprinzip zu. Eine die Informationsfreiheit sichernde Bestimmung kann daher – unabhängig von der konkreten gesetzestechnischen Einbettung und Formulierung – schon ihrem Wesen nach nicht grundsätzlich Ausnahmecharakter haben.¹⁸⁴ Ein genereller Vorrang des Urheberrechts kann daher nicht angenommen werden. Vielmehr stehen der durch die Verfassung gewährleistete Schutz des geistigen Eigentums des Urhebers und seines Persönlichkeitsrechts zu den ebenfalls verfassungsrechtlich basierten Interessen der Nutzer und der Allgemeinheit in einem Verhältnis der Gleichrangigkeit.¹⁸⁵ Alle diese Belange verdienen Berücksichtigung und sind daher in jedem Einzelfall gegeneinander abzuwägen und im Wege „praktischer Konkordanz“ zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.¹⁸⁶ Die urheberrechtlichen Schranken stellen somit nicht Ausnahmen von einem grundsätzlich umfassenden Urheberrechtsschutz, sondern das Ergebnis einer gesetzgeberischen Abwägung der beteiligten Interessen dar und bringen zum Ausdruck, an welcher Stelle der Gesetzgeber die Interessen der Nutzer oder der Allgemeinheit für in der Regel schwerwiegender hält als die des Urhebers und daher durch die Schranken Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts festgelegt

183 Vgl. v. *Becker*, GRUR 2004, 104 (108); Geiger, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 143 (151).

184 Dies betont zutreffend erstmals *Löffler*, NJW 1980, 201 (204).

185 Ebenso *Löffler*, NJW 1980, 201 (204); *Pahud*, S. 110; *Stieper*, Schranken, S. 68 ff.

186 So auch *Kröger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, S. 222; *ders.*, MMR 2002, 18 (19 f.); *Pahud*, S. 110.

hat. Ein festgelegtes Rangverhältnis zwischen den Ausschließlichkeitsrechten der Urheber und den Schrankenregelung besteht daher nicht.

Zu weitgehend oder zumindest missverständlich ist hingegen die teilweise geäußerte Auffassung, die Schranken seien *generell* als subjektive Rechte des Nutzers anzusehen, die diesem also einen Anspruch auf Nutzung einräumen.¹⁸⁷ Ob dies tatsächlich der Fall ist, hängt nämlich entscheidend vom jeweiligen Verständnis des (unscharfen) Begriffs des „*subjektiven Rechts*“ ab. Versteht man unter einem subjektiven Recht nur ein absolutes Herrschaftsrecht, das einem einzelnen Berechtigten einen körperlichen oder unkörperlichen Gegenstand zur ausschließlichen Beherrschung zuweist, mit der Folge, dass dieser die Befugnis hat, den Gegenstand auf die genannten Arten zu nutzen und zugleich alle anderen Personen von einer solchen Nutzung auszuschließen,¹⁸⁸ so trifft dies auf die Schrankenregelungen des Urheberrechts zweifelsohne nicht zu. Die Schranken weisen dem Nutzer zwar die Befugnis zu, eine bestimmte Nutzungshandlung vorzunehmen. Die betreffende Nutzung wird ihm jedoch nicht zur alleinigen Ausübung zugewiesen, so dass der Nutzer anderen Personen eine entsprechende Nutzung nicht untersagen kann. Vielmehr erlauben die Schranken die beschriebene Nutzung allen Personen, die die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Es handelt sich somit bei der eingeräumten Rechtsposition primär um eine *rechtliche Freiheit*, da dem Nutzer weder geboten noch verboten wird, die fragliche Nutzungshandlung vorzunehmen.¹⁸⁹ Allein aufgrund dieser Feststellung ein subjektives Recht abzulehnen, griffe jedoch zu kurz. Es erscheint nämlich zutreffend, den Begriff des subjektiven Rechts nicht auf die soeben dargestellte ausschließliche Herrschaftsstruktur zu beschränken.¹⁹⁰ Vielmehr kann auch demjenigen ein subjektives Recht zugeordnet sein, dem aufgrund einer Rechtsnorm die Freiheit eingeräumt wird, von einem oder allen anderen zu verlangen, nicht an der Vornahme einer bestimmten (Nutzungs-)Hand-

187 So aber (zumindest für alle grundrechtlich basierten Schranken) *Geiger*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 143 (149); *ders.*, GRUR Int. 2004, 815 (818); *Pichlmaier*, CR 2003, 910 (913); *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, S. 47 f.

188 So etwa *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 14 Rn. 17; dem folgend *Hohagen*, in: FS Schrickler II, S. 353 (355); *Zech*, in: Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum, S. 187 (190).

189 Vgl. *Stieper*, Schranken, S. 159 f.

190 Vgl. *Bork*, BGB AT, Rn. 283 ff.; *Larenz*, in: FG Sontis, S. 139 (141 ff.); *Schack*, BGB AT, Rn. 45 ff.

lung gehindert zu werden.¹⁹¹ Dieses Verständnis, nach dem auch rechtliche Freiheiten als subjektive Rechte qualifiziert werden können, sagt jedoch noch nichts darüber aus, ob die urheberrechtlichen Schranken auch tatsächlich subjektive Rechte im Sinne eines „Rechts auf Nutzung“ gewähren. *Stieper* unterscheidet daher – im Anschluss an *Alexy*¹⁹² – weiter danach, inwieweit zu der von einer Schrankenregelung angeordneten rechtlichen Freiheit eine subjektive oder objektive Bewehrung hinzutritt.¹⁹³ Eine unbewehrte Freiheit erschöpft sich allein in der Abwesenheit eines rechtlichen Verbots, während die bewehrte Freiheit es dem Berechtigten ermöglicht, den ihm zugewiesenen Freiheitsbereich gegenüber jedem Dritten zu verteidigen.¹⁹⁴ Nur wenn einer urheberrechtlichen Schrankenregelung eine Bewehrung der eingeräumten Nutzungsfreiheit entnommen werden kann, gewährt diese dem Nutzer also tatsächlich ein subjektives Recht im Sinne eines Rechts auf Nutzung. Eine solche subjektive oder objektive Bewehrung der rechtlichen Freiheit kann etwa durch einen Anspruch auf die Beseitigung eines Hindernisses für die Ausübung der von der Schranke gewährten Nutzungsfreiheit gekennzeichnet sein, insbesondere in Form einer Bewehrung gegenüber vertraglichen Verboten oder gegenüber technischen Schutzmaßnahmen.¹⁹⁵ Eine solche Regelung enthält das geltende Urheberrecht in § 95b Abs. 2 S. 1 UrhG. Die Norm gewährt dem Begünstigten einen – wenn auch in der Praxis kaum durchsetzbaren¹⁹⁶ – *Anspruch* gegen den Verwender technischer Schutzmaßnahmen auf Zurverfügungstellung der Mittel, die zur Verwirklichung der durch bestimmte Schranken eingeräumten Befugnisse benötigt werden.¹⁹⁷ Der in § 95b Abs. 2 S. 1 UrhG kodifizierte Beseitigungsanspruch zeigt, dass dem

191 Vgl. *Stieper*, Schranken, S. 163 f. mit dem treffenden Beispiel der Freiheitsgrundrechte, die dem Grundrechtsträger ein subjektiv-öffentliches Recht gewähren, da sie ihm erlauben, ungehindert von dieser Freiheit Gebrauch zu machen, etwa frei die Meinung zu äußern. Zugleich beinhalten die Freiheitsgrundrechte jedoch nicht das Recht, anderen eine gleichartige Handlung – also ebenfalls etwa eine freie Meinungsäußerung – zu verbieten.

192 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 202 ff.

193 *Stieper*, Schranken, S. 165.

194 Vgl. *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 203 f.

195 Dazu ausführlich *Stieper*, Schranken, S. 171 ff., 433 ff.

196 Vgl. zur Kritik an § 95b UrhG aufgrund der Unverhältnismäßigkeit des für die Rechtsdurchsetzung erforderlichen Aufwands siehe etwa *Bechtold*, Vom Urheber- zum Informationsrecht, S. 427 f. („zahnloser Tiger“); *Schricker/Loewenheim/Götting*, § 95b Rn. 4.

197 Im Ergebnis ebenso *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, S. 47 f.

Schrankenbegünstigten in gewissem Maße ein *Anspruch auf Nutzung* und somit ein subjektives Recht gewährt werden soll. Es ist jedoch zu beachten, dass sich diese Regelung ausdrücklich nur auf die in § 95b Abs. 1 S. 1 UrhG abschließend aufgezählten Schrankentatbestände bezieht. Für die in § 95b Abs. 1 S. 1 UrhG nicht benannten Schrankenregelungen – darunter so wesentliche Schranken wie die Zitierfreiheit des § 51 UrhG und die *digitale* Privatkopie gemäß § 53 Abs. 1 UrhG – kann also nicht ohne weiteres angenommen werden, dass diese dem Nutzer ebenfalls ein subjektives Recht gewähren.¹⁹⁸ Zu weitgehend wäre es auch, pauschal für alle grundrechtsbasierten Schranken anzunehmen, dass diese subjektive Rechte der Nutzer darstellen.¹⁹⁹ Zwar gewähren die Freiheitsgrundrechte subjektiv-öffentliche Rechte.²⁰⁰ Diesen kommt jedoch zuvorderst die Bedeutung zu, die Rechte der Bürger im Verhältnis zum Staat zu sichern.²⁰¹ Im Verhältnis Privater zueinander kommt den subjektiv-öffentlichen Rechten hingegen keine unmittelbare Wirkung zu, sondern lediglich eine Ausstrahlungswirkung in Form der *mittelbaren Drittwirkung* der Grundrechte.²⁰² Diese ist bei der Auslegung und Anwendung der Schranken zu beachten,²⁰³ eine objektive Bewehrung der durch die Schranken eingeräumten Nutzungsfreiheiten folgt aus den Grundrechten der Nutzer allerdings nicht.²⁰⁴ Dies heißt jedoch auch nicht, dass für alle Schranken, die nicht in § 95b Abs. 1 S. 1 UrhG aufgezählt sind, die Einstufung als subjektives Recht ausscheiden muss. Sieht das positive Recht – etwa in Form von Verboten der vertraglichen Abbedingung oder aufgrund des Kartellrechts – eine entsprechende Bewehrung der von der Schranke eingeräumten rechtlichen Freiheit vor, so gewährt diese dem Nutzer ein subjektives Recht.

Zur Rechtsnatur der urheberrechtlichen Schranken lässt sich somit Folgendes festhalten: Die Schranken stellen nicht Ausnahmen von einem grundsätzlich umfassenden Urheberschutz dar. Sie sind vielmehr das Ergebnis einer gesetzgeberischen Abwägung der beteiligten Interessen und

198 So auch *Stieper*, Schranken, S. 167; a.A. wohl *Geiger*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 143 (149); *ders.*, GRUR Int. 2004, 815 (818); *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, S. 48.

199 So aber *Geiger*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 143 (149); *ders.*, GRUR Int. 2004, 815 (818).

200 Vgl. näher unten 6. Kapitel, D.I.

201 Vgl. nur Maunz/Dürig/*Remmert*, GG, Art. 19 Abs. 2 Rn. 42 ff. m.w.N.

202 Vgl. nur Dreier/*Dreier*, GG, Vorb. Rn. 96 ff. m.w.N.

203 Siehe dazu unten 2. Kapitel, B.I.2.b).

204 Ebenso *Stieper*, Schranken, S. 167 f.

bringen zum Ausdruck, an welcher Stelle der Gesetzgeber die Interessen der Nutzer oder der Allgemeinheit für in der Regel schwerwiegender gehalten hat als die des Urhebers. Sie bestimmen somit Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts. Ein festgelegtes Rangverhältnis zwischen den Ausschließlichkeitsrechten der Urheber und den Schrankenregelungen besteht somit nicht. Ob die urheberrechtlichen Schranken dem Begünstigten ein subjektives Recht, also einen Anspruch auf die konkrete Nutzungshandlung, gewähren, kann nicht pauschal beantwortet werden. Vielmehr muss im Einzelfall ermittelt werden, ob die durch die Schrankenregelung gewährte rechtliche Freiheit durch positives Recht objektiv oder subjektiv bewehrt ist, indem es dem Schrankenbegünstigten ermöglicht, die Ausübung der Nutzungsfreiheit gegenüber etwaigen Hindernissen, insbesondere solchen durch technische Schutzmaßnahmen oder vertragliche Nutzungsbeschränkungen, durchzusetzen. Ist dies der Fall, so kommt der Schranke die Qualität eines subjektiven Rechts zu.

b) Grundsatz der engen Auslegung?

Lange Zeit sind Rechtsprechung und Literatur einhellig davon ausgegangen, urheberrechtliche Schrankenbestimmungen seien als Ausnahmebestimmungen zum urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrecht grundsätzlich eng auszulegen.²⁰⁵ Nach diesem traditionellen „Dogma der restriktiven Auslegung“²⁰⁶ soll der Anwendungsbereich der urheberrechtlichen Schrankenregelungen innerhalb ihres möglichen Wortsinns anhand der tatsächlichen und rechtlichen Lage zu ermitteln sein, die der Gesetzgeber bei

205 Aus der Rspr. siehe etwa RGZ 130, 196 (202) – *Codex aureus*; RGZ 153, 1 (23) – *Rundfunksendung von Schallplatten*; BGHZ 11, 135 (143) – *Lautsprecherübertragung*; BGHZ 17, 266 (282) – *Grundig-Reporter*; BGHZ 50, 147 (152 f.) – *Kandinsky I*; BGHZ 58, 262 (265) – *Landesversicherungsanstalt*; BGHZ 87, 126 (129) – *Zoll- und Finanzschulen*; BGHZ 99, 162 (164) – *Filmzitat*; BGHZ 114, 368 (371) – *Liedersammlung*; BGHZ 116, 305 (308) – *Altenwohnheim II*; BGHZ 123, 149 (155 f.) – *Verteileranlagen*; BGHZ 126, 313 (317) – *Museums-katalog*; BGHZ 134, 250 (264) – *CB-Infobank I*. Aus der älteren Literatur siehe z.B. Fromm/Nordemann/Nordemann, 9. Aufl., Vor § 45 Rn. 3; v.Gamm, UrhG, § 45 Rn. 4; Schricker/Melichar, 2. Aufl., Vor §§ 45 ff. Rn. 15 f. m.w.N.

206 *Raue*, in: FS Nordemann, S. 327.

Erlass der jeweiligen Bestimmung vorgefunden hat.²⁰⁷ Unter verschiedenen auf diese Weise ermittelten Bedeutungen einer Schrankenregelung muss wiederum diejenige als „eng“ bezeichnet werden, die im Verhältnis zu anderen möglichen Bedeutungen einen engeren Anwendungsbereich hat,²⁰⁸ also bezogen auf das Urheberrecht die Auslegung, die dem Urheber sein Ausschließlichkeitsrecht am weitesten belässt. Bei einer strikten Anwendung dieser Methodik können neue technische Möglichkeiten und daraus resultierende neue Nutzungsformen, die bei Einführung einer Schrankenregelung für den Gesetzgeber noch nicht absehbar waren, innerhalb des Anwendungsbereichs dieser Schrankenregelung also keine Berücksichtigung finden, da das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers andernfalls über den ursprünglichen Willen des Gesetzgebers hinaus beeinträchtigt würde.²⁰⁹

Auch wenn inzwischen die allgemeine Rechtslehre vom „alten Rezept“²¹⁰ der engen Auslegung von Ausnahmvorschriften abgerückt²¹¹ und diese Auffassung auch im urheberrechtlichen Kontext mehr und mehr in die Kritik geraten ist,²¹² wird von einem nicht unerheblichen Teil der

207 Vgl. BGHZ 17, 266 (282 ff.) – *Grundig-Reporter*. Vgl. auch Schrickler/*Melichar*, 2. Aufl., Vor §§ 45 ff. Rn. 15; *Schulze*, ZUM 2000, 432 (441, 449); *ders.*, in: FS Erdmann, S. 173 (180). Allgemein zur Rechtsmethodik einer engen und weiten Schrankenauslegung, siehe *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 100 ff.

208 Siehe *Larenz*, Methodenlehre, S. 354.

209 Vgl. RGZ 153, 1 (23) – *Rundfunksendung von Schallplatten*; BGHZ 17, 266 (286 f.) – *Grundig-Reporter*; BGHZ 134, 250 (262 ff.) – *CB-Infobank I*.

210 *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 440.

211 Vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 440; *Larenz*, Methodenlehre, S. 355 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 243; *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946 (956 ff.).

212 Vgl. etwa *v. Becker*, GRUR 2004, 104 (107 f.); *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rn. 7; *Geiger*, Droit d’auteur, Rn. 225 f.; *ders.*, GRUR Int. 2004, 815 (819); *ders.*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 143 (152); *Hansen*, Warum Urheberrecht, S. 398 ff.; *Hilty*, in: FS Schrickler II, S. 325 (327 f.); *ders.*, GRUR 2005, 819 (823 f.); *Hoeren*, in: Hilty/Geiger, Europäische Harmonisierung, S. 265 (267 ff.); *Koch*, Auswirkungen der digitalen Informationstechnologie, S. 47; *Kreutzer*, Modell des deutschen Urheberrechts, S. 289 ff.; *Kröger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, S. 222 ff.; *ders.*, MMR 2002, 18 (19 ff.); *Leistner*, GPR 2007, 190 (192); *Limper/Musiol/Grosskopf*, Urheber- und Medienrecht, Kap. 3 Rn. 708 ff.; *Löffler*, NJW 1980, 201 (204); *Loewenheim/Götting*, § 30 Rn. 12 f.; *Macciachini*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, S. 46 ff.; *ders.*, UFITA 2000, 683 (686); *Nielen*, Interessenausgleich, S. 271 ff.; *Niggemann*, Informationsfrei-

Rechtsprechung und Literatur weiterhin daran festgehalten,²¹³ so dass dieses Postulat und die damit verbundenen Folgerungen die Anpassung der Schrankenregelungen an den technologischen Fortschritt weiterhin erheblich beeinflussen. Die Annahme, das Dogma der engen Auslegung von urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen dürfe als überkommen gelten,²¹⁴ erscheint daher als zu optimistisch.²¹⁵ Der „Grundsatz der engen Auslegung“ soll deshalb im Folgenden einer kritischen Prüfung unterzogen werden, um zu zeigen, dass es tatsächlich an der Zeit ist, endgültig Abstand von diesem Grundsatz zu nehmen.

Versteht man – wie zuvor befürwortet²¹⁶ – die Schranken des Urheberrechtsgesetzes nicht als *Ausnahmen* zum Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers, sondern vielmehr als *Inhaltsbestimmungen* des Urheberrechts, die verdeutlichen, an welcher Stelle der Gesetzgeber die Interessen der Nutzer oder der Allgemeinheit für (in der Regel) schwerwiegender gehalten hat als die des Urhebers und daher durch die Schranken Inhalt und immanente

heit und Urheberrecht, S. 59; *Nolte*, Informationsmehrwertdienste, S. 163 f.; *Pa-hud*, S. 109 ff.; *ders.*, UFITA 2000, 99 (134 ff.); *Poepfel*, Neuordnung, S. 41 ff.; *Raue*, in: FS Nordemann, S. 327 (339); *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, S. 59 ff.; *Rigamonti*, Geistiges Eigentum, S. 136; *ders.*, GRUR Int. 2004, 278 (284 f.); *Sattler*, Status quo, S. 74 ff.; *Schaefer*, Bildersuchmaschinen, S. 93 f.; *Schricker/Loewenheim/Schricker/Spindler*, § 51 Rn. 8 f.; *Schricker/Loewenheim/Wild*, § 97 Rn. 38 f.; *Senfleben*, in: *Hilty/Peukert*, Interessenausgleich, S. 159 (177); *Stieper*, Schranken, S. 65 ff.

213 Weiterhin für eine grundsätzlich enge Auslegung der Schranken etwa OLG Dresden, ZUM 2007, 203 (205); OLG Jena, GRUR-RR 2008, 223 (225) – *Thumbnails*; OLG Köln, GRUR-RR 2009, 4 (5) – *Auktionsportal für Kunstwerke*; OLG Frankfurt a.M., GRUR-RR 2010, 1 (4) – *Elektronische Leseplätze*; LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (321); aus der neueren Lit. etwa *Fromm/Nordemann/W.Nordemann*, Vor §§ 44a ff. Rn. 3; *HK-UrhR/Dreyer*, Vor §§ 44a ff. Rn. 18; *Möhring/Nicolini/Nicolini*, § 45 Rn. 2; *Schricker/Loewenheim/Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rn. 18 ff.; *Wandtke/Bullinger/Lüft*, Vor §§ 44a ff. Rn. 1; *Förster*, Fair Use, S. 183 f.; *v.Gierke*, in: FS Erdmann, S. 103 (107 f.); *Obergfell*, GRUR 2011, 208 (210); *Schack*, Urheberrecht, Rn. 95; *Schulze*, ZUM 2000, 432 (441, 449); *ders.*, in: FS Erdmann, S. 173 (180); *Seydel*, Zitierfreiheit, S. 11; *Wandtke/Schunke*, Urheberrecht, Kapitel 5 Rn. 16; *Wenzel/Burkhardt*, Urheberrecht, S. 130.

214 Vgl. *Hilty*, GRUR 2005, 819 (823).

215 Zu optimistisch erscheint aufgrund des Festhaltens gewichtiger Stimmen in der Lehre am Grundsatz der engen Auslegung der Schranken (siehe Nachweise in Fn. 188) auch die Behauptung von *v.Ungern-Sternberg*, GRUR 2010, 273 (278, Fn. 99), die Abkehr von diesem entspreche inzwischen der „ganz h.L.“.

216 Siehe oben 2. Kapitel, B.I.2.a).

Grenzen des Urheberrechts festgelegt hat, so kann ein schematischer „Grundsatz der engen Auslegung“ der Schranken nicht überzeugen.²¹⁷ Es wäre jedoch auch falsch, aus einer Abkehr vom Regel-Ausnahme-Verhältnis zu folgern, dass in Zweifelsfällen grundsätzlich die Freiheit der Information beziehungsweise der freie Zugang zu Informationen dem Urheberrecht vorzugehen habe und somit die urheberrechtlichen Befugnisse im Sinne eines „*in dubio pro libertate*“ ihrerseits generell eng und die Schranken hingegen stets weit auszulegen seien.²¹⁸ Im Gegenteil, es kann nach hiesigem Verständnis eine derartige vorherige Festlegung auf eine bestimmte „Richtung“ der Auslegung nicht geben. Es muss sowohl eine Beschränkung einer allzu umfassenden Nutzungsmöglichkeit als auch eine sinn- und maßvolle Erweiterung einer Schrankenregelung möglich sein, da sich zwei durch das Gesetz gewährte und verfassungsrechtlich basierte Rechte gleichrangig gegenüber stehen. Maßgeblich für die Auslegung der Schranken muss daher ihr jeweiliger Regelungsgrund und Zweck sein. Es muss also in jedem Einzelfall durch verfassungskonforme Auslegung und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen im Wege „praktischer Konkordanz“ hergestellt werden. Dies hat anhand des allgemein üblichen Auslegungskanons der zivilrechtlichen Methodenlehre zu erfolgen.

Selbst wenn man jedoch annimmt, bei den Schrankenregelungen handle es sich um Ausnahmen vom Regelfall der Rechtsgewährung, kann die Annahme eines Grundsatzes der engen Auslegung nicht überzeugen, da sich aus der formalen Einordnung einer Norm als Ausnahmenvorschrift noch keine automatischen Rückschlüsse auf deren Auslegung ziehen lassen. Ein allgemeiner methodischer Grundsatz, wonach Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind, existiert dementsprechend in der juristischen Methodenlehre auch nicht.²¹⁹ Problematisch ist nämlich schon die

217 So auch v.Becker, GRUR 2004, 104 (108); Kröger, MMR 2002, 18 (20 f.); Poepel, Neuordnung, S. 45; Rehse, Ungeschriebene Schranken, S. 61; Stieper, Schranken, S. 69.

218 So aber insbes. Möhring/Nicolini/Hoeren, § 69d Rn. 2; ders., MMR 2000, 3 (4 f.); ders., in: FS Sandrock, S. 357 (370); zustimmend Rogge, Elektronische Pressespiegel, S. 219.

219 Vgl. Bydlinski, Methodenlehre, S. 440; Larenz, Methodenlehre, S. 355, jeweils m.w.N. Auch der BGH weist in seiner jüngeren Rechtsprechung darauf hin, der Grundsatz der engen Schrankenauslegung habe seinen Grund weniger darin, dass

Feststellung, wann eine Vorschrift eine „Ausnahmevorschrift“ im Sinne eines solchen Grundsatzes darstellen soll, denn dies ergibt sich nicht schon aus der Formulierung des betreffenden Rechtssatzes im Gesetz.²²⁰ Die Qualifizierung einer Norm als Ausnahme zur Regel bedeutet nicht automatisch, dass das in dieser Norm zum Ausdruck kommende Interesse gegenüber dem der Regelnorm zugrunde liegenden Interesse zweitrangig ist und daher hinter diesem zurücktreten muss. Andernfalls hätte der Gesetzgeber diese Interessen nicht durch eine Ausnahmevorschrift unter besonderen rechtlichen Schutz gestellt.²²¹ In manchen Fällen mag das einer Ausnahmevorschrift zugrunde liegende Interesse aus Sicht des Gesetzgebers daher sogar höherwertig erscheinen als das durch das Ausschließlichkeitsrecht geschützte Interesse des Urhebers.²²² Somit lässt sich aus Sicht der juristischen Methodenlehre die Regel, Ausnahmevorschriften seien generell eng auszulegen, in dieser Grundsätzlichkeit nicht aufrecht erhalten.²²³

Allenfalls dann, wenn es sich bei einer Ausnahmevorschrift auch um eine „Ausnahme der Sache nach“ handelt, hat der „Grundsatz der engen Auslegung“ eine gewisse Berechtigung, denn dann muss vermieden werden, dass durch eine allzu weite Auslegung dieser Bestimmung oder durch eine allzu weitreichende Analogie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers letztlich in ihr Gegenteil verkehrt wird.²²⁴ Eine „Ausnahme der Sache nach“ liegt nach *Larenz* dort vor, „wo das Gesetz eine Regel, der es in möglichst weitem Umfang Geltung zu verschaffen sucht, für bestimmte, meist eng umgrenzte Fälle durchbrochen hat, weil ihre Durchführung auch in diesen Fällen dem Gesetzgeber wenig praktikabel oder als unangebracht

Ausnahmevorschriften generell eng auszulegen wären, sondern beruhe vielmehr auf dem Gedanken, dass der Urheber an der wirtschaftlichen Auswertung seines Werkes tunlichst angemessen zu beteiligen sei und daher die ihm hinsichtlich der Werkverwertung zustehenden Ausschließlichkeitsrechte nicht übermäßig beschränkt werden dürften; siehe etwa BGHZ 150, 6 (8) – *Verhüllter Reichstag*; BGHZ 151, 300 (311) – *Elektronischer Pressespiegel*.

220 Vgl. *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 133; *Larenz*, Methodenlehre, S. 355.

221 Vgl. *Kröger*, MMR 2002, 18 (20); *Macciachini*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, S. 47.

222 Vgl. *Macciachini*, Urheberrecht und Meinungsfreiheit, S. 47; *Pahud*, UFITA 2000, 99 (136 f.).

223 Vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 440; *Larenz*, Methodenlehre, S. 355.

224 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 355 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 176.

erschien und er deshalb hier glaubte, darauf verzichten zu können.“²²⁵ Selbst wenn eine solche „Ausnahme der Sache nach“ vorliegt, folgt daraus jedoch nicht, dass diese so eng wie möglich auszulegen ist oder einer Analogie grundsätzlich unzugänglich ist.²²⁶ Vielmehr ist auch hier der Sinn und Zweck der jeweiligen Norm zu ermitteln.²²⁷ Liegt der fraglichen Ausnahme ein Regelungsgrund zugrunde, der auch für vom Wortlaut nicht erfasste Fälle Geltung beansprucht, so ist auch eine solche Norm gegebenenfalls durch eine ausdehnende Auslegung oder durch vorsichtige Analogie zu erweitern.²²⁸

Ein Blick auf die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass auch diese inzwischen in gewissem Umfang Abstand vom Grundsatz der engen Auslegung der urheberrechtlichen Schranken genommen hat. Auch wenn der BGH weiterhin formell an dem Gebot festhält, indem er es regelmäßig seinen Überlegungen zur Auslegung der Schranken voranstellt,²²⁹ finden sich diesbezüglich tatsächlich erhebliche Einschränkungen. In mehreren Urteilen hat der BGH inzwischen Schrankenregelungen mit Blick auf die dahinterstehende Interessenlage und die Intention des Gesetzgebers erweiternd ausgelegt oder gar analog angewandt.

Etwa in seiner Entscheidung zum „*verhüllten Reichstag*“ argumentierte das Gericht, ein gesteigertes öffentliches Interesse an der Wiedergabe eines geschützten Werkes sei bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen zu berücksichtigen und könne im Einzelfall dazu führen, dass die enge, am Wortlaut orientierte Auslegung einer großzügigeren, der verfassungsrechtlich geschützten Position des Verwerfers Rechnung tragenden

225 Larenz, Methodenlehre, S. 355 f.

226 Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 356.

227 Vgl. BVerfGE 37, 363 (405) – *Zustimmungsgesetz*: „Für jede Vorschrift, auch für eine Ausnahmenvorschrift, gilt, daß sie korrekt und das heißt hier ihrem eindeutigen Inhalt und Sinn entsprechend auszulegen ist. Der Charakter einer Ausnahmenvorschrift verbietet nur, sie über ihren eindeutigen Inhalt und Sinn hinaus ausdehnend auszulegen; mehr gibt die Formel „Ausnahmenvorschriften sind eng auszulegen“ nicht her.“

228 Vgl. Bydlinski, Methodenlehre, S. 440; Larenz, Methodenlehre, S. 356; Loewenheim/Götting, § 30 Rn. 13; Stieper, Schranken, S. 66.

229 Siehe etwa BGHZ 150, 6 (8) – *Verhüllter Reichstag*; BGHZ 151, 300 (311) – *Elektronischer Pressespiegel*; BGH, GRUR 2002, 1050 (1050 f.) – *Zeitungsbericht als Tagesereignis*; GRUR 2005, 670 (671) – *WirtschaftsWoche*; BGHZ 185, 291 (301) – *Vorschaubilder*.

Interpretation weichen müsse.²³⁰ In seiner Entscheidung zum *Kopienversanddienst* durch Bibliotheken lehnte der BGH nach einer ausführlichen Untersuchung des Regelungszwecks des § 53 UrhG eine einschränkende Auslegung der Schrankenregelung ab, da der Gesetzgeber den Kopienversand durch öffentliche Bibliotheken privilegiert habe, um den freien Zugang der Allgemeinheit zu Informationen zu gewährleisten.²³¹ In der Entscheidung *Elektronischer Pressespiegel* wandte der BGH die Schrankenregelung des § 49 UrhG im Rahmen einer „ausnahmsweise extensiven Auslegung“ unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen der Anwendung der Schrankenregelung auf die Interessen der Urheber auf elektronische Pressespiegel an. Das Gericht erkannte an, dass ein im Rahmen der Schrankenregelungen des Urheberrechtsgesetzes verwendeter Begriff in Folge technischer Fortentwicklungen veralten könne. Trete an die Stelle der ausdrücklich privilegierten Nutzung eine neue Form, so sei daher im Einzelfall zu prüfen, ob der mit der Schrankenregelung verfolgte Zweck auch bei der neuen Nutzungsform eintritt und ob dem verfassungsrechtlichen Gebot der angemessenen Beteiligung des Urhebers an der Verwertung seines Werkes zu genüge Rechnung getragen werde.²³² In seiner *Gies-Adler*-Entscheidung²³³ hat der BGH diese Linie fortgeführt. Der BGH stellte fest, neben den Interessen der Urheber müssten auch Drittminteressen schon bei der Auslegung der Schrankenbestimmungen berücksichtigt werden, was im Einzelfall dazu führen könne, dass eine enge, am Gesetzeswortlaut orientierte Schrankenauslegung einer großzügigeren, dem Informations- und Nutzungsinteresse der Allgemeinheit Rechnung tragenden Interpretation der Schranken weichen müsse.²³⁴

Noch weitergehend hat das Bundesverfassungsgericht im speziellen Fall der Verwendung von Zitaten in Kunstwerken entschieden. In seinem Beschluss aus dem Jahre 2000 zur Zulässigkeit der Übernahme umfangreicher *Brecht*-Zitate in einem Theaterstück von *Heiner Müller* vertrat das Bundesverfassungsgericht die Auffassung, der grundgesetzliche Schutz der Kunstfreiheit durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG gebiete eine kunstspezifi-

230 Siehe BGHZ 150, 6 (8 f.) – *Verhüllter Reichstag*.

231 Vgl. BGHZ 141, 13 (37) – *Kopienversanddienst*.

232 Vgl. BGHZ 151, 300 (311) – *Elektronischer Pressespiegel*; siehe dazu die Anmerkung von *Hoeren*, GRUR 2002, 1022 (insbes. 1025 f.). Bestätigt durch BGH, GRUR 2005, 670 (671) – *WirtschaftsWoche*.

233 BGHZ 154, 260 – *Gies-Adler*.

234 Siehe BGHZ 154, 260 (265) – *Gies-Adler*.

sche Betrachtung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen, im konkreten Fall der Regelung des Zitatrechts in § 51 Nr. 2 UrhG a.F.²³⁵ Unter gleichzeitiger Berücksichtigung der durch Art. 14 GG geschützten Belange des Urhebers kam das BVerfG zu der Überzeugung, ein Zitat sei über die (in ständiger Rechtsprechung etablierte) Belegfunktion hinaus auch als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen, und erweiterte so den Anwendungsbereich dieser Schranke.²³⁶

Diese „auslegungsfreundliche“ Linie hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt fortgeführt. In seiner Entscheidung zur Vergütungspflicht für Drucker und Plotter²³⁷ hat das Bundesverfassungsgericht betont, die Gerichte seien nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet, Gesetze durch Auslegung an die aktuellen Gegebenheiten anzupassen, wenn ehemals eindeutige und vollständige gesetzliche Regelungen auf Grund eines durch die technische Entwicklung bedingten „Alterungsprozesses“ lückenhaft, ergänzungsbedürftig und zugleich ergänzungsfähig würden.²³⁸

Diese zustimmungswürdige Entwicklung der deutschen Rechtsprechung hin zu einer flexibleren Handhabung der Schrankenregelungen könnte jedoch – zumindest auf den ersten Blick – durch Äußerungen des EuGH in seiner *Infopaq*-Entscheidung²³⁹ bedroht sein. In dieser vertrat das Gericht – wenig reflektiert und ohne der andersartigen urheberrechtlichen und methodologischen Entwicklung in den Mitgliedstaaten ausreichend Rechnung zu tragen²⁴⁰ – die Position, die Ausnahmen vom Urheberrechtsschutz seien als Bestimmungen, die von einem in der InfoSoc-Richtlinie aufgestellten allgemeinen Grundsatz abweichen, eng auszule-

235 Siehe BVerfG, GRUR 2001, 149 (151) – *Germania 3*; dem folgend KG, GRUR-RR 2002, 313 (315) – *Das Leben, dieser Augenblick*.

236 Siehe BVerfG, GRUR 2001, 149 (151 f.) – *Germania 3*; zustimmend Metzger, ZUM 2000, 924 (930 f.); Raue, in: FS Nordemann, S. 327 (331 ff.). Ebenso jüngst OLG Brandenburg, Urt. v. 9.11.2010 – 6 U 14/10 (Rechtmäßigkeit der Übernahme vollständiger Zeitungsartikel und Lichtbilder in ein literarisches Werk aufgrund des Vorranges der Kunstfreiheit des Autors vor den Urheberrechten der Zeitungsautoren und -fotografen).

237 BVerfG, GRUR 2010, 999 – *Drucker und Plotter*.

238 Siehe BVerfG, GRUR 2010, 999 (1002) – *Drucker und Plotter*.

239 EuGH, Urt. v. 16.7.2009, C-5/08, Slg. 2009, I-6569 = GRUR 2009, 1041 – *Infopaq International A/S./ Danske Dagblades Forening*.

240 Kritisch auch Leistner, GRUR 2010, 987 (988); Metzger, in: Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, S. 101 (116 ff.).

gen.²⁴¹ Es besteht freilich aufgrund eines Urteils aus jüngerer Zeit gewisse Hoffnung, dass auch der EuGH diese (zu) enge Interpretation der urheberrechtlichen Schranken langfristig nicht aufrecht erhalten wird. In der Entscheidung *Football Association Premier League Ltd. und Murphy*²⁴² wiederholte der EuGH zwar unter Bezugnahme auf sein *Infopaq*-Urteil zunächst die pauschale Aussage, Schrankenregelungen seien eng auszulegen.²⁴³ Diesen Grundsatz schränkt die Kammer jedoch anschließend mit dem Hinweis ein, gleichwohl müsse es die Auslegung der Schranken erlauben, deren praktische Wirksamkeit gerade auch in Anbetracht neuer Technologien zu wahren und dadurch einen angemessenen Rechts- und Interessenausgleich zwischen den Beteiligten zu gewährleisten.²⁴⁴ Die *Murphy*-Entscheidung gibt somit Hoffnung, dass auch der EuGH nicht krampfhaft am Dogma der engen Schrankenauslegung festhalten will, sondern bereit ist, diesen Grundsatz – ähnlich der deutschen Rechtsprechung – aufzuweichen und die Schranken flexibler anzuwenden, wo dies zur Erreichung eines gerechten Interessenausgleichs erforderlich erscheint.²⁴⁵

Eine solche Aufweichung des in der *Infopaq*-Entscheidung durch den EuGH noch einschränkungslos aufgestellten Grundsatzes der engen Schrankenauslegung ist begrüßenswert und dringend erforderlich, um im Rahmen des starren Schranken kataloges wenigstens ein gewisses Maß an Flexibilität zu ermöglichen. Eine Abstandnahme von einer engen Schrankenauslegung durch den EuGH erscheint schließlich auch im Lichte der Artikel 11 der Charta der Grundrechte der EU und Artikel 10 der Europä-

241 EuGH, GRUR 2009, 1041 (1045) – *Infopaq/DDF*.

242 EuGH, Urt. v. 4.10.2011, C-403/08 und C-429/08 = GRUR 2012, 156 – *Football Association Premier League Ltd. u.a./ QC Leisure u.a. und Murphy./ Media Protection Services Ltd.*

243 EuGH, a.a.O., Rn. 162 – *Football Association Premier League Ltd. u.a./ QC Leisure u.a. und Murphy./ Media Protection Services Ltd.*

244 EuGH, a.a.O., Rn. 163 f. – *Football Association Premier League Ltd. u.a./ QC Leisure u.a. und Murphy./ Media Protection Services Ltd.*

245 Vgl. *Berger*, ZUM 2012, 353 (358); *Hugenholtz/Senfleben*, Fair Use in Europe, S. 25; *Leistner*, JZ 2011, 1140 (1145); *Metzger*, GRUR 2012, 118 (123); *Stieper*, MMR 2011, 825 (827), die die sich andeutende Flexibilisierung der Schrankenauslegung ebenfalls begrüßen.

ischen Menschenrechtskonvention jedenfalls dann geboten, wenn die dort garantierte Meinungs- und Informationsfreiheit betroffen ist.²⁴⁶

Angesichts dieser neueren Tendenz zu einer Abstandnahme vom strikten „Grundsatz der engen Auslegung der Schranken“ (auch) durch den EuGH, erscheint es wahrscheinlich, dass die deutschen Gerichte bei ihrer begrüßenswerten flexibleren Handhabung der Schrankenregelungen bleiben. Insofern mag in der derzeitigen Vorgehensweise des BGH, nach der regelmäßig betont wird, die Schranken seien grundsätzlich eng auszulegen und sodann dieser Grundsatz im Sinne einer Einzelfallbetrachtung und -abwägung der im konkreten Fall betroffenen Interessen auf Seiten der Urheber, der Allgemeinheit und Dritter aufgeweicht wird, gegenüber einer völligen Aufgabe des „Grundsatzes der engen Schrankenauslegung“ sogar ein gewisser Vorteil liegen. Durch dieses formale Festhalten an der engen Schrankenauslegung läuft die deutsche Rechtsprechung nämlich nicht in gleichem Maße Gefahr, im Widerspruch zur diesbezüglich weiterhin eher restriktiven Rechtsprechung des EuGH zu handeln. Vielmehr bestehen sogar gute Gründe, dieses Vorgehen als im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH anzusehen, da dieser in ständiger Rechtsprechung betont, dass bei der Auslegung einer Gemeinschaftsvorschrift neben ihrem Wortlaut auch der Regelungszusammenhang, in dem diese steht, sowie die mit der Regelung verfolgten Ziele zu berücksichtigen sind.²⁴⁷ Eine (deutsche) Rechtsprechung, die die urheberrechtlichen Schranken „grundsätzlich“ eng auslegt, dann aber in aller Regel dem Regelungszusammenhang und den mit der Schrankenbestimmung verfolgten Zielen besondere Beachtung schenkt und diese gegebenenfalls durch erweiternde Auslegung oder vorsichtige Analogie besonders berücksichtigt, handelt daher im Einklang mit den Vorgaben des EuGH.

246 Vgl. *Hugenholz/Senftleben*, Fair Use in Europe, S. 25 f. Siehe zur Beachtung der europäischen Grundrechte-Charta und Menschenrechtskonvention bei der Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schranken näher unten 6. Kapitel, A.II. und III.

247 St. Rspr., siehe EuGH, Urt. v. 17.11.1983, C-292/82, Slg. 1983, 3781, Rn. 12 – *Merck./. Hauptzollamt Hamburg*; Urt. v. 19.9.2000, C-156/98, Slg. 2000, I-6857, Rn. 50 = EuZW 2000, 723 (725) – *Deutschland./. Kommission*; Urt. v. 7.12.2006, C-306/05, Slg. 2006, I-11519, Rn. 34 = GRUR 2007, 225 (226 f.) – *SGAE./. Rafael*; Urt. v. 16.7.2009, C-5/08, GRUR 2009, 1041 (1044) – *Infopaq./. DDF*.

c) Analogiefähigkeit von Schrankenbestimmungen?

Ebenso wenig wie die grundsätzliche Annahme eines Gebots der engen Auslegung der urheberrechtlichen Schranken vermag die grundsätzliche Absage an die analoge Anwendung der Schrankenregelungen²⁴⁸ zu überzeugen. Ein allgemeiner methodischer Grundsatz, dass Ausnahmenvorschriften einer analogen Anwendung nicht zugänglich seien, existiert ebenfalls nicht.²⁴⁹ Nähme man ein striktes Analogieverbot an, so würde man letztlich den Richter dazu zwingen, rechtsähnliche Fälle verschieden zu behandeln und somit gegebenenfalls gegen das Gleichbehandlungsgebot zu verstoßen.²⁵⁰ Hat sich der Gesetzgeber – wie im Falle der Schranken des Urheberrechts – grundsätzlich für eine kasuistische Aufzählung einzelner Tatbestände und somit gegen die Einführung einer Generalklausel entschieden, so ist es methodisch unzulässig, im Wege der Rechtsanalogie aus den einzelnen Tatbeständen einen allgemeinen Rechtsgedanken zu ermitteln.²⁵¹ Die analoge Anwendung eines einzelnen (Ausnahme-)Tatbestandes auf einen gesetzlich nicht geregelten Fall, die sogenannte Gesetzesanalogie, bleibt jedoch möglich.²⁵² Wie andere Normen müssen daher auch die urheberrechtlichen Schrankenregelungen grundsätzlich insoweit der Analogie fähig sein, als eine planwidrige Regelungslücke besteht und das ihnen zugrunde liegende Prinzip aufgrund gleicher Interessenlage seinem Sinn nach Anwendung auf den nicht ausdrücklich geregelten Fall fin-

248 Grundsätzlich keinen Raum für eine analoge Anwendung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen sehen weiterhin etwa: Fromm/Nordemann/*W. Nordemann*, Vor §§ 44a ff. Rn. 3; Möhring/Nicolini/*Nicolini*, § 45 Rn. 2; Schrickler/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rn. 21. Ähnlich HK-UrhR/*Dreyer*, Vor §§ 44a ff. Rn. 20 („allenfalls in seltenen Ausnahmefällen“).

249 Vgl. ausführlich *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946 (956 ff.). *Canaris*, Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 181 formuliert sogar: „Kaum eine verfehltete Regel hat soviel Unheil gestiftet wie die Behauptung, Ausnahmenvorschriften seien ihrem Wesen nach einer Analogie unzugänglich“ und stellt weiterhin fest, „daß es Vorschriften, die ihrer Natur nach jeder Analogie unzugänglich sind, nicht gibt.“, *ebd.*, S. 183.

250 Vgl. *Canaris*, Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 183; *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946 (973); *ders.*, JuS 2008, 949 (950).

251 Vgl. *Stieper*, Schranken, S. 67.

252 Vgl. *Canaris*, Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 184 ff. mit zahlreichen Beispielen. Zu den Begriffen der Rechts- und Gesetzesanalogie und ihrer Abgrenzung siehe *Larenz*, Methodenlehre, S. 383 f.

den kann.²⁵³ Insbesondere ist es nicht ausgeschlossen, einen bestimmten, im Gesetz geregelten Sondertatbestand einem zweiten rechtsähnlichen Sondertatbestand gleichzustellen, um die widerstreitenden Grundrechte zu einem interessengerechten und angemessenen Ausgleich zu bringen.²⁵⁴ Zu Recht ist daher die grundsätzliche Möglichkeit einer analogen Anwendung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen inzwischen in der höchst-richterlichen Rechtsprechung²⁵⁵ und auch in weiten Teilen der Literatur²⁵⁶ anerkannt.

Dennoch ist bei der analogen Anwendung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen generell eine gewisse Zurückhaltung geboten. Gerade die für den Bereich der analogen Werknutzung eingeführten

-
- 253 Vgl. *Schockenhoff*, in: FS Bechtold, S. 419 (427): „Richtigerweise muss jede scheinbare ‚Ausnahmevorschrift‘ im Rahmen der objektiv-teleologischen Auslegung gemäß ihrer ratio legis interpretiert werden. Infolgedessen sind Ausnahmevorschriften analogiefähig, sofern die Analogievoraussetzungen im Übrigen [...] gegeben sind.“ Vgl. auch *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (514); *Würdinger*, AcP 206 (2006), 946 (973). Ausführlich zu den Voraussetzungen eines Analogieschlusses etwa *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 475 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 381 ff.
- 254 Vgl. OLG Hamburg, ZUM-RD 1998, 2 (4 f.) – *Parfumflakon*; *Canaris*, Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 181; *Würdinger*, JuS 2008, 949 (959).
- 255 Siehe etwa BGHZ 87, 126 (129 ff.) – *Zoll- und Finanzschulen* (analoge Anwendung des § 52 Abs. 1 Nr. 1 UrhG a.F. auf Werkwiedergabe durch eine Einrichtung der öffentlichen Hand; i.E. abgelehnt); BGHZ 99, 162 (164 ff.) – *Filmzitat* (analoge Anwendung des § 51 Nr. 2 UrhG a.F. auf Filmwerke); BGHZ 123, 149 (155 f.) – *Verteileranlagen* (analoge Anwendung des § 52 UrhG a.F.; i.E. abgelehnt); BGHZ 174, 359 (366 ff.) – *Drucker und Plotter* (analoge Anwendung des § 54a Abs. 1 UrhG a.F.; i.E. mangels vergleichbarer Interessenlage abgelehnt); GRUR 2009, 53 (55) – *PC* (analoge Anwendung des § 54a Abs. 1 UrhG a.F.; i.E. im Anschluss an *Drucker und Plotter*-Entscheidung mangels vergleichbarer Interessenlage abgelehnt) GRUR 2009, 403 (405) – *Metall auf Metall* (analoge Anwendung des § 24 UrhG, bei dem es sich nach Ansicht des BGH „der Sache nach“ um eine Schranke handelt). Vgl. auch BGH, GRUR 2007, 500 (501 f.) – *Sächsischer Ausschreibungsdienst* (analoge Anwendung der Schranke für amtliche Datenbankwerke (§ 5 UrhG) auf Datenbanken, die dem Sui-generis-Schutz der §§ 87a ff. UrhG unterfallen).
- 256 Siehe etwa *v.Becker*, GRUR 2004, 104 (107 f.); *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rn. 7; *Geiger*, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich, S. 143 (152); *Hoeren*, in: Hilty/Geiger, Europäische Harmonisierung, S. 265 (267 ff.); *Kröger*, Informationsfreiheit und Urheberrecht, S. 222 ff.; *ders.*, MMR 2002, 18 (20 f.); *Leistner*, GPR 2007, 190 (192); *Poepfel*, Neuordnung, S. 45 f.; *Rau*, in: FS Nordemann, S. 327 (339); *Rehbinder*, ZUM 1991, 220 (225); *ders.*, Urheberrecht, Rn. 435; *Schrickler/Loewenheim/Loewenheim*, § 44a Rn. 3; *Stieper*, Schranken, S. 72 f.

Schranken sollten nicht unbesehen auf den digitalen Bereich übertragen werden. Vielmehr bedarf es für eine analoge Anwendung bei der Feststellung des Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke und der Vergleichbarkeit der Interessenlage eines besonders gründlichen Blickes auf die Auswirkungen einer solchen Ausdehnung sowie auf die hinter der konkreten Schrankenregelung stehenden Überlegungen und Beweggründe des Gesetzgebers. Hat dieser einen Reformbedarf und daher eine Erweiterung einer Schrankenregelung trotz der Kenntnis existierender oder möglicher zukünftiger Spannungen ausdrücklich verneint, so darf ein solches „Versäumnis“ nicht im Wege einer Analogie korrigiert werden. Gerade in den (wenigen) gesetzlichen Fällen, in denen der Gesetzgeber bereits versucht hat, eine gewisse Flexibilisierung einer Schranke durch deren Umgestaltung in eine generalklauselartige Bestimmung zu erreichen – so insbesondere bei der Änderung des Zitatrechts durch den sogenannten „zweiten Korb“ der Urheberrechtsreform²⁵⁷ –, ist besondere Zurückhaltung bei der analogen Anwendung geboten.²⁵⁸ Lässt sich eine fragliche Nutzung nicht im Wege der Auslegung unter die Generalklausel subsumieren, deren Ziel ja bereits die Flexibilisierung und Erweiterung des Anwendungsbereichs der Schrankenregelung ist, so droht im Falle einer analogen Anwendung eine Überschreitung der Wertentscheidung des Gesetzgebers und der darin zum Ausdruck kommenden, grundsätzlich abschließenden²⁵⁹ Abwägung der widerstreitenden Interessen und Grundrechte. Es bedarf daher in einem solchen Fall einer besonders gründlichen Prüfung, ob die analoge Anwendung der Bestimmung auf einen vergleichbaren Sachverhalt nach ihrem Sinn und Zweck aufgrund vergleichbarer Interessenlage geboten und mit dem Grundrechtsschutz aller Beteiligten zu vereinbaren ist. Gerade bei der Frage nach der analogen Anwendbarkeit solcher Schrankenbestimmungen, die vom Gesetzgeber für gänzlich andere Nutzungssachverhalte konzipiert wurden, auf vollkommen neuartige Sachverhalte, die bislang geregelt oder zumindest bekannten Fällen nicht ähnlich sind, wird diese Gebotenheit oftmals zu verneinen sein.²⁶⁰ Besondere

257 Siehe dazu unten 4. Kapitel, B.I.1.c.) und 7. Kapitel, C.I.

258 Ähnlich Schrickler/Loewenheim/Schrickler/Spindler, § 51 Rn. 8.

259 Vgl. BGHZ 150, 6 (8) – *Verhüllter Reichstag; Bornkamm*, in: FS Piper, S. 641 (648 f.); *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (518).

260 Zutreffend LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (323). Zu Beispielsfällen, in denen solche neuartigen Nutzungsformen sich nicht – auch nicht im Wege vorsichtiger

Zurückhaltung ist vor dem Hintergrund des Beteiligungsgrundsatzes zudem bei der entsprechenden Anwendung solcher Schrankenregelungen geboten, die nicht nur eine zustimmungsfreie sondern auch eine vergütungsfreie Nutzung des Werkes erlauben, insbesondere, wenn die Nutzung kommerziellen Zwecken dient.²⁶¹ Kein Raum ist jedenfalls schon aus verfassungsrechtlichen Gründen für eine völlig „freischwebende“ richterliche Güter- und Interessenabwägung im Lichte verfassungsrechtlicher Vorgaben²⁶² oder für die Einführung völlig neuer Schrankenregelungen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung,²⁶³ etwa einer allgemeinen Schranke zugunsten der „Bedürfnisse der Internetgemeinde“.²⁶⁴

d) Ergebnis zur Auslegung und analogen Anwendung der Schranken

Bei den Schranken des Urheberrechtsgesetzes handelt es sich nicht um *Ausnahmen* zum Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers, sondern vielmehr um *Inhaltsbestimmungen* des Urheberrechts, die verdeutlichen, an welcher Stelle der Gesetzgeber die Interessen der Nutzer oder der Allgemeinheit für (in der Regel) schwerwiegender gehalten hat als die des Urhebers und daher durch die Schranken Inhalt und immanente Grenzen des Urheberrechts festgelegt hat. Die Schranken sind daher weder grundsätzlich eng auszulegen, noch unterliegen sie einem Analogieverbot. Sie sind jedoch auch nicht generell weit auszulegen oder regelmäßig „krampfhaft“ im Wege der Analogie zu erweitern.²⁶⁵ Somit können weder die Annahme, es sei generell nach der Maßgabe „*in dubio pro auctore*“ auszulegen, noch die

Analogie – im Rahmen des geltenden Rechts erfassen lassen, siehe ausführlich unten 4. Kapitel, B.

261 Vgl. zur Auslegung der „Straßenbildfreiheit“ gemäß § 59 UrhG v. *Gierke*, in: FS Erdmann, S. 103 (107).

262 Siehe dazu auch unten 2. Kapitel, B.II.

263 Für eine solche Schaffung neuer Schranken im Wege richterlicher Rechtsfortbildung (unter Beachtung der Vorgaben des Dreistufentests) wohl *Bornkamm*, in: FS Erdmann, S. 29 (48) sowie ausführlich *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, *passim*. Dazu zu Recht kritisch *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive, S. 35.

264 Vgl. LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 313 (317); LG Hamburg, ZUM 2009, 315 (323); zustimmend *Dreier/Schulze*, Vor §§ 44a ff. Rn. 7.

265 Zu derartigen „krampfhaften“ Versuchen, etwa Überlegungen, die Verwendung von *Thumbnails* im Rahmen der Bildersuche durch eine übermäßige Ausdehnung des Zitatrechts zu rechtfertigen, siehe unten 4. Kapitel, B.I.1.c).

entgegengesetzte Auffassung einer grundsätzlichen Auslegung „*in dubio pro libertate*“ in dieser Allgemeinheit überzeugen.²⁶⁶ Anstelle einer solchen „Schwarz-Weiß-Malerei“ sind vielmehr die Ratio der jeweiligen Urheberrechtsschranke und ihre Reichweite im Einzelfall im Wege der Abwägung der entgegenstehenden Interessen und Grundrechte durch Auslegung zu ermitteln, um über ihre Anwendbarkeit zu entscheiden. Nicht jede Schrankenregelung basiert schließlich auf so wesentlichen verfassungsrechtlichen Interessen der Nutzer oder der Allgemeinheit wie beispielsweise die Schranke der Zitierfreiheit oder auch der Presseberichterstattung. Je nach „Stärke“ der verfassungsrechtlichen Fundierung einer Schrankenregelung kann sich demnach das Erfordernis einer eher restriktiven Auslegung zur Eindämmung einer zu weitgehenden Nutzungsmöglichkeit oder aber einer extensiven Auslegung oder analogen Anwendung im konkreten Fall ergeben. Freilich dürfen dabei die Grenzen der zulässigen Auslegung anhand der etablierten Auslegungsmethoden nicht überschritten werden. Lässt sich eine vormals unbekannte – etwa durch technologische Neuerungen entstandene – Nutzungsform dennoch nicht unter eine der bestehenden Schranken subsumieren – auch nicht mit Hilfe vorsichtiger Analogie –, so ist dieses Ergebnis zu akzeptieren. In diesem Fall ist der Gesetzgeber gefragt, einen erforderlichen angemessenen Interessenausgleich durch Gesetzesänderung, etwa durch die Schaffung einer neuen Schrankenregelung oder die Flexibilisierung des bestehenden Schrankensystems, zu ermöglichen.

Eine solche Auslegung, die anhand der Umstände des Einzelfalls neben den Interessen der Urheber auch den Zweck der jeweiligen Schrankenregelung und die durch die Schrankenregelung geschützten Interessen der anderen Beteiligten berücksichtigt, steht auch im Einklang mit dem *Beteiligungsprinzip* des Urheberrechts, nach dem der Urheber tunlichst angemessen an dem wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen ist, der aus seinem Werk gezogen wird.²⁶⁷ Die wirtschaftliche Teilhabe des Urhebers an der Werknutzung ist zwar eines der konstituierenden Merkmale des Urheberrechts als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG.²⁶⁸ Umgekehrt bestehen aber

266 *Leistner* hat daher treffend formuliert, Schranken seien „nicht eng und nicht weit, sondern richtig auszulegen“ (zitiert nach *Geiger/Engelhardt/Hansen/Markowski*, GRUR Int. 2006, 475 (483) [Hervorhebung durch den Verfasser]).

267 Vgl. BGHZ 11, 135 (143) – *Lautsprecherübertragung*; BGHZ 13, 115 (118) – *Platzzuschüsse*; BGHZ 17, 266 (282) – *Grundig-Reporter*.

268 Siehe dazu unten 6. Kapitel, D.I.1.

auch an der Nutzung und Verbreitung eines geschützten Werkes Interessen der Werkmittler und der Allgemeinheit von verfassungsrechtlichem Rang,²⁶⁹ die mit den Interessen der Urheber in Einklang zu bringen sind. Ergibt die (gegebenenfalls erweiternde) Auslegung einer Schrankenbestimmung und die Abwägung der beteiligten Interessen, dass eine Nutzung nicht von der Schranke erfasst ist, so muss dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers volle Geltung zukommen. Lässt sich eine Nutzung jedoch anhand der vorbeschriebenen Kriterien im Wege der Auslegung oder vorsichtigen Analogie einer bestehenden Schranke zuordnen, so ist die Reduzierung der Beteiligung des Urhebers auf einen gesetzlichen Vergütungsanspruch oder gegebenenfalls auch eine freie Nutzungsmöglichkeit als *angemessen* im Sinne des Beteiligungsgrundsatzes anzusehen, da dieses den vom Gesetzgeber vorgenommenen Wertungen entspricht.

3. Schrankenbestimmungen außerhalb des Schrankenkataloges der §§ 44a ff. UrhG

Neben den zuvor überblicksartig dargestellten „klassischen“, überwiegend im Rahmen des Schrankenkataloges der §§ 44a ff. UrhG verankerten Schrankenregelungen enthält das Urheberrechtsgesetz einige weitere Bestimmungen außerhalb des Schrankenkataloges, die die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte (zumindest) schrankenähnlich begrenzen. Von Interesse für die vorliegende Untersuchung sind insoweit insbesondere die Regelungen der §§ 24 und 12 Abs. 2 UrhG. Beiden Bestimmungen ist gemein, dass sie wesentliche Charakteristika einer Schrankenbestimmung aufweisen, vom Gesetzgeber jedoch – wie bereits ihre Stellung im Gesetz verdeutlicht – nicht als „klassische“ Schranken konzipiert beziehungsweise angesehen wurden. Ihr Schrankencharakter ist entsprechend umstritten.

a) Die freie Benutzung gemäß § 24 UrhG

In der Literatur ist umstritten, ob das Recht der freien Benutzung gemäß § 24 UrhG lediglich als Bestimmung und Begrenzung des urheberrechtlichen Schutzbereichs oder als eine Schrankenbestimmung anzusehen ist.

269 Siehe dazu unten 6. Kapitel, D.II und III.

Gewichtige Stimmen in der Literatur²⁷⁰ verstehen die Regelung als reine Schutzzumfangsbestimmung oder negative Inhaltsabgrenzung zu § 23 UrhG. Diese Ansicht wird zum einen mit dem Hinweis auf die Gesetzes-systematik begründet. Die Regelung des § 24 UrhG finde sich im Urheberrechtsgesetz im 4. Abschnitt, im Rahmen der Regelungen zu den Verwertungsrechten – und somit gerade nicht bei den Bestimmungen, die der Gesetzgeber im 6. Abschnitt als „Schranken des Urheberrechts“ in den §§ 44a ff. UrhG geregelt hat.²⁷¹ Zum anderen spricht nach dieser Auffassung auch die Funktion des § 24 UrhG gegen dessen Einordnung als Schrankenbestimmung.²⁷² Bei den im Rahmen der §§ 44a ff. UrhG zugelassenen Möglichkeiten der Vervielfältigung urheberrechtlicher Werke stehe die uneingeschränkte und weitgehend gleichbleibende Übernahme und Benutzung des älteren Werkes zu den jeweils konkret – und grundsätzlich enumerativ – benannten Zwecken im Vordergrund. Im Falle des § 24 Abs. 1 UrhG diene hingegen das bereits vorhandene Werk lediglich als Anregung. Im Vordergrund stehe die eigene schöpferische Tätigkeit des Nutzenden, die Schaffung eines neuen, eigenen und selbständigen Werkes. Letztlich würden somit im Falle der Anwendung des § 24 UrhG die Rechte des Urhebers gar nicht betroffen, da sich eine Verwendung des Werkes – wenn § 24 UrhG einschlägig sei – gerade außerhalb des Schutzzumfangs des urheberrechtlichen Werkes bewege. § 24 UrhG fehle somit ein wesentliches Merkmal einer Schrankenregelung: Während Schranken im Falle ihrer Einschlägigkeit die Rechte des Urhebers in einem Bereich verkürzten, in dem sie dem Urheber andernfalls zustünden, sei dies bei der Anwendung des § 24 UrhG gerade nicht der Fall.²⁷³

270 Siehe etwa *Chakraborty*, Freie Benutzung, S. 25 f.; *Czernik*, Die Collage, S. 306; *Franzen/v.Olenhusen*, UFITA 2007, 435 (439); *Fromm/Nordemann/A.Nordemann*, §§ 23, 24 Rn. 2; *v.Gamm*, UrhG, § 24 Rn. 4; *Lindhorst*, GRUR 2009, 406 (407); *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, S. 49; *Schricker*, JZ 2004, 311 (312); *Wandtke/Bullinger/Bullinger*, § 24 Rn. 1; *Wandtke/Schunke*, Urheberrecht, Kapitel 5 Rn. 10; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung, S. 154 ff.

271 Vgl. *Wandtke/Schunke*, Urheberrecht, Kapitel 5 Rn. 10; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung, S. 154 f. m.w.N.

272 Vgl. *Chakraborty*, Freie Benutzung, S. 25 f.; *Czernik*, Die Collage, S. 306; *Lindhorst*, GRUR 2009, 406 (407); *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung, S. 157 ff.

273 Vgl. *Chakraborty*, Freie Benutzung, S. 26; *Wegmann*, Der Rechtsgedanke der freien Benutzung, S. 158.

Die Gegenansicht²⁷⁴ erblickt in § 24 UrhG eine Schranke des Urheberrechts, die lediglich nicht im Rahmen des Schranken kataloges, sondern an anderer Stelle – bei den Verwertungsrechten des Urhebers – geregelt ist. Dieser Auffassung hat sich in jüngerer Zeit der Bundesgerichtshof in seiner viel beachteten Entscheidung *Metall auf Metall*²⁷⁵ angeschlossen, in der er feststellte, bei der Bestimmung des § 24 Abs. 1 UrhG „handel[e] es sich der Sache nach um eine, wenn auch an anderer Stelle des Urheberrechtsgesetzes geregelte Schranke des Urheberrechts“.²⁷⁶

Trotz der Stellung des § 24 UrhG außerhalb des Kataloges „klassischer“ Schrankenbestimmungen und trotz der gewissen funktionalen Unterschiede zwischen der freien Benutzung und den herkömmlichen Schranken ist der letztgenannten Ansicht zuzustimmen. Es spricht Vieles dafür, § 24 UrhG als eine Schranke des Urheberrechts anzusehen, die im Interesse der wissenschaftlichen und künstlerischen Auseinandersetzung und unter Abwägung der sich gegenüber stehenden Belange im Einzelfall die Übernahme fremden individuellen Gedankengutes erlaubt,²⁷⁷ denn die Regelung weist wesentliche Charakteristika einer Schrankenbestimmung auf.

Die Schranken des Urheberrechts sollen nach dem Willen des Gesetzgebers den „Interessen der Gemeinschaft“ beziehungsweise „berechtigten Interessen der Allgemeinheit“ dienen.²⁷⁸ Auch § 24 UrhG dient kulturellen Interessen der Allgemeinheit, zu der auch (andere beziehungsweise zukünftige) Urheber zählen, die als aktive „Kulturverwender“ ein Interesse an möglichst ungehindertem und idealerweise kostengünstigem Zugang zu bestehenden urheberrechtlich geschützten Werken haben.²⁷⁹ Diesem Zweck dient die Regelung des § 24 UrhG. Sie soll die Freiheit der geistigen und künstlerischen Auseinandersetzung mit bestehenden Werken ge-

274 Siehe etwa Dreier/Schulze, § 24 Rn. 10; Garloff, GRUR 2001, 476 (477); Haberstumpf, Handbuch, Rn. 316, 324; ders., ZUM 2003, 83; Leinemann, Sozialbindung, S. 99; Stieper, Schranken, S. 7; ders., ZUM 2009, 223 (224); Weßling, Digitales Sound-Sampling, S. 116.

275 BGH, GRUR 2009, 403 – *Metall auf Metall* mit Anm. Lindhorst.

276 Siehe BGH, a.a.O., S. 405 – *Metall auf Metall*.

277 So auch Haberstumpf, ZUM 2003, 83.

278 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. IV/270, S. 30. Eine Kategorisierung dieser „Interessen der Allgemeinheit“ findet sich bei Schricker/Loewenheim/Melichar, §§ 44a ff. Rn. 4.

279 Siehe dazu näher unten 6. Kapitel, D.III.

währleisten, die für die Entwicklung und die Entfaltungsmöglichkeit von Künstlern von grundlegender Bedeutung ist.²⁸⁰

Zur Erreichung eines angemessenen Ausgleichs zwischen Allgemein- und Urheberinteressen heben die Schrankenregelungen des Urheberrechtsgesetzes das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers durch unterschiedlich intensive Eingriffe punktuell auf. Wenn die Voraussetzungen einer Schrankenbestimmung erfüllt sind, kann der Urheber die Nutzung durch Dritte folglich nicht verbieten. So liegt es auch im Fall des § 24 UrhG. Die freie Benutzung gestattet, schutzfähige Elemente des fremden Werkes zu benutzen, um diese als Anregung für eigenes Werkschaffen zu verwenden.²⁸¹ § 24 UrhG setzt voraus, dass ein selbständiges Werk entsteht, welches in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen wird. Die Neuschöpfung muss also ihrerseits selbständig schutzfähig sein, und zwar unabhängig von den anregenden Elementen des benutzten Werkes.²⁸² Nach ständiger Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn angesichts der Eigenart des neuen Werkes die entlehnten eigenpersönlichen Züge des geschützten älteren Werkes so verblasen, dass die Benutzung des älteren Werkes durch das neuere Werk nur noch als Anregung zu einem neuen, selbständigen Werkschaffen erscheint.²⁸³ Anhand eines Vergleichs der einander gegenüberstehenden Werke ist zu ermitteln, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eigenschöpferische Züge des älteren Werkes übernommen worden sind.²⁸⁴ Werden diese – strengen – Anforderungen der Rechtsprechung eingehalten, so kann der Urheber diese Form der Nutzung seines Werkes nicht untersagen. Sein Verbotsrecht wird insoweit – ebenso wie im Falle der Anwendbarkeit einer „klassischen“ Schranke – begrenzt.

280 Vgl. Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 24 Rn. 1 m.w.N.

281 Siehe Dreier/Schulze, § 24 Rn. 6 f. m.w.N.

282 Vgl. BGH, GRUR 1961, 631 (632) – *Fernsprechbuch*; Dreier/Schulze, § 24 Rn. 5.

283 Vgl. BGH, GRUR 1994, 191 (193) – *Asterix-Persiflagen*; BGHZ 154, 260 (267) – *Gies-Adler*; BGHZ 181, 98 (106 f.) – *Tripp-Trapp-Stuhl*; zuletzt BGH, GRUR 2011, 134 (137) – *Perlentaucher*, jeweils m.w.N.

284 Siehe dazu näher unten 4. Kapitel, A.I.2.

b) § 12 Abs. 2 UrhG als Schrankenbestimmung

Nach § 12 Abs. 2 UrhG ist die öffentliche Beschreibung des Inhalts eines Werkes dem Urheber solange vorbehalten, bis das Werk selbst, dessen wesentlicher Inhalt oder eine Beschreibung des Werkes mit seiner Zustimmung veröffentlicht worden ist. Eine Ansicht in Literatur und Rechtsprechung²⁸⁵ folgert im Wege eines Umkehrschlusses aus dieser Regelung, dass *nach* der Veröffentlichung des Werkes grundsätzlich jedermann berechtigt sein soll, den Inhalt des Werkes öffentlich mitzuteilen oder zu beschreiben, selbst wenn die Inhaltsmitteilung eine Form annimmt, die grundsätzlich dem Urheber vorbehalten ist. Nach dieser Ansicht stellt § 12 Abs. 2 UrhG daher eine besondere Schrankenbestimmung dar.²⁸⁶ Dabei sollen nach zum Teil vertretener Ansicht sogar solche Inhaltsmitteilung zulässig sein, die in das Bearbeitungsrecht des Urhebers gemäß § 23 UrhG eingreifen, etwa weil sie fast ausschließlich aus übernommenen Versatzstücken des Originals bestehen.²⁸⁷ Die Grenze des Zulässigen ist jedoch auch nach dieser Ansicht jedenfalls dann überschritten, wenn die öffentliche Inhaltsmitteilung oder -beschreibung einen so weitgehenden Werkgenuss ermöglicht, dass sie geeignet ist, die Lektüre des Originalwerkes zu ersetzen.²⁸⁸

Nach anderer Ansicht²⁸⁹ enthält die Regelung des § 12 Abs. 2 UrhG hingegen (nur) einen über die Rechte aus § 12 Abs. 1 UrhG hinausgehen-

285 Vgl. LG Frankfurt a.M., ZUM 2007, 65 (67); *Erdmann*, in: FS Tilmann, S. 21 (30 f.); *Haberstumpf*, Handbuch, Rn. 205; *ders.*, ZUM 2011, 158 (160 f.); *Hackemann*, GRUR 1982, 262 (267); *Loewenheim/Dietz*, 1. Aufl., § 16 Rn. 11; *Müsse*, Urheberpersönlichkeitsrecht, S. 147 f.; *Rehbinder*, Urheberrecht, Rn. 511; *Schricker/Dietz*, 3. Aufl., § 12 Rn. 29; *Ulmer*, S. 213; im Ergebnis zustimmend *HK-UrhR/Dreyer*, § 12 Rn. 25.

286 Siehe zu den Möglichkeiten, die *Thumbnail*-Nutzung durch einen Rückgriff auf den Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG zu rechtfertigen, unten 4. Kapitel, B.I. 1.h).

287 Vgl. LG Frankfurt a.M., ZUM 2007, 65 (67); a.A. OLG Frankfurt, GRUR 2008, 249 (251).

288 Vgl. LG Frankfurt a.M., ZUM 2007, 65 (67); *Fromm/Nordemann/Dustmann*, § 12 Rn. 21; *Schricker/Dietz*, 3. Aufl., § 12 Rn. 29.

289 Vgl. BGH, GRUR 2011, 134 (139) – *Perlentaucher*; OLG Frankfurt, GRUR 2008, 249 (251); LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 65 (69); *Dreier/Schulze*, § 12

den, zusätzlichen Schutz des Urhebers *vor* der Erstveröffentlichung seiner Werke, aber keine Einschränkung seiner Rechte *nach* der Werkveröffentlichung. Was nach der Erstveröffentlichung zulässig ist, soll sich demnach allein nach den sonstigen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes, hinsichtlich der Möglichkeit von Inhaltsangaben also im Wesentlichen nach den §§ 23, 24 UrhG, richten, die nicht durch einen Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG umgangen werden sollen. Hätte der Gesetzgeber einen über § 24 UrhG hinausgehenden Entlehnungstatbestand schaffen wollen, so wäre dies im Gesetz *expressis verbis* zum Ausdruck gebracht worden.²⁹⁰ Gegen einen Umkehrschluss zu Lasten des Urhebers werden zudem Bedenken aufgrund der positiven Formulierung der Norm und aufgrund deren systematischer Stellung bei den Urheberpersönlichkeitsrechten geltend gemacht.²⁹¹

Sieht man von den – schwerwiegenden – systematischen Bedenken ab, die dem dargestellten Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 UrhG entgegenstehen, so kann man diese Regelung tatsächlich als Schranke des Urheberrechts deuten. § 12 Abs. 2 UrhG betrifft die Mitteilung des vollständigen oder des wesentlichen gedanklichen Inhalts eines urheberrechtlich geschützten Werkes in eigenen Worten. Die Zusammenfassung des gedanklichen Inhalts eines Schriftwerkes in eigenen Worten stellt grundsätzlich eine freie Benutzung gemäß § 24 UrhG dar. Die Zulässigkeit der freien Benutzung setzt jedoch keine vorherige Veröffentlichung des benutzten Werkes voraus.²⁹² Wäre die Zulässigkeit einer Inhaltsangabe jedoch nur nach den §§ 23, 24 UrhG zu beurteilen, so bliebe für die Regelung des § 12 Abs. 2 UrhG zumindest für Sprachwerke praktisch kein Anwendungsbereich.²⁹³ Es sind allerdings zahlreiche Fälle denkbar, in denen auch jenseits des so (begrenzt) verstandenen Anwendungsbereichs des § 12 Abs. 2 UrhG ein berechtigtes Interesse der Allgemeinheit an der Unterrichtung über den Inhalt eines Werkes besteht, die die unmittelbare Kenntnisnahme des Werkes durch Lesen, Hören oder Betrachten nicht er-

Rn. 24; Fromm/Nordemann/Hertin, 9. Aufl., § 12 Rn. 14; Loewenheim/Dietz/Peukert; § 16 Rn. 29; Obergfell, GRUR 2011, 208 (210); Ott, ZUM 2009, 345 (350); Pohl, Abstracts, S. 186 ff.; Schricker/Loewenheim/Dietz/Peukert, § 12 Rn. 29; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 12 Rn. 22.

290 Siehe LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 65 (69); Fromm/Nordemann/Hertin, 9. Aufl., § 12 Rn. 14.

291 Siehe Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 12 Rn. 22.

292 Vgl. HK-UrhR/Dreyer, § 24 Rn. 9.

293 Vgl. Haberstumpf, ZUM 2011, 158 (160).

setzt. So ist etwa bei knappen Inhaltsangaben zu wissenschaftlichen Texten in Fachdatenbanken die Einhaltung des von der Rechtsprechung im Rahmen des § 24 UrhG streng angewendeten Maßstabs des notwendigen Abstands zum individuellen gedanklichen Inhalt des zusammengefassten Werkes²⁹⁴ oftmals zweifelhaft oder auch offensichtlich nicht erfüllt.²⁹⁵ Dennoch offenbaren diese Fälle, dass ein erhebliches Interesse der Allgemeinheit besteht, durch solche Kurzwiedergaben auf relevante Literatur hingewiesen zu werden. Die Lektüre des Originalwerkes ersetzen die Hinweise im Falle wissenschaftlicher Beiträge offensichtlich nicht. Gerade deshalb entsprechen diese Mitteilungen in aller Regel aber auch dem Interesse des (wissenschaftlichen) Urhebers, der – nach der von ihm kontrollierten Veröffentlichung seines Werkes – von anderen Mitgliedern der „*Scientific Community*“ wahrgenommen werden möchte. Ebenso ist jenseits der Sprachwerke eine (sinnvolle) Inhaltsangabe oftmals nur durch Darstellung des gesamten Werkes – gegebenenfalls in verkleinerter Form wie bei den *Thumbnails* – möglich. Auch hier ersetzt die Inhaltsmitteilung jedoch vielfach nicht den Genuss des Originalwerkes.²⁹⁶

In den dargestellten Fällen verleiht die Anwendung des dargestellten Umkehrschlusses der Regelung des § 12 Abs. 2 UrhG somit ein typisches Charakteristikum einer Schrankenregelung: sie dient der Verwirklichung und dem Ausgleich (berechtigter) Interessen der Allgemeinheit und begrenzt zu diesem Zweck das Verbotsrecht des Urhebers.

II. Urheberrechtliche Schranken außerhalb des Urheberrechtsgesetzes

Die urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsbefugnisse finden grundsätzlich ihre Grenzen nicht nur in den im Urheberrechtsgesetz geregelten Schrankenbestimmungen, sondern auch in den *allgemeinen zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründen*. So ist eine Anwendung des Schikaneverbots (§ 226 BGB), der Notwehr (§ 227 BGB) oder auch des rechtfertigen-

294 Vgl. dazu bereits oben 2. Kapitel, B.I.3.a).

295 Deutlich wird dies etwa bei den knappen Inhaltswiedergaben zu Fachbeiträgen in der juristischen Datenbank *juris* oder den Hinweisen zu Aufsätzen in anderen Publikationen bei *beck-online*, die oftmals nur aus einer wörtlichen Wiedergabe der Einleitung, des Fazits oder aus einzelnen Versatzstücken des Originalbeitrags bestehen; ebenso *Haberstumpf*, ZUM 2011, 158 (160 f.).

296 Siehe dazu näher 4. Kapitel, B.I.1.h).

den aggressiven Notstandes (§ 904 S. 1 BGB analog)²⁹⁷ zur Rechtfertigung von nicht mehr durch die §§ 44a ff. UrhG gedeckten Nutzungen urheberrechtlich geschützter Werke nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Obwohl eine Anwendung dieser Rechtfertigungsgründe systemkonform ist, sind tatsächlich jedoch kaum Fälle vorstellbar, in denen ihre engen Voraussetzungen im Zusammenhang mit Eingriffen in das Urheberrecht erfüllt sein könnten.²⁹⁸

Gerade vor dem Hintergrund der in urheberrechtlichen Sachverhalten wohl kaum jemals erfüllten Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes²⁹⁹ ist überlegt worden, Eingriffe in das Urheberrecht durch das Institut des *übergesetzlichen Notstands* zu rechtfertigen.³⁰⁰ Das Institut wurde im Strafrecht aus dem allen Rechtfertigungsgründen zugrunde liegenden Prinzip entwickelt, dass der Täter bei einer unvermeidlichen Kollision widerstreitender Interessen nicht rechtswidrig handelt, wenn er das höherwertige Interesse dem geringwertigeren vorzieht und somit im Ergebnis etwas sozial Nützliches tut.³⁰¹ Dieser in umfangreicher Rechtsprechung fortentwickelte Rechtsgedanke wurde schließlich 1975 als heutiger § 34 in das StGB aufgenommen. Für das Urheberrecht wurde dieser Gedanke erstmals in einer Entscheidung des LG Berlin aus dem Jahre 1960 fruchtbar gemacht.³⁰² Danach soll eine Urheberrechtsverletzung ausnahmsweise dann gerechtfertigt sein, wenn die Benutzung des urheberrechtlich geschützten Werkes zum Schutz höherrangiger Interessen beziehungsweise eines höherwertigen Rechtsguts erforderlich ist. Im Kern geht es somit um eine Abwägung des urheberrechtlichen Schutzes mit grundgesetzlichen Positionen, insbesondere mit der Meinungs-, Informations-, Presse- und

297 § 904 S. 1 BGB bezieht sich unmittelbar nur auf Eingriffe in das Sacheigentum. Die Regelung findet jedoch nach h.M. analoge Anwendung bei Eingriffen in alle subjektiven Privatrechte; vgl. Staudinger/Seiler, § 904 Rn. 46 m.w.N.; für das Patent- und Urheberrecht Bornkamm, in: FS Piper, S. 641 (647).

298 Vgl. Schack, in: FS Schricker II; S. 511 (516); Schricker/Loewenheim/Melichar, Vor §§ 44a ff. Rn. 16.

299 § 904 S. 1 BGB setzt voraus, dass der Eingriff in ein fremdes Recht – in diesem Fall also in das Urheberrecht – „zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß“ ist.

300 So soweit ersichtlich erstmals Schricker/Wild, 1. Aufl., § 97 Rn. 20.

301 Vgl. RGSt 61, 242 sowie statt vieler Schöne/Schröder/Perron, StGB, § 34 Rn. 2 m.w.N.

302 Siehe LG Berlin, GRUR 1962, 207 (210) – *Maifeiern*.

Kunstfreiheit des Art. 5 GG.³⁰³ Die Rechtfertigung von Urheberrechtseingriffen mit Hilfe des *Instituts* des übergesetzlichen Notstands oder der *Methode* einer unmittelbaren *Güter- und Interessenabwägung* unter Rückgriff auf Grundrechte hat in Rechtsprechung³⁰⁴ und Literatur³⁰⁵ teilweise Zustimmung gefunden, ist jedoch ganz überwiegend abgelehnt worden.³⁰⁶

Dieser Ablehnung ist aus mehreren Gründen zuzustimmen, da eine solche „übergesetzliche“ Schrankenregelung weder systemkonform noch erforderlich ist. Schon die Herkunft des Instituts des übergesetzlichen Notstands aus dem Strafrecht lässt Zweifel an der Eignung für die Anwendung im Urheberrecht aufkommen. Im Strafrecht wurde das Institut des übergesetzlichen Notstands entwickelt, weil die Notstandsregelungen des BGB aufgrund ihres Bezugs auf Sachen unpassend waren. Im Urheberrecht stellt sich diese Situation jedoch anders dar. Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe des BGB, insbesondere des § 904 S. 1 BGB finden nach ganz h.M. ohne weiteres (zumindest analoge) Anwendung auf alle sonstigen subjektiven Privatrechte und somit auch auf das Urheberrecht. Ein Rückgriff auf das – seit der Kodifizierung im § 34 StGB nicht mehr existierende –

303 Vgl. Fromm/Nordemann/*J.B.Nordemann*, § 97 Rn. 23.

304 In Erwägung gezogen etwa von LG Berlin, NJW 1995, 881 (882) (Abwägung „unterschiedlicher Rechte von Verfassungsrang“); KG, NJW 1995, 3392 (3394) – *Botho Strauß*; LG Hamburg, AfP 1999, 379 (380) – *Berufungsschrift*; OLG Hamburg, NJW 1999, 3343 (3344) – *Berufungsschrift* (nicht beanstandet von BVerfG, ZUM 2000, 316 (316f.)); offen gelassen von KG, ZUM 2008, 329 (331).

305 Siehe Schrickler/*Wild*, 1. Aufl., § 97 Rn. 20 (die seit der 3. Aufl. allerdings nicht mehr vom übergesetzlichen Notstand spricht, sondern den Begriff „verfassungskonformer Interessenausgleich“ verwendet); Wandtke/Bullinger/*v.Wolff*, 2. Aufl., § 97 Rn. 32 (etwas anders nun die 3. Aufl., in der ein Ausschluss der Rechtswidrigkeit als Ergebnis einer Güterabwägung befürwortet, allerdings ein Rückgriff auf das Institut des übergesetzlichen Notstands für „nicht erforderlich“ gehalten wird); wohl auch Fromm/Nordemann/*Nordemann*, 9. Aufl., § 97 Rn. 19 (a.A. jetzt Fromm/Nordemann/*J.B.Nordemann*, 10. Aufl., § 97 Rn. 23).

306 Siehe BGHZ 154, 260 (266) – *Gies-Adler*; BGHZ 185, 291 (301) – *Vorschaubilder*; *Bornkamm*, in: FS Piper, S. 641 (647 f.); *Findeisen*, Auslegung, S. 124 f.; *Förster*, Fair Use, S. 81 f.; Fromm/Nordemann/*J.B.Nordemann*, § 97 Rn. 23; *Hoeren/Herring*, MMR 2011, 500 (502 f.); *Poeppel*, Neuordnung, S. 49 f.; *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (517); Schrickler/Loewenheim/*v.Ungern-Sternberg*, § 15 Rn. 29; Schrickler/Loewenheim/*Melichar*, Vor §§ 44a ff. Rn. 16 f.; Schrickler/Loewenheim/*Schricker/Spindler*, § 51 Rn. 8; *Seifert*, in: FS Erdmann, S. 195 (209); *Seydel*, Zitierfreiheit, S. 13 f.; wohl auch HK-UrhR/*Meckel*, § 97 Rn. 36.

tierende – strafrechtliche Institut des übergesetzlichen Notstands zur „Überwindung“ der strengeren Voraussetzungen der sachnäheren zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe erscheint als Systembruch und ist daher abzulehnen.³⁰⁷ Auch wenn in einigen Konstellationen eine Ausweitung des urheberrechtlichen Schrankenataloges aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendig oder gerecht erscheinen mag, sind Bestrebungen, Eingriffe in das Urheberrecht durch eine unmittelbare Güter- und Interessenabwägung unter direktem Rückgriff auf das Grundgesetz zu rechtfertigen, abzulehnen. Eine derartige „zweistufige Prüfung“³⁰⁸ – zunächst „normale“ Auslegung der Schrankenbestimmungen, sodann eine nachgelagerte „freischwebende Güterabwägung“³⁰⁹ – überschreitet die Kompetenz der Zivilgerichte, da sie die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten einer „grundsätzlich abschließenden Güterabwägung“³¹⁰ bei der Kodifizierung der urheberrechtlichen Schranken in jedem Einzelfall in Frage stellt.³¹¹ Es droht sonst eine Umgehung und Aushöhlung der Entscheidung des Gesetzgebers, dass der Urheber grundsätzlich die öffentliche Nutzung seiner Werke durch Ausschließlichkeitsrechte steuern können soll.³¹² Die ganz überwiegende Zahl der Fälle, in denen die gesetzlichen Schranken aus verfassungsrechtlichen Gründen tatsächlich als zu eng erscheinen, lässt sich zudem unter Rückgriff auf die etablierten Methoden verfassungskonformer Auslegung und gegebenenfalls analoger Anwendung der Schranken³¹³ lösen.³¹⁴ Durch verfassungskonforme Auslegung können die Gerichte das vom Gesetzgeber Gewollte im Sinne eines engeren oder weiteren Verständnisses präzisieren, es aber nicht inhaltlich verändern, so dass eine Rückbindung an die gesetzgeberische Interessenabwägung gesichert

307 Vgl. BGHZ 154, 260 (266 f.) – *Gies-Adler; Bornkamm*, in: FS Piper, S. 641 (647 f.); *Rehse*, Ungeschriebene Schranken, S. 75; *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (517).

308 *Bornkamm*, in: FS Piper, S. 641 (650).

309 *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (517).

310 BGHZ 150, 6 (8) – *Verhüllter Reichstag*.

311 Vgl. BGHZ 154, 260 (266 f.) – *Gies-Adler; Fromm/Nordemann/J.B.Nordemann*, § 97 Rn. 23.

312 Vgl. *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (516).

313 Zur Auslegung der urheberrechtlichen Schranken, siehe oben 2. Kapitel, B.I.2.

314 Vgl. BGHZ 154, 260 (265 ff.) – *Gies-Adler; Bornkamm*, in: FS Piper, S. 641 (649 f.); *Poepfel*, Neuordnung, S. 49 f.; *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (517 f.).

ist.³¹⁵ Ist eine verfassungskonforme Auslegung im Einzelfall wegen eines entgegenstehenden eindeutigen Wortlauts nicht möglich oder führt diese im Einzelfall zu untragbaren – oder vom Gericht für untragbar gehaltenen – Ergebnissen, so bleibt den Gerichten die Möglichkeit einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG.³¹⁶ Eine solche Vorlage durch die Anwendung einer gesetzlich nicht vorgesehenen und mit gesetzlichen Wertungen unvereinbaren Güter- und Interessenabwägung zu umgehen, widerspräche dem Willen des Gesetzgebers, der ausschließlich das Bundesverfassungsgericht ermächtigt hat, die Verfassungswidrigkeit einer Regelung festzustellen.³¹⁷ Hält auch das Bundesverfassungsgericht eine bestimmte Regelung für unvereinbar mit grundgesetzlichen Wertungen, so ist es Aufgabe des Gesetzgebers, für eine verfassungskonforme Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung zu sorgen – etwa durch die flexible Ausgestaltung der Schrankenregelungen, die eine angemessene Berücksichtigung der Wertentscheidungen des Grundgesetzes im Einzelfall ermöglicht.

C. Das Schrankensystem des US-amerikanischen Copyright Law

Auch im US-amerikanischen Copyright Law werden die Ausschließlichkeitsrechte dem Rechteinhaber nicht schrankenlos gewährt. Ebenso wie das deutsche und kontinentaleuropäische Urheberrecht kennt das Copyright einen gesetzlichen Katalog von Schrankenbestimmungen, unterscheidet sich aber insoweit erheblich vom deutschen Urheberrecht als zusätzlich eine generalklauselartige Schranke existiert. Dieser Generalklausel, der richterrechtlich entwickelten und inzwischen in 17 U.S.C. § 107 geregelten *Fair Use*-Doktrin (dazu sogleich I.), kommt dabei – im Gegensatz zu den zumeist sehr detaillierten Schrankenbestimmungen der 17 U.S.C. §§ 108-122 (zu diesen sonstigen „*Limitations on exclusive rights*“ unten II.) – eine überragende Bedeutung bei der Rechtfertigung von Eingriffen in die Verwertungsrechte des Urhebers zu.

315 Vgl. *Findeisen*, Auslegung, S. 124 f.; *Förster*, Fair Use, S. 82; *Schack*, in: FS Schrickler II, S. 511 (517 f.).

316 Vgl. Fromm/Nordemann/*J.B. Nordemann*, § 97 Rn. 23.

317 Vgl. BGHZ 154, 260 (266 f.) – *Gies-Adler; Bornkamm*, in: FS Piper, S. 641 (650).