

Einleitung

“I am not an advocate for frequent changes in laws and constitutions. But laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths discovered and manners and opinions change, with the change of circumstances, institutions must advance also to keep pace with the times. We might as well require a man to wear still the coat which fitted him when a boy as civilized society to remain ever under the regimen of their barbarous ancestors.”

– *Thomas Jefferson*

Auszug aus einem Brief vom 12. Juli 1816 an Samuel Kercheval,
Inscription am Jefferson Memorial in Washington, D.C.

Mehr als 195 Jahre sind vergangen, seit *Thomas Jefferson*, dritter Präsident der Vereinigten Staaten von Amerika, diese Worte in einem Brief an den Historiker *Samuel Kercheval* schrieb – an Aktualität haben sie bis heute nichts eingebüßt. Sie veranschaulichen eindrucksvoll, dass die Anpassung an sich wandelnde technische und wirtschaftliche Bedingungen seit jeher eine der wesentlichsten Aufgaben und Herausforderungen für das Recht ist.

Dies gilt in der heutigen Zeit in ganz besonderem Maße für das Urheberrecht. Es wird aufgrund der ständig neuen und wachsenden Möglichkeiten im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik und deren Umsetzung, der Digitalisierung von Information, der Weiterentwicklung von Computernetzwerken, insbesondere des Internets, und damit einhergehender neuer Geschäftsmodelle vor immer neue Herausforderungen von (auch) erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung gestellt. Die Digitalisierung ermöglicht es, die unterschiedlichsten Medien und urheberrechtlich geschützten Werke, unabhängig davon, zu welcher der bislang unterscheidbaren Werkarten sie gehören und in welcher Form sie bisher gespeichert oder verkörpert waren, in Sekundenbruchteilen und zumeist ohne signifikante Kosten und Qualitätsverluste weltweit zu verbreiten. Diese neuen Technologien führen so zu neuen Anwendungsbereichen der urheberrechtlich geschützten Werke und zu entsprechend neuen Nutzungsarten und Geschäftsmodellen. Zudem erlaubt ständig verbesserte Software, das urheberrechtlich geschützte Werk (fast) beliebig zu verändern, zu manipulieren und zu bearbeiten.

Manchen dieser Herausforderungen lässt sich dabei rechtlich nur in der Weise begegnen, dass die einschlägigen Gesetze nachträglich an die veränderte Nutzungsrealität angepasst werden. Alternativ können solche durch neue technische Entwicklungen auftauchende Gesetzeslücken – dauerhaft oder auch nur vorübergehend, bis der Gesetzgeber tätig geworden ist – durch die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung geschlossen werden. Ein zeitgemäßer Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber, Nutzer und Werkmittler verlangt gerade in Zeiten rapider Entwicklung die Möglichkeit sinnvoller Anpassung des Urheberrechts an die sich wandelnde Nutzungsrealität. Dies fällt jedoch schwer, wenn das geltende Recht so konzipiert ist, dass es durch die gewählte Art der Gestaltung schnell „veraltet“ und somit in der Praxis (ungewünschte) Konflikte erzeugt. Ein ständiges Tätigwerden des Gesetzgebers zur Vermeidung ungerechter und unerwünschter Konflikte im Einzelfall ist – verstärkt durch die zunehmende Europäisierung der Gesetzgebungsverfahren – bereits aus rein praktischen Gründen nicht möglich. Gerade deshalb erscheint es dringend notwendig, der Rechtsprechung hinreichende Gestaltungsfreiheit einzuräumen, um mehr Einzelfallgerechtigkeit und somit auch eine größere Akzeptanz für das Urheberrecht zu gewährleisten.

A. Gegenstand und Zielsetzung der Arbeit

Bei dem Versuch, das Urheberrecht zukunftsfähig zu machen, ist immer wieder bemängelt worden, dass insbesondere enumerative Kataloge urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen, wie die des deutschen Urheberrechtsgesetzes und anderer *droit d'auteur*-Systeme, aufgrund fehlender Flexibilität die Gefahr bergen, gewisse höherrangige Interessen, die sich durch eine Veränderung der Rahmenbedingungen ergeben, nicht genügend zu berücksichtigen. Bei neuen Geschäftsmodellen, die sowohl gesellschaftlich wünschenswert erscheinen als auch positive Effekte für Urheber und sonstige Rechteinhaber haben mögen und sich dennoch nach geltendem Recht nicht rechtfertigen lassen, wird dies augenscheinlich. So wurde gerade im Zusammenhang mit den neuen Möglichkeiten der *Google Buchsuche* oder der Darstellung von sog. *Thumbnails* durch Suchmaschinen oftmals der Vorwurf laut, das deutsche und (kontinental-)europäische Urheberrecht hinke den technischen Entwicklungen stets hinterher und werde weder den Interessen der Allgemeinheit, noch denen der Urheber gerecht. Vielfach werden die neuen Technologien bereits angewendet, unab-

hängig davon, ob dies rechtlich zulässig ist oder nicht. Um die Anpassungsfähigkeit des Urheberrechts an veränderte wirtschaftliche, technische und soziale Gegebenheiten zu gewährleisten, wird es daher vielfach für notwendig gehalten, von einem starren Regelungswerk Abstand zu nehmen und Flexibilisierungsmechanismen einzuführen. Dem wird zum Teil entgegengehalten, die Vorteile eines starren Schrankensystems würden dessen Nachteile deutlich überwiegen.

Im Rahmen dieser Arbeit soll deshalb darüber nachgedacht werden, inwieweit im Bereich der Schrankenregelungen sinnvoll eine größere Flexibilität im Urheberrecht erzeugt werden kann. Als Elemente zur Flexibilisierung der Schrankenregelungen sollen dabei in erster Linie die Implementierung einer Schrankengeneralklausel und offener Rechtsbegriffe in das Urheberrechtsgesetz untersucht werden.

Prominentester und wirtschaftlich bedeutendster Vertreter eines Systems von umfassend gewährtem Urheberrecht, dem eine als offene Generalklausel ausgestaltete Urheberrechtsschranke gegenübergestellt ist, sind die Vereinigten Staaten von Amerika. Eine Untersuchung der *Fair Use*-Doktrin des US-amerikanischen *Copyright* – die in über einhundertjähriger Rechtsprechung entwickelt und 1976 in den *Copyright Act* der USA (17 U.S.C. § 107) aufgenommen wurde – bietet die Möglichkeit, Vor- und Nachteile einer derartigen Schrankengeneralklausel gegenüber einem starren, abschließenden Schranken katalog aufzuzeigen. Einen Schwerpunkt der Untersuchung soll dabei die Anwendung der *Fair Use*-Doktrin bei der Konfrontation mit neuen digitalen Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke durch US-amerikanische Gerichte in den letzten Jahren und deren Bewertung durch die (amerikanische) Fachliteratur darstellen.

Eine rechtliche Begutachtung konkreter aktueller technischer Neuerungen und aus diesen entstehender neuer Geschäftsmodelle ermöglicht eine vertiefte und zugleich besonders plastische Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen eines enumerativen Kataloges von Einzelausnahmen und einer Schrankengeneralklausel in Bezug auf neue digitale Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke. Zur Illustration sollen deshalb maßgeblich die Geschäftsmodelle der *Google Buchsuche* und der Verwendung sogenannter *Thumbnails* bei der Bildersuche dienen, die erhebliche urheberrechtliche Probleme sowohl nach deutschem als auch nach US-amerikanischem Urheberrecht aufwerfen und daher in jüngster Zeit die Gerichte auf beiden Seiten des Atlantiks beschäftigt und zu einer regen wissenschaftlichen Diskussion geführt haben.

Abschließend soll die Möglichkeit und Opportunität der Einführung einer Generalklausel nach dem Vorbild der US-amerikanischen *Fair Use*-Doktrin oder der Übernahme einiger aus dem US-amerikanischen *Copyright* gewonnener Erkenntnisse in das deutsche und europäische Urheberrecht erörtert werden. Eine derartige Betrachtung *de lege ferenda* erfordert eine detaillierte Auseinandersetzung mit den durch inter- und supranationales Recht sowie durch das deutsche (Verfassungs-)Recht bestimmten rechtlichen Rahmenbedingungen für die gesetzgeberische Ausgestaltung der Urheberrechtsschranken. Jedoch soll die Untersuchung keinesfalls bei einer reinen Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen stehen bleiben, sondern vielmehr konkrete Formulierungsvorschläge für einzelne Rechtssetzungsvarianten liefern.

B. Gang der Untersuchung

Um eine klare Darstellung der bereits beschriebenen Ziele zu erreichen, ist diese Arbeit in drei Teile untergliedert. **Teil 1** der Untersuchung widmet sich ausgewählten Grundlagen des Urheberrechtsschutzes und dem System der urheberrechtlichen Schranken in Deutschland und in den USA. Nach einem Überblick über die Unterschiede bei der Urheberrechtsgewährung werden die unterschiedlichen Regelungstechniken eines enumerativen Kataloges von Einzelausnahmen und einer Schrankengeneralklausel gegenübergestellt. Anschließend soll das Schrankensystem des deutschen Urheberrechtsgesetzes näher dargestellt werden, bevor schließlich die *Fair Use*-Doktrin des US-amerikanischen *Copyright* näher erörtert wird.

In **Teil 2** der Arbeit erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der jeweiligen Regelungstechnik in Bezug auf neue digitale Nutzungsformen urheberrechtlich geschützter Werke. Zur Illustration sollen dabei im Wesentlichen die Geschäftsmodelle der *Google Buchsuche* und der Verwendung sogenannter *Thumbnails* bei der Bildersuche dienen, da sie als neue Nutzungsformen erhebliche urheberrechtliche Probleme sowohl nach deutschem als auch nach US-amerikanischem Urheberrecht aufgeworfen haben. Eine detaillierte Untersuchung der Ansätze zur Lösung dieser Probleme in der Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Literatur beider Rechtsordnungen ermöglicht wichtige Erkenntnisse für die Frage der Flexibilisierung des deutschen Urheberrechts *de lege ferenda*.

Einem (auch) rechtspolitischen Ansatz folgend, widmet sich **Teil 3** der Untersuchung diesen Möglichkeiten einer Flexibilisierung des deutschen