

Urheberrecht und Grundrechte

Von Prof. Dr. CYRILL P. RIGAMONTI, Bern*

I. Einleitung

Die Grundrechte waren in der Urheberrechtswissenschaft bis etwa in das Jahr 2000 kaum ein Thema, jedenfalls in der Schweiz nicht.¹ Die Relevanz des Verfassungsrechts beschränkte sich, abgesehen von allgemeinen Verfahrensgarantien, im Wesentlichen darauf, die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zum Erlass von Urheberrechtsgesetzen zu begründen. Soweit in der Urheberrechtsliteratur auf die Grundrechte Bezug genommen wurde, begnügte man sich in der Regel mit einem kurzen Hinweis darauf, dass das Urheberrecht prinzipiell durch die Eigentumsgarantie geschützt ist.²

Dies hat sich inzwischen grundlegend geändert. Zwar fehlt es in der Schweiz nach wie vor an einer Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen,³ doch schreibt die Bundesverfassung seit ihrer letzten Totalrevision im Jahr 2000 explizit vor, dass die Grundrechte «in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen» müssen und dass

* Ordinarius für Wirtschaftsrecht, Universität Bern. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 7. November 2016 anlässlich der Hauptversammlung des Bernischen Juristenvereins hielt. Das Manuskript wurde am 9. Mai 2017 abgeschlossen.

1 So konnte z. B. in einer Dissertation aus dem Jahr 2000 noch ohne Weiteres festgehalten werden, dass «der Einfluss der Verfassung auf das Urheberrecht in der schweizerischen Literatur noch nie vertieft behandelt wurde»; ERIC PAHUD, Die Sozialbindung des Urheberrechts, Diss. Zürich, Bern 2000, 2.

2 So z. B. MANFRED REHBINDER, Schweizerisches Urheberrecht, 3. Aufl., Bern 2000, Rz. 2. In Trollers immaterialgüterrechtlichem Standardwerk von 1983 wird die Bundesverfassung im Kapitel über «Die Rechtsquellen» mit keinem einzigen Wort erwähnt; siehe ALOIS TROLLER, Immaterialgüterrecht, Bd. I, 3. Aufl., Basel 1983, 3–14. Vgl. demgegenüber heute RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2011, Rz. 74.

3 Art. 190 BV. Darin wird heute freilich kein Überprüfungsverbot, sondern nur mehr ein Anwendungsgebot gesehen; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016, N 2089; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 8 N 10, § 11 N 38.

die Behörden dafür zu sorgen haben, «dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden»⁴, wozu nach ganz herrschender Auffassung auch die grundrechtskonforme Auslegung gehört.⁵ Darüber hinaus hat sich im Zuge der kontinuierlichen Ausdehnung des Urheberrechts im Laufe des 20. Jahrhunderts auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene vermehrt die Frage nach den Grenzen des Urheberrechtsschutzes in der Form gesetzlicher Urheberrechtsschranken gestellt. Diese – unter deutschem Einfluss ursprünglich unter dem Titel der «Sozialbindung des Urheberrechts»⁶ geführte – rechtspolitische Diskussion wurde inzwischen auf die grundrechtliche Ebene verlagert. Man hat erkannt, dass das Urheberrecht nicht nur einseitig Interessen betrifft, die durch die Eigentums- oder die Wirtschaftsfreiheit geschützt werden,⁷ sondern darüber hinaus auch mannigfache gegenläufige Interessen beschlägt, die sich auf andere Grundrechte stützen lassen, so z. B. auf die Medien-, Kunst-, Wissenschafts-, Meinungs- oder Informationsfreiheit.⁸ Entsprechend gehört es heute auch in der Schweiz schon beinahe zum guten Ton, in urheberrechtlichen Abhandlungen einen allgemeinen Grundrechtsteil einzubauen, der die einfachgesetzlichen Bestimmungen des URG auf die infrage kommenden Grundrechte bezieht,⁹ freilich ohne dass damit stets ein spezifischer Erkenntnisgewinn für das zu behandelnde urheberrechtliche Problem verbunden wäre.

Die dargelegte Entwicklung hin zu einem verstärkt grundrechtsorientierten Urheberrechtsverständnis beschränkt sich nicht auf die Schweiz, sondern ist ein internationales Phänomen. In der Rechtsprechung des europäischen Auslands sind dabei auch gewisse Ansätze zu einer Operationalisierung dieses Verständnisses festzustellen, und zwar in dem Sinne, dass die Grundrechte¹⁰ von einzelnen Gerichten dazu

benutzt werden, um in konkreten Fällen den Urheberrechtsschutz zu beschränken, obwohl eine Auslegung der einfachgesetzlichen Bestimmungen mit den traditionellen Methoden das Bestehen einer Urheberrechtsverletzung an sich nahelegen würde. Diese Ansätze sind Gegenstand des vorliegenden Beitrags. Ausgehend von einer Darstellung und kritischen Würdigung ausgewählter europäischer Leitentscheide zu diesem Thema (II.) wird das Verhältnis von Urheberrecht und Grundrechten nach schweizerischem Recht untersucht und in diesem Zusammenhang auch die Brücke zur laufenden Urheberrechtsrevision geschlagen (III.), bevor abschliessend ein Fazit gezogen wird (IV.).

II. Europäische Leitentscheide

In diesem Abschnitt werden ausgewählte Leitentscheide europäischer Gerichte dargestellt und analysiert, in denen das Verhältnis von Urheberrecht und Grundrechten insofern eine besondere Rolle spielte, als gestützt auf die Grundrechte in das einfachgesetzliche Urheberrecht eingegriffen wurde. In formaler Hinsicht lassen sich grundsätzlich zwei Typen von Eingriffen unterscheiden, nämlich die verfassungskonforme Auslegung und die Anerkennung grundrechtlicher Urheberrechtsschranken. Diese Unterscheidung soll indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass es materiell bei beiden Typen um dieselbe Frage geht, nämlich ob und inwiefern sich in bestimmten Streitfällen die Antwort auf eine konkrete Urheberrechtsfrage aus den Grundrechten ableiten lässt.

1. Verfassungskonforme Auslegung

Bei der grundrechtskonformen Auslegung des Urheberrechtsgesetzes scheint formal kein «Eingriff» in das einfache Gesetzesrecht vorzuliegen, weil der Gehalt der Grundrechte vorab in die auszulegende Gesetzesnorm hineininterpretiert wird, sodass oberflächlich gesehen eine Kollision zwischen Verfassung und einfachem Geset-

4 Art. 35 Abs. 1 und Abs. 3 BV.

5 Siehe z. B. TSCHANNEN (Fn. 3), § 7 N 67, § 8 N 4, 10; BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar BV, Basel 2015, Art. 35 N 16, 46, 68.

6 Siehe z. B. PAHUD (Fn. 1), 1; CYRILL P. RIGAMONTI, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, Diss. Zürich, Baden-Baden 2001, 136 ff.

7 Art. 26 und 27 BV.

8 Art. 16, 17, 20 und 21 BV.

9 Siehe z. B. im Zusammenhang mit der in Art. 25 URG geregelten Zitatschranke PIERRE-EMMANUEL RUEDIN, La citation en droit d'auteur, Diss. Neuchâtel, Basel 2010, Rz. 25 ff.

10 Mit dem hier weit verstandenen Begriff der «Grundrechte» sind abgesehen von den Freiheitsrechten der nationalen Verfassungen namentlich auch die Grund-

freiheiten der EMRK (SR 0.101) und des IPBPR (SR 0.103.2) sowie der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. EG C 364 vom 18. 12. 2000, 1) und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) gemeint.

zesrecht vermieden wird. In der Sache spielt es jedoch keine Rolle, ob der durch traditionelle Auslegung ermittelte Sinn einer einfachgesetzlichen Norm ex ante durch verfassungskonforme Auslegung oder – wie bei der Anerkennung grundrechtsbasierter Urheberrechtsschranken – ex post durch offene Modifikation des Auslegungsergebnisses korrigiert wird.¹¹ Der Eingriffscharakter der verfassungskonformen Auslegung lässt sich besonders gut anhand von Rechtssystemen illustrieren, die über eine institutionell verselbständigte Verfassungsgerichtsbarkeit verfügen, wie z. B. Deutschland. Dies soll nachfolgend anhand zweier Fälle geschehen, in denen der einfachgesetzliche Schutz des Urheberrechtsgesetzes auf verfassungsrechtlicher Grundlage eingeschränkt wurde. Es handelt sich dabei um die bekannten Entscheide des deutschen Bundesverfassungsgerichts in den Streit-sachen «Germania 3»¹² und «Metall auf Metall»¹³.

a) *Germania 3*

Im Fall «Germania 3» ging es im Wesentlichen darum, ob die Buchausgabe von Heiner Müllers Theaterstück «Germania 3 – Gespenster am toten Mann» die Urheberrechte der Erben von Bertold Brecht verletzte, weil Heiner Müller in seinem Stück in einer Szene Textpassagen aus Bühnenwerken von Bertold Brecht ohne Änderung und ohne Kommentar übernommen hatte, die ungefähr 4 von 18 Seiten der betreffenden Szene ausmachten.¹⁴ Diese Fremdtex-te waren kursiv gedruckt, und im Anhang wurde in allgemeiner Form auf die Quellen verwiesen. Urheberrechtlich stand die Frage im Vordergrund, ob dieses Verhalten von der Zitierfreiheit nach § 51 Nr. 2 UrhG¹⁵ gedeckt ist.

11 Vgl. auch HANS PETER WALTER, *Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung*, recht 2003, 9.

12 BVerfG, Beschluss vom 29. Juni 2000, 1 BvR 825/98.

13 BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2016, 1 BvR 1585/13.

14 Zum Stilmittel der «Zwischentexte» bei Heiner Müller, siehe AXEL METZGER, «Germania 3 Gespenster am toten Mann» oder Welchen Zweck darf ein Zitat gemäss § 51 Nr. 2 UrhG verfolgen?, ZUM 2000, 924 f.

15 § 51 Nr. 2 UrhG lautet wie folgt: «Zulässig ist die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werks zum Zweck des Zitats, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies insbesondere, wenn [...] 2. Stellen eines Werkes nach der Veröffentlichung in einem selbständigen Sprachwerk angeführt werden [...]».

Das OLG München¹⁶ entschied, dass diese Norm nicht anwendbar sei, weil sie nach der Rechtsprechung des BGH¹⁷ voraussetze, dass das Zitat «als Beleg für eigene Erörterungen des Zitierenden» diene.¹⁸ Das war im zu beurteilenden Fall klar nicht gegeben, weil die Texte bei Heiner Müller nicht als Beleg verwendet wurden, sondern eigene Ausführungen ersetzten. Nach Meinung des OLG München war daher die zulässige Grenze bereits aufgrund des fehlenden Zitatzwecks «eindeutig überschritten».¹⁹ Entsprechend lag eine Urheberrechtsverletzung vor, und die Verbreitung der Buchausgabe mit den Passagen aus Brechts Werken wurde verboten.²⁰

Der vom Verbot betroffene Verlag erhob Verfassungsbeschwerde. Das Bundesverfassungsgericht entschied, dass das Urteil des OLG München den Verlag in seinen Rechten aus der in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG²¹ enthaltenen Kunstfreiheit verletze. Dieses Grundrecht erfordere eine «kunspezifische Betrachtung», weshalb der Zitierfreiheit nach § 51 Nr. 2 UrhG «zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen sei, der weiter ist als bei anderen, nichtkünstlerischen Sprachwerken»²². Konkret bedeute dies, dass eine Belegfunktion nicht vorausgesetzt werden könne, sondern dass es genüge, wenn der urheberrechtlich geschützte Text «Gegenstand und Gestaltungsmittel» der eigenen künstlerischen Aussage bleibe,²³ was vorliegend der Fall sei. Entsprechend wurde das Urteil des OLG München aufgehoben und die Sache zur erneuten Beurteilung zurückverwiesen, wobei klargestellt wurde, dass das OLG München «bei seiner neuen Entscheidung § 51 UrhG im Lichte der verfassungsrechtlichen Erwägungen zur Kunstfreiheit auszulegen» habe.²⁴

16 OLG München, NJW 1999, 1975. Zum umgekehrten Ergebnis kam OLG Brandenburg, NJW 1997, 1162.

17 BGH, GRUR 1959, 197; BGH, GRUR 1968, 607. Zur wechselhaften Entwicklung der deutschen Rechtsprechung mit Bezug auf das Erfordernis der Belegfunktion siehe METZGER (Fn. 14), 926 ff.

18 OLG München, NJW 1999, 1976.

19 OLG München, NJW 1999, 1976.

20 BVerfG (Fn. 12), Rz. 3.

21 Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG lautet: «Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei.»

22 BVerfG (Fn. 12), Rz. 22.

23 BVerfG (Fn. 12), Rz. 26.

24 BVerfG (Fn. 12), Rz. 32.

Ob man diesem Entscheid im Ergebnis zustimmt²⁵ oder ob dasselbe Resultat auch ohne Rückgriff auf die Grundrechte hätte erzielt werden können,²⁶ spielt keine Rolle, denn darauf kommt es vorliegend nicht an. Massgebend ist, dass das Bundesverfassungsgericht in diesem Fall seine eigene Auslegung des einfachen Gesetzesrechts an die Stelle der Auslegung des zuständigen Zivilgerichts setzte, und zwar mit der lapidaren Begründung, die verfassungsrechtlich geschützte Kunstfreiheit verlange dies so.²⁷ Hier agierte das Bundesverfassungsgericht als «Superrevisionsinstanz»²⁸, die es nach eigener ständiger Rechtsprechung eigentlich gar nicht sein will.²⁹

b) *Metall auf Metall*

Die in «Germania 3» begründete Rechtsprechung wurde im zweiten hier interessierenden Fall im Kontext des ebenfalls im deutschen Urheberrechtsgesetz geregelten Leistungsschutzrechts der Tonträgerhersteller³⁰ weitergeführt. Die beiden Gründer der Musikgruppe Kraftwerk hatten 1977 den Titel «Metall auf Metall» veröffentlicht und nahmen dafür die Schutzrechte als Tonträgerhersteller in Anspruch. Sie klagten gegen die elektronische Übernahme einer circa zwei Sekunden langen Rhythmussequenz, die in fortlaufender Wiederholung zur Unterlegung des von der Sängerin Sabrina Setlur 1997 dargebotenen Hip-Hop-Titels «Nur mir» verwendet wurde («Sampling»)³¹.

In rechtlicher Hinsicht war umstritten, ob sich die Beklagten im konkreten Fall in analoger Anwendung von § 24 Abs. 1 UrhG³² auf

25 So z. B. METZGER (Fn. 14), 933; BERNHARD VON BECKER, Zitat und Kunstfreiheit, ZUM 2000, 864. Der Entscheid hat auch in der schweizerischen Lehre Anklang gefunden; siehe z. B. JACQUES DE WERRA, Liberté de l'art et droit d'auteur, medialex 2001, 148; JUDITH WYTENBACH, in: Basler Kommentar BV, Basel 2015, Art. 21 N 20.

26 So z. B. OLG Brandenburg, NJW 1997, 1162.

27 BVerfG (Fn. 12), Rz. 22.

28 A. M. METZGER (Fn. 14), 932.

29 Siehe dazu in jüngerer Zeit wieder BVerfG, Beschluss vom 24. Oktober 1999, 2 BvR 1821/99, Rz. 5; BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2013, 1 BvR 1942/12, Rz. 9.

30 § 85 UrhG.

31 BGH, GRUR 2013, 614.

32 § 24 Abs. 1 UrhG lautet wie folgt: «Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.»

die zulässige freie Benutzung der Tonaufnahme berufen konnten, nachdem der BGH bereits entschieden hatte, dass auch «kleinste Tonfetzen» vom Recht des Tonträgerherstellers erfasst werden und dass § 24 UrhG nicht zur Anwendung gelangt, «wenn es möglich ist, die auf dem Tonträger aufgezeichnete Tonfolge selbst einzuspielen»³³. Das mit der Prüfung dieser Vorgaben betraute OLG Hamburg kam nach einem aufwendigen Beweisverfahren zum Schluss, dass es 1997 möglich gewesen wäre, einen mit dem Original gleichwertigen Nachbau der fraglichen Tonsequenz herzustellen,³⁴ sodass § 24 UrhG das Verhalten der Beklagten nicht decke. Dieses Urteil wurde vom BGH bestätigt, und zwar unter expliziter Berücksichtigung der Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG sowie des «Germania 3»-Urteils des Bundesverfassungsgerichts.³⁵ Wenn es – wie vorliegend – einem Musikproduzenten möglich sei, die begehrte Tonsequenz ohne Eingriff in die Rechte des Tonträgerherstellers selbst herzustellen, gebiete es auch eine «kunstspezifische Betrachtung» nicht, dass er sich die Tonsequenz ohne Einwilligung und ohne Vergütung zu eigen machen dürfe, denn weder sei eine «unangemessene Behinderung der kulturellen Fortentwicklung» zu befürchten noch gewähre die Kunstfreiheit einen Schutz des künstlerischen Schaffens «zu denkbar günstigsten wirtschaftlichen Konditionen auf Kosten unternehmerischer Leistungen Dritter».³⁶

Das Bundesverfassungsgericht sah in diesem Entscheid eine Verletzung der Kunstfreiheit der betroffenen Musikproduzenten bzw. Komponisten und hob die Urteile des BGH und der Vorinstanzen entsprechend auf. Zwar seien die angewendeten Bestimmungen des UrhG für sich genommen verfassungsgemäss, doch beruhe die Auslegung und Anwendung dieser Normen durch die Zivilgerichte «auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung der Kunstfreiheit, der bei der erforderlichen Abwägung mit den Eigentumsinteressen der Tonträgerhersteller nicht das ihr zukommende Gewicht beigemessen» worden sei.³⁷ Die Nutzung kleinster Tonsequenzen («Samples») müsse «bei einer kunstspezifischen Betrachtungsweise auch unabhängig von der Nachspielbarkeit grundsätzlich

33 BGH, GRUR 2009, 403.

34 OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 398.

35 BGH, GRUR 2013, 616.

36 BGH, GRUR 2013, 616.

37 BVerfG (Fn. 13), Rz. 88.

möglich sein»³⁸. Der Einsatz von Samples von Originalaufnahmen im Bereich des Hip-Hops erfolge nicht zum Zweck der Kostenersparnis, sondern sei gerade «eines der stilprägenden Elemente» dieses Genres. Das Nachspielen der begehrten Sequenzen stelle dazu keinen gleichwertigen Ersatz dar, zumal dieses Erfordernis eine «abschreckende Wirkung» entfalte.³⁹

Unabhängig davon, ob man diesem Urteil im Resultat zustimmt,⁴⁰ ist in methodischer Hinsicht auch hier festzuhalten, dass das Bundesverfassungsgericht die Auslegung und Interessenabwägung der Zivilgerichte kurzerhand durch seine eigene ersetzte, und zwar wiederum mit der inhaltsleeren Begründung, die von der Kunstfreiheit geforderte «kunstspezifische Betrachtung» verlange dies so.⁴¹ Dem BGH als Fachgericht wurde überdies gleich noch erklärt, welche dogmatischen Varianten zur Umsetzung dieser Entscheidung infrage kommen, nämlich (i) eine weite Auslegung von § 24 UrhG, (ii) eine enge Auslegung von § 85 UrhG oder (iii) ein Rückgriff auf die Zitatschranke von § 51 UrhG.⁴² Für die Zwecke dieses Beitrags spielt es indes keine Rolle, ob es Auslegungsvarianten gibt, die einen Rekurs auf die Grundrechte überflüssig machen. Es geht auch hier einzig darum, dass eine Auslegung durch eine andere ersetzt und dies damit begründet wurde, dass sich diese Ersetzung *aus den Grundrechten* ergebe.⁴³

2. Grundrechtsbasierte Urheberrechtsschranken

Bei der zweiten Variante des Eingriffs des Verfassungsrechts in das einfachgesetzliche Urheberrecht wird die Prüfung der Grundrechte formal nicht in die Auslegung integriert, sondern als nachgelagerte Korrektur des Auslegungsergebnisses verstanden. Materiell geschieht

38 BVerfG (Fn. 13), Rz. 92.

39 BVerfG (Fn. 13), Rz. 99 f.

40 So z. B. SVEN SCHONHOFEN, Sechs Urteile über zwei Sekunden, und kein Ende in Sicht: Die «Sampling»-Entscheidung des BVerfG, GRUR-Prax 2016, 279; MATTHIAS LEISTNER, Die «Metall auf Metall»-Entscheidung des BVerfG, GRUR 2016, 777.

41 BVerfG (Fn. 13), Rz. 99.

42 BVerfG (Fn. 13), Rz. 110.

43 Zur wichtigen europarechtlichen Dimension des Urteils, auf die im Rahmen dieses Beitrags nicht eingegangen werden kann, siehe MALTE STIEPER, Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2016, ZUM 2016, 638 f.; LEISTNER (Fn. 40), 775 f.

zwar dasselbe wie bei der verfassungskonformen Auslegung, aber formell wird die Kollision zwischen Grundrechten und einfachem Gesetzesrecht offen als solche ausgewiesen.⁴⁴

a) *Glamourbilder*

Ein methodischer Leitentscheid in diesem Bereich ist das «Glamourbilder»-Urteil der französischen Cour de Cassation aus dem Jahre 2015 im Fall Malka gegen Klasen.⁴⁵ In der Sache ging es um den Modefotografen Alix Malka, dessen Bilder einer geschminkten Frau ohne seine Zustimmung in collagenartigen Kunstwerken von Peter Klasen verwendet wurden. Dabei wurden die einer Modezeitschrift entnommenen Bilder zwar teilweise zurechtgeschnitten und farblich verändert sowie mit anderen Gestaltungselementen verbunden, doch waren die Glamourbilder in den Endprodukten immer noch gut als solche erkennbar. Malka klagte wegen Urheberrechtsverletzung, verlor aber in der ersten Instanz, weil seinen Bildern der Urheberrechtsschutz versagt und überdies die Parodieschranke für anwendbar gehalten wurde. Demgegenüber sah die Berufungsinstanz in den fraglichen Bildern urheberrechtlich geschützte Werke und lehnte das Vorliegen einer Parodie, eines Zitats und von blossem Beiwerk ab. Überdies wies sie darauf hin, dass ein gerechter Interessenausgleich im Rahmen der Meinungsäusserungsfreiheit von Art. 10 EMRK kein überwiegendes Interesse des nachschaffenden Künstlers erkennen lasse und daher auch keine Urheberrechtsverletzungen erlaube. Entsprechend wurde das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und Klasen wegen Urheberrechtsverletzung zu Schadenersatz verurteilt.⁴⁶

In letzter Instanz folgte die Cour de Cassation der Ansicht der Berufungsinstanz zwar mit Bezug auf die Frage des Urheberrechtsschutzes, nicht aber hinsichtlich der Frage der Urheberrechtsverletzung. Folglich hob sie das Urteil auf, und zwar mit der Begründung, dass die Berufungsinstanz nicht hinreichend konkret erläutert habe,

44 Insofern ist es bei dieser Variante einfacher, den Grund für die derogierende richterliche Rechtsfortbildung zu erkennen, nämlich die Missbilligung der rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers; zur Unzulässigkeit dieser Art der Rechtsfortbildung nach schweizerischem Recht siehe WALTER (Fn. 11), 9.

45 Cour de Cassation, 1^{re} chambre civile, Arrêt n° 519 du 15 mai 2015.

46 Zum Ganzen Cour d'appel de Paris, Pôle 5 – chambre 1, Arrêt 12/02480 du 18 septembre 2013.

inwiefern ein «gerechtes Gleichgewicht» zwischen den infrage stehenden Rechten die Verurteilung wegen Urheberrechtsverletzung zwingend verlange, weshalb es dem Urteil an einer rechtlichen Grundlage fehle.⁴⁷ Man fragt sich, inwiefern es in einem konkreten Streitfall überhaupt je ein «gerechtes Gleichgewicht» zwischen widerstreitenden Rechtspositionen geben kann, denn das Gericht hat ja gerade zu entscheiden, welcher Rechtsposition der Vorzug zu geben ist, und wenn dieser Entscheid einmal gefällt ist, kann von «Gleichgewicht» nicht die Rede sein, weil zwangsläufig die eine Seite gewinnt und die andere verliert. Überdies ist es auch nur bedingt nachvollziehbar, wie es einem Verletzungsentscheid, der auf der Grundlage des ausgelegten Urheberrechtsgesetzes ergeht, an einer rechtlichen Grundlage fehlen kann, zumal dem vorinstanzlichen Entscheid durchaus eine – nach der hier vertretenen Meinung eigentlich gar nicht erforderliche – Abwägung im Rahmen von Art. 10 EMRK zu entnehmen ist.⁴⁸

Wie dem auch sei, die Bedeutung dieses Entscheids ist in methodischer Hinsicht nicht zu unterschätzen, selbst wenn die Cour de Cassation die Frage der Urheberrechtsverletzung im Ergebnis offenliess. Den französischen Zivilgerichten wird nämlich vorgeschrieben, in jedem Einzelfall ad hoc und konkret eine ausführliche Interessenabwägung zwischen Urheberrecht und Grundrechten vorzunehmen,⁴⁹ und zwar nachgelagert, also nachdem das Gericht die anwendbaren urheberrechtlichen Normen ausgelegt und auf dieser Grundlage eine Urheberrechtsverletzung festgestellt hat. Wird im Einzelfall keine solche «konkrete» Interessenabwägung vorgenommen, droht dem Urteil ohne weitere materielle Prüfung die Aufhebung. Dadurch wird dem potenziellen Urheberrechtsverletzer im Ergebnis die Möglich-

47 Cour de Cassation, 1^{re} chambre civile, Arrêt n° 519 du 15 mai 2015: «Qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte sus-visé.» Anders noch Cour de Cassation, 1^{re} chambre civile, Arrêt n° 01-14.385 du 13 novembre 2003.

48 Siehe Fn. 46.

49 In der – dem Urteil zustimmenden – französischen Lehre wird gerade das Erfordernis einer konkreten Interessenabwägung im Einzelfall (im Unterschied zur abstrakten Rechtsgüterabwägung ohne Rücksicht auf den Einzelfall) als die grosse Errungenschaft des grundrechtsbasierten Ansatzes verstanden; siehe CHRISTOPHE GEIGER, *Droit d'auteur et liberté d'expression artistique*, La Semaine Juridique (fr.) – Edition générale du 14 septembre 2015.

keit eröffnet, auf der Grundlage der Grundrechte doch noch recht zu bekommen, wenn der Fall auf der Basis des ausgelegten Urheberrechtsgesetzes bereits verloren scheint. Zudem wird mit der methodisch vorgeschriebenen nachgelagerten Interessenabwägung auch die Anerkennung grundrechtsbasierter Urheberrechtsschranken ermöglicht.⁵⁰

b) *Medienprofessor*

Der österreichische Oberste Gerichtshof hat den Schritt hin zur Anerkennung grundrechtsbasierter Urheberrechtsschranken bereits im Jahr 2001 vollzogen, und zwar im Fall «Medienprofessor»⁵¹, der über die Grenzen Österreichs hinaus Beachtung gefunden hat. Vom Sachverhalt her ging es um 16 Artikel, welche die grösste österreichische Boulevardzeitung innert kurzer Zeit über den Beklagten publiziert hatte. Der Beklagte war ein selbsternannter «Medienprofessor», der unter anderem auch drei Bücher zum Thema Boulevardjournalismus verfasst hatte. Die Zeitungsartikel kritisierten nicht seine Bücher, sondern die Geschäftsmethoden des Beklagten, und zwar in harschen Tönen. Er revanchierte sich, indem er diese Artikel allesamt einscannete und auf seiner Website der Öffentlichkeit im Volltext zugänglich machte, einschliesslich zweier Porträtfotos von Drittpersonen. Die hochgeladenen Artikel wurden auf der Website nicht im Einzelnen kommentiert, sondern waren über eine einfache Linkliste abrufbar. Abgesehen davon enthielt die Website nur einen kurzen Lebenslauf des Beklagten, eine Publikationsliste und Werbe- sowie Bestellinformationen für seine Bücher.

Der Zeitungsverlag klagte wegen Urheberrechtsverletzung. Die erste und die zweite Instanz kamen zum Schluss, dass im vorliegenden Fall keine Schranke des Urheberrechtsgesetzes anwendbar war.⁵² Der OGH teilte diese Auffassung und prüfte daher vorab auch gleich, «ob unter Berufung auf das Grundrecht der freien Meinungsäusserung in

50 Zum Verhältnis dieser methodischen Vorgabe zum rechtspolitischen Primat des Gesetzgebers siehe Fn. 79.

51 OGH, MR 2001, 304. Siehe aus der neueren Rechtsprechung auch OGH, ZUM 2011, 275.

52 Geprüft und verworfen wurden § 42 öUrhG (Eigengebrauch), § 42c öUrhG (Berichterstattung über Tagesereignisse), § 44 Abs. 1 öUrhG (freie Werknutzung) und § 46 Ziff. 2 öUrhG (wissenschaftliches Grosszitat); OGH, MR 2001, 305.

Urheberrechte eingegriffen werden kann oder ob die grundrechtlichen Schranken des Urheberrechts durch die freien Werknutzungen abschliessend geregelt sind»⁵³. In Abkehr von seiner – zu diesem Zeitpunkt nur wenige Jahre alten – Rechtsprechung⁵⁴ war der OGH auf der Basis einer kurzen Übersicht der Lehrmeinungen der Auffassung, «dass einem urheberrechtlichen Unterlassungsanspruch das durch Art. 10 EMRK geschützte Recht auf freie Meinungsäusserung entgegenstehen kann»⁵⁵. Genau dies sei vorliegend der Fall, denn der Beklagte habe seine Behauptung, er sei das «Zielobjekt einer Medienkampagne» der Klägerin gewesen, nur durch unveränderte Wiedergabe der Artikel im Volltext belegen können. Es sei für ihn daher notwendig gewesen, die Artikel auf seiner Website für sich selbst sprechen zu lassen, um seine Meinung auszudrücken.⁵⁶ Dass er diese Meinung auf der Website selbst nicht kundtat, sich mit den hochgeladenen Artikeln inhaltlich nicht auseinandersetzte und die Werbung für seine Bücher im Vordergrund stand, liess der OGH zugunsten der Klägerin nicht gelten, denn «nur die unkommentierte Wiedergabe der Artikel» habe einen «unverfälschten Eindruck» vermitteln können, der zur kritischen Auseinandersetzung einlade.⁵⁷ Das Verhalten des Beklagten sei zitatähnlich, freilich ohne die gesetzlichen Voraussetzungen der relevanten Schranke zu erfüllen. Dieses Manko werde aber dadurch kompensiert, dass sein Recht auf Meinungsäusserung stärker wiege als die Interessen der Urheberrechtsinhaberin, deren wirtschaftliche Verwertung der Artikel durch das Vorgehen des Beklagten nicht beeinträchtigt werde.⁵⁸ Entsprechend wurde der Entscheid der Vorinstanz aufgehoben und die Klage des Zeitungsverlags abgewiesen.

53 OGH, MR 2001, 306.

54 Siehe z. B. OGH, MR 1997, 95: «Das durch Art. 13 StGG und Art. 10 MRK verfassungsrechtlich geschützte Grundrecht auf freie Meinungsäusserung rechtfertigt nicht den Eingriff in die urheberrechtlich geschützten Rechte über die im UrhG festgelegten freien Werknutzungen hinaus.» Zu Entwicklung und Stand des österreichischen Rechts in diesem Bereich siehe GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER, Vor §§ 41 ff. UrhG, in: Guido Kucsko (Hrsg.), *urheber.recht*, Wien 2008, 659 ff.

55 OGH, MR 2001, 306.

56 OGH, MR 2001, 307.

57 OGH, MR 2001, 307. Die weniger einschneidende Möglichkeit, auf die Artikel zu verlinken, die auch auf der Website der Klägerin frei zugänglich waren, wurde nicht in Betracht gezogen.

58 OGH, MR 2001, 307.

Dieser Entscheid schafft im Ergebnis eine neue urheberrechtliche Schranke, die im anwendbaren Urheberrechtsgesetz keine Grundlage hat und die sich daher unmittelbar auf die Grundrechte stützt. Durch die Anerkennung einer «direkten Horizontalwirkung»⁵⁹ wird die Meinungsäusserungsfreiheit hier zur «externen» Schranke des Urheberrechts.⁶⁰ Dass man dasselbe Ergebnis auch ohne Umweg über die Grundrechte auf der Grundlage des allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbots⁶¹ hätte erreichen können, spielt keine Rolle. Vielmehr kommt es darauf an, dass aufgrund einer der Gesetzesauslegung nachgelagerten Interessenabwägung ein urheberrechtlicher Anspruch abgelehnt wurde, der nach Meinung des urteilenden Gerichts an sich urhebergesetzlich ausgewiesen gewesen wäre, und zwar wiederum mit der Begründung, dies ergebe sich *aus den Grundrechten*.

3. Würdigung und Kontextualisierung

Die dargelegten Beispielfälle haben alle gemeinsam, dass Grundrechte dazu eingesetzt wurden, eine im Ergebnis unerwünschte Auslegung des anwendbaren Urheberrechtsgesetzes zu verhindern oder nachträglich zu korrigieren.⁶² Bei der verfassungskonformen Auslegung erfolgte dies wegen ihrer formalen Integration in die allgemeine Auslegungsmethodik verdeckt, während die Kollision von

59 Aus schweizerischer Perspektive ist eine solche «direkte Horizontalwirkung» gerade wegen der Unbestimmtheit und der Kollision von Grundrechtspositionen grundsätzlich kritisch zu sehen; TSCHANNEN (Fn. 3), § 7 N 63.

60 Allgemein zur Vorstellung der Grundrechte als «externer» Schranken des Immaterialgüterrechts siehe CHRISTOPHE GEIGER, *L'utilisation jurisprudentielle des droits fondamentaux en Europe en matière de propriété intellectuelle: Quel apport? Quelles perspectives?*, in: Christophe Geiger (Hrsg.), *La contribution de la jurisprudence à la construction de la propriété intellectuelle en Europe*, Paris 2013, 199.

61 Dem Urteil des OGH ist zu entnehmen, dass sich das Gericht primär daran störte, dass der Verlag mit seiner Klage keinen legitimen Zweck verfolgte, sondern offenbar einzig «eine Auseinandersetzung mit der durch die Artikelserie dokumentierten Medienkampagne zu verhindern» suchte; OGH, MR 2001, 307. Zum Rechtsmissbrauchsverbot im österreichischen Privatrecht siehe allgemein FRANZ BYDLINSKI, *Skizzen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im österreichischen Privatrecht*, in: FS Heinz Krejci, Bd. II, Wien 2001, 1079 ff.

62 In den genannten Fällen ging dies jeweils auf Kosten der Urheberrechtsinhaber, aber es ist selbstredend nicht ausgeschlossen, dass dies auch zulasten der Urheberrechtsnutzer gehen könnte; siehe dazu auch die Hinweise in Fn. 97.

Verfassung und Gesetz bei der Anerkennung grundrechtsbasierter Urheberrechtsschranken offengelegt wurde. Diese Methoden werden im Folgenden zunächst kritisch gewürdigt und dann in einen grösseren urheberrechtspolitischen Zusammenhang gestellt.

a) *Methodenkritik*

Es geht vorliegend nicht darum, die materiellen Ergebnisse der geschilderten Beispielfälle zu kritisieren, denn das Problem liegt auf der *methodischen* Ebene. Die oben beschriebene Vorgehensweise der Gerichte wäre nur dann überzeugend, wenn die angerufenen Grundrechte *inhaltlich genügend bestimmt* wären, um im konkreten Fall als verlässliche Grundlage für einen Entscheid dienen zu können. Dies trifft jedoch auf kein einziges relevantes Grundrecht zu,⁶³ denn abstrakte Proklamationen des Typs «Die Freiheit der Kunst ist gewährleistet»⁶⁴ sagen nichts darüber aus, wo genau die Grenzen des Urheberrechtsschutzes zu ziehen sind, weder generell-abstrakt noch individuell-konkret. Wäre dem so, bräuchte man keine Urheberrechtsgesetze. Insofern kann nicht die Rede davon sein, dass Grundrechte «als Hilfestellung zum Auffinden ausgewogener Lösungen» für urheberrechtliche Problemstellungen dienen können,⁶⁵ denn diese Hilfestellung vermögen sie schlicht nicht zu leisten.

Hinzu kommt, dass im Bereich des Urheberrechts auf Verfassungsebene in der Regel gleich mehrere unbestimmte Grundrechte miteinander kollidieren, weil die Interessen der Urheber durch die Eigentumsgarantie und die Interessen der Nutzer durch andere Grundrechte geschützt werden.⁶⁶ Daraus lässt sich zwar allgemein ableiten,

63 Vgl. auch HANSJÖRG SEILER, *Praktische Rechtsanwendung*, Bern 2009, 77: «Hochgradig unbestimmt sind insbesondere die Grundrechte»; a. M. CHRISTOPHE GEIGER, «Constitutionalising» Intellectual Property Law?, IIC 2006, 385, der die Unbestimmtheitskritik pauschal ablehnt, ohne jedoch in der Folge die angebliche Bestimmtheit der Grundrechte konkret darzulegen.

64 Art. 21 BV.

65 So aber METZGER (Fn. 14), 933. Zu Recht sprechen ROLF H. WEBER/CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, *Grundrechtsdimensionen im Urheberrecht?*, sic! 2005, 418, in diesem Zusammenhang vom «diskretionären Abrakadabra bei der Interessenbewertung».

66 Aus diesem Grund können die zwei typischen Anwendungsfälle der verfassungskonformen Auslegung, nämlich die «Wahl zwischen mehreren Auslegungsergebnissen» und die «Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen» (dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR [Fn. 3], N 152 f.), jedenfalls bei Fragen der Urheber-

dass der bestehende Urheberrechtsschutz wegen der Eigentumsgarantie nicht ohne Weiteres abgeschafft werden kann und dass dieser Schutz wegen anderer Grundrechte nicht absolut sein darf. Darüber hinaus haben die Grundrechte jedoch *keinen intrinsischen normativen Gehalt*, aus dem sich Antworten auf spezifische Rechtsfragen deduzieren liessen.

Wer aus den luftigen Höhen abstrakter Grundrechte auf den Boden konkreter Urheberrechtsprobleme herabsteigen will, kommt nicht um eine wertende Abwägung der kollidierenden Grundrechtspositionen herum, wobei das Resultat dieser wertenden Abwägung den Grundrechten selbst nicht zu entnehmen ist.⁶⁷ Auch eine noch so ausgefeilte «Eingriffsdogmatik» kann hier nicht weiterhelfen, weil sie angesichts der normativen Unbestimmtheit der Grundrechte gar nicht anders kann, als auf eine Interessenabwägung modo legislatoris hinauszulaufen, die von den Grundrechten selbst nicht vorgegeben wird.⁶⁸ Man muss offen anerkennen, dass es für die Gerichte schlicht ein Ding der Unmöglichkeit ist, der normativen Unbestimmtheit der Grundrechte zu entkommen. Aus diesem Grund ist es Sache des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, die erforderlichen Wertungen durch Schaffung eines Urheberrechtsgesetzes vorzunehmen und unter Berücksichtigung aller Umstände politisch zu entscheiden, welche Interessen geschützt und welche zurückgesetzt werden.⁶⁹ Ist dieser Entscheid aber einmal gefallen, haben die Gerichte und die Rechtsunterworfenen grundsätzlich damit zu leben.⁷⁰ Die bei Verfassungs-

rechtsverletzung von vornherein nicht greifen, denn aufgrund der Grundrechtskollision vermag die Verfassung alleine gerade keine Anhaltspunkte dafür zu liefern, welche Auslegung der Verfassung besser entsprechen würde; vgl. auch SEILER (Fn. 63), 82.

67 Gl. M. SEILER (Fn. 63), 121 f. Nicht ohne Grund spricht die Lehre – wie auch das Bundesgericht (z. B. BGE 112 Ia 208, E. 2a) – in diesem Zusammenhang von der Notwendigkeit der «Konkretisierung» der Grundrechte im Sinne einer «schöpferischen» Auslegung; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 3), N 86; TSCHANNEN (Fn. 3), § 4 N 9; WALTER (Fn. 11), 6.

68 Zur prinzipiellen Untauglichkeit der Eingriffsdogmatik bei «zivilrechtlich regierten Konflikten unter Privaten» siehe TSCHANNEN (Fn. 3), § 7 N 107.

69 Dieses Verständnis zeigt sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; siehe z. B. BGE 140 III 616, E. 3.6.2; dazu allgemein auch SEILER (Fn. 63), 60, 121 f.

70 Vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 3), N 88; SEILER (Fn. 63), 121. Zur grundsätzlich abschliessenden Regelung urheberrechtlicher Interessenkonflikte durch das Urheberrechtsgesetz siehe auch BGE 120 IV 208, E. 3a.

rechtlern verbreitete Vorstellung, kollidierende Grundrechtspositionen könnten «miteinander zum Ausgleich gebracht werden»⁷¹, klingt zwar angenehm harmonisch, ist aber entweder eine Illusion oder ein Euphemismus, denn entscheiden müssen Gesetzgeber und Gerichte ja gerade deshalb, weil es einen solchen «Ausgleich» nicht gibt.

Dies bedeutet freilich nicht, dass die Urheberrechtsgesetze zwingend auf jede Frage eine Antwort hätten⁷² und dass die Gerichte nicht im Einzelfall dazu berufen sein können, das Recht auslegend zu gestalten oder gar fortzubilden,⁷³ was im Urheberrecht schon aufgrund der rasanten technologischen Entwicklungen alles andere als ausgeschlossen ist. Nur können sich die Gerichte in solchen Fällen bei ihrer funktional rechtsetzenden Tätigkeit nicht hinter dem Verfassungsrecht verstecken und so tun, als ob die dafür erforderlichen Entscheidungen den Grundrechten entspringen würden. Liefert eine bestimmte Gesetzesnorm nach Meinung des Gerichts keine Antwort auf die zu entscheidende Urheberrechtsfrage, dann ist es reine Einbildung, zu glauben, die Antwort ergebe sich aus einer – zwangsläufig noch abstrakteren – Bestimmung auf Grundrechtsebene.⁷⁴ Dass das Verfassungsrecht im Stufenbau der Rechtsordnung dem einfachen Gesetzesrecht hierarchisch übergeordnet ist,⁷⁵ ändert an diesem Befund nichts, denn die Überordnung alleine vermag die normative Bestimmtheit der Grundrechtsnormen ganz offensichtlich nicht zu erhöhen. Insofern müssen alle, die im Urheberrecht auf grundrechtsbasierte

71 So z. B. ANDREAS PAULUS, *Europäischer Integrationsbedarf und nationale Regelungskompetenz*, ZUM 2016, 517.

72 Insofern kann die vorliegende methodische Kritik an der grundrechtsbasierten Rechtsanwendung theoretisch auch die Anwendung einfachgesetzlichen Rechts treffen, nämlich wenn eine Norm die Lösung nicht vorgibt und das Gericht daher gezwungen ist, genuines Richterrecht zu schaffen, aber trotzdem so tut, als ob dies von der Norm vorgegeben wäre. Freilich ist der Anreiz für ein solches Verhalten – jedenfalls in der Schweiz – wesentlich geringer als im Grundrechtsbereich, weil die Gerichte immer dann, wenn ausnahmsweise eine Regelungslücke besteht, wegen Art. 1 Abs. 2 ZGB dazu berufen und auch legitimiert sind, die Lücke *modo legislatoris* zu füllen. In diesem Zusammenhang dürfen sie auch Grundrechtspositionen gegeneinander «abwägen».

73 Dazu allgemein WALTER (Fn. 11), 2 ff.

74 Vgl. auch SEILER (Fn. 63), 82; a. M. GEIGER (Fn. 60), 199, 205.

75 Diese – unbestrittene – «Überordnung der Verfassung» wird zusammen mit dem Grundsatz der «Einheit der Rechtsordnung» in der Regel dazu verwendet, die verfassungskonforme Auslegung zu legitimieren; siehe z. B. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 3), N 148, 2073.

Korrekturen des einfachen Gesetzesrechts bauen, zwangsläufig mit einer kontrafaktischen Bestimmtheitsfiktion arbeiten, die freilich nur verdeckt, dass das betreffende Gericht an dieser Stelle eben nach eigenem Gutdünken Recht setzt.

Werden Gerichte vom Verfassungsgeber dazu autorisiert, einfaches Gesetzesrecht auf seine Übereinstimmung mit Grundrechten hin zu überprüfen, wozu nach dem Gesagten auch die Befugnis zur verfassungskonformen Auslegung gehört, liegt darin zugleich und unvermeidbar eine partielle Delegation von Rechtsetzungsmacht von der Legislative an die Judikative. Entscheidet ein Gericht, diese Macht im konkreten Fall dazu zu nutzen, eine im Ergebnis unerwünschte Rechtslage zu korrigieren, die sich aufgrund des anwendbaren Urheberrechtsgesetzes an sich ergeben würde, so ist dies grundsätzlich in Kauf zu nehmen. Hingegen lässt sich das korrigierte Ergebnis auch dann nicht mit den Grundrechten begründen, sondern eben einzig mit dieser Rechtsetzungsmacht des Gerichts.⁷⁶ Entsprechend muss in solchen Fällen verlangt werden, dass das Gericht sich offen zur rechtsetzenden und gegebenenfalls gesetzesändernden Tätigkeit bekennt und die Notwendigkeit dieses Vorgehens auch materiell begründet, ohne dass dafür die Grundrechte vorgeschoben werden und so getan wird, als ob es dabei lediglich um die Anwendung von höherrangigem Recht gehe.⁷⁷ Wer sich dazu bekennen muss, ein Gesetz nicht anzuwenden, wird sich dies zweimal überlegen, was mit Blick auf die Stabilität des Justizsystems und die Rechtssicherheit auch richtig ist. Wenn die Gerichte unter Berufung auf die Grundrechte Urheberrechtsfälle ad hoc nach eigenem Gutdünken am Gesetz vorbei entscheiden können, ohne ihr rollentypisches Selbstverständnis als bloße Rechtsanwender aufgeben zu müssen, wird die Rechtsprechung über kurz oder lang der Beliebigkeit preisgegeben, und zwar mit potenziell destabilisierenden Wirkungen für das gesamte Urheberrechtssystem. Entsprechend ist hier Zurückhaltung geboten,⁷⁸ und ebenso sollte darauf verzichtet werden, von den Gerichten nach französischem Vorbild im Einzelfall

76 Siehe auch SEILER (Fn. 63), 123: «richterlicher Dezisionismus».

77 Vgl. WALTER (Fn. 11), 5, 11; SEILER (Fn. 63), 125.

78 Vgl. auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 3), N 82; im Ergebnis mit Bezug auf rechtspolitisch *korrigierende* Rechtsfortbildungen ebenso WALTER (Fn. 11), 11. Zur Problematik der fehlenden Eingriffsgrundlage nach Art. 36 Abs. 1 BV bei Eingriffen in Grundrechte, die sich einzig auf andere Grundrechte stützen, siehe allgemein TSCHANNEN (Fn. 3), § 7 N 73, 107.

die Neuvornahme einer grundrechtsbasierten Interessenabwägung zu verlangen,⁷⁹ denn diese kann infolge ihrer Unbestimmtheit nur Zitiergeste oder Feigenblatt sein. Zur überflüssigen Zitiergeste wird sie, wenn sie bloss pro forma zur Unterstützung eines auf anderer Grundlage gefundenen Resultats verwendet wird. Zum Feigenblatt verkommt die grundrechtliche Interessenabwägung immer dann, wenn sie – wie in den in diesem Beitrag geschilderten europäischen Leitentscheiden – als Scheinbegründung für eine auf anderer Grundlage ergehende Korrektur einer gesetzgeberischen Interessenabwägung missbraucht wird.

b) *Urheberrechtspolitik*

Das hier beschriebene Phänomen kann nicht einfach generell als übertriebener rechtspolitischer Aktivismus einzelner Gerichte abgetan werden, auch wenn dies im Einzelfall allenfalls so sein mag. Es kommt denn auch nicht von ungefähr, dass die Gerichte in Europa seit dem Jahr 2000 unter Berufung auf die Grundrechte vermehrt von ihrer Rechtsetzungsmacht Gebrauch machen, um die Rechtsposition von Urheberrechtlichhabern zu beschränken. In seiner Gesamtheit dürfte dies zumindest teilweise auch mit den urheberrechtspolitischen Entwicklungen der letzten Jahrzehnte zusammenhängen und kann daher aus den nachstehenden Gründen insbesondere als symptomatische Reaktion auf ein als zu restriktiv empfundenen Schrankenregime in Europa verstanden werden.

Urheberrechtsgesetze definieren den Inhalt der ausschliesslichen Rechte der Urheber in der Regel so, dass in einem ersten Schritt ein Rechtekatalog aufgestellt wird,⁸⁰ der dann in einem zweiten Schritt durch einen Schrankenkatalog teilweise wieder eingedämmt wird.⁸¹ Das Problem liegt nun darin, dass der Rechtekatalog im Laufe der Urheberrechtsgeschichte immer weiter gefasst wurde und heute nicht

⁷⁹ Die Vorstellung, dass ein Gericht, das sich zur Begründung seines Entscheids auf die vom Gesetzgeber getroffene Interessenabwägung beruft, grundrechtswidrig handelt, weil es diese Interessenabwägung im Einzelfall nicht hinterfragt und gegebenenfalls durch eine eigene ersetzt, missachtet den grundsätzlichen Vorrang der rechtspolitischen Entscheidung des Gesetzgebers. Dies ist freilich genau das, was derjenige Teil der Lehre anstrebt, der in den Grundrechten lediglich ein willkommenes Werkzeug zur rechtspolitischen Transformation des Urheberrechts sieht; so z. B. GEIGER (Fn. 60), 203 f.

⁸⁰ Siehe z. B. Art. 10 ff. URG.

⁸¹ Siehe z. B. Art. 19–28 URG.

selten eine Rechtegeneralklausel aufweist, wonach schlechthin jede Verwendung des geschützten Werks vom Recht des Urhebers erfasst wird.⁸² Umgekehrt sind die einzelnen Schranken in Europa vom Tatbestand her enger gefasst, werden üblicherweise abschliessend aufgezählt und weisen keine Schrankengeneralklausel auf, wie sie etwa das amerikanische Urheberrecht mit der «fair use»-Regel⁸³ kennt.⁸⁴ Während also auf der Seite der Rechte aufgrund von Generalklauseln eine erhebliche Flexibilität besteht, um die Auswirkungen neuer technologischer und gesellschaftlicher Entwicklungen abzufangen, ist dies auf der Seite der Schranken wegen der relativen Starrheit des Systems nicht gleichermassen der Fall.⁸⁵ Überdies wurden die urheberrechtlich zulässigen Schranken in der EU durch Richtlinienrecht auf dem Stand von 2001 eingefroren,⁸⁶ sodass den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten die Hände gebunden sind, ihr Urheberrecht in diesem Bereich über nationales Gesetzesrecht weiterzuentwickeln. In diesem grösseren Zusammenhang sind auch die geschilderten Fälle zu sehen,⁸⁷ denn sie haben alle gemeinsam, dass die Gerichte die ihnen zur Verfügung stehenden gesetzlichen Schranken des Urheberrechts im konkreten Einzelfall für nicht ausreichend oder zu eng gefasst hielten, um zu einem für sie befriedigenden Ergebnis zu gelangen.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass vor allem in Europa mit der grundrechtsbasierten Fortbildung des Urheberrechts experimentiert wird, während sich dieses Phänomen in den USA bis-

⁸² Für die Schweiz siehe z. B. Art. 10 Abs. 1 URG: «Der Urheber oder die Urheberin hat das ausschliessliche Recht zu bestimmen, ob, wann und wie das Werk verwendet wird.»

⁸³ Siehe 17 U.S.C. § 107: «[...] the fair use of a copyrighted work [...] for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. [...]».

⁸⁴ Überdies müssen nationale Schrankenbestimmungen auf völker- und europarechtlicher Ebene auch dem als «Schrankenschanke» verstandenen Dreistufentest genügen; Art. 9 Abs. 2 RBÜ (SR 0.231.15); Art. 9 Abs. 1 und 13 TRIPS (SR 0.632.00, Anhang 1C); Art. 10 WCT (SR 0.231.151); Art. 5 Abs. 5 Info-RL (ABl. EG L 167 vom 22. Juni 2001, 10). Siehe zum Dreistufentest auch BGE 133 III 473, E. 6.

⁸⁵ Vgl. dazu jüngst wieder SANDRA BRÄNDLI, Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme, Diss. St. Gallen, Bern 2017, Rz. 187 ff., 592 ff., 647.

⁸⁶ Art. 5 Info-RL.

⁸⁷ In diesem Kontext ist auch bemerkenswert, dass der Referent des BVerfG im Fall «Metall auf Metall» noch vor dem Entscheid gerade unter dem Eindruck der «fair use»-Regel gefordert hatte, «für die Rechtsanwendung der vorhandenen Schranken einen weiten Auslegungsspielraum vorzusehen»; PAULUS (Fn. 71), 515.

her noch nicht in gleichem Masse gezeigt hat, obwohl der U. S. Supreme Court sonst nicht gerade dafür bekannt ist, mit verfassungsrechtlichen Eingriffen ins Gesetzesrecht besonders zurückhaltend zu sein. Im Zusammenhang mit der Frage der Verfassungsmässigkeit der Verlängerung der Schutzdauer für Urheberrechte hat der U. S. Supreme Court im Jahr 2003 sogar explizit festgehalten, dass schon aufgrund des zeitgleichen Erlasses der betreffenden verfassungsrechtlichen Grundlagen von der prinzipiellen Kompatibilität zwischen Urheberrecht und Meinungsäusserungsfreiheit auszugehen sei, zumal dieses Freiheitsrecht gerade durch die urhebergesetzlichen Bestimmungen über die Schutzvoraussetzungen und die «fair use»-Schranke gewährleistet sei.⁸⁸ Im Übrigen stehe es dem Gericht nicht zu, die Weisheit des Gesetzgebers zu hinterfragen.⁸⁹ Diese Zurückhaltung ist nach dem Gesagten sowohl in der Sache als auch methodisch richtig.⁹⁰ Allerdings dürfte dem U. S. Supreme Court diese Zurückhaltung insofern leichter fallen, als die «fair use»-Schranke des amerikanischen Rechts derart offen gehalten ist, dass die Rechtsfortbildung in den meisten Fällen problemlos innerhalb des Urheberrechtsgesetzes erfolgen kann, ohne dass auf Grundrechte recurriert werden müsste. Weil Europa bis auf Weiteres ohne eine solche Schrankengeneralklausel operieren muss, ist es wohl nicht vermessen, mit Blick auf den rasanten Wandel von Technologie und Nutzerverhalten davon auszugehen, dass mit zunehmender Alterung der bestehenden Rechtsmasse der Druck auf die Gerichte zunehmen wird, das Urheberrecht im Stile der geschilderten Urteile ausserhalb der Gesetze weiterzuentwickeln. Aus der Binnenmarktperspektive der EU wäre eine solche Entwicklung freilich nicht unproblematisch, denn wenn die nationalen Gerichte gestützt auf die Grundrechte selektiv und ad hoc aus dem vorgegebenen Rechtsrahmen ausbrechen, könnte dies zu einer neuen Zersplitterung

88 Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 219 (2003). Das Gericht spricht in diesem Zusammenhang von «built-in First Amendment accommodations». Vgl. auch Golan v. Holder, 565 U.S. 302 (2012).

89 Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186, 221 (2003): «The wisdom of Congress' action, however, is not within our province to second-guess.»

90 Dieselbe Zurückhaltung in Urheberrechtsfragen hat bisher auch der EGMR gezeigt, jeweils unter Verweis auf den weiten Ermessensspielraum der nationalen Gesetzgeber und Gerichte, wenn es um die Abwägung kollidierender Grundrechte geht (hier Art. 10 EMRK und Art. 1 Erstes Zusatzprotokoll zur EMRK); siehe EGMR vom 10. Januar 2013, Ashby Donald v. France, no. 36769/08; EGMR vom 19. Februar 2013, Kolmisoppi v. Sweden, no. 40397/12.

des europäischen Urheberrechts führen. Was es in Europa braucht, ist nicht die methodisch fragwürdige Flucht ins Verfassungsrecht, sondern eine flexiblere Gestaltung der Schranken des Urheberrechts.

Dieses rechtspolitische Anliegen der Flexibilisierung der Urheberrechtsschranken ist auch der tiefere Grund dafür, dass ein Teil der Urheberrechtslehre die grundrechtsbasierte Rechtsfortbildung durch aktivistische Gerichte, wie sie in den geschilderten Urteilen zum Ausdruck kommt, unterstützt⁹¹ oder gar fordert.⁹² Es geht ihr darum, die für falsch oder überholt gehaltene Interessenabwägung der Gesetzgeber im Wege der «Konstitutionalisierung des Urheberrechts» durch eine bessere oder modernere Interessenabwägung der Gerichte zu ersetzen,⁹³ denn sie hat den Glauben an die Reformfähigkeit des europäischen Gesetzgebers längst verloren.⁹⁴ Dies ist in der Sache zwar durchaus nachvollziehbar, vermag die aufgezeigten juristischen Defizite aber nicht zu rechtfertigen. Wer sich ein anderes Urheberrechtsgesetz wünscht, etwa um «postmoderne Kulturtechniken» zu legalisieren,⁹⁵ kann dies selbstverständlich auf politischem Wege über den Gesetzgeber durchzusetzen versuchen oder offen für eine Rechtsfortbildung durch die Gerichte eintreten – aber mit den Grundrechten hat dies nichts zu tun. Weder lässt sich aus der Eigentumsgarantie ein restriktives Urheberrecht ableiten noch kann aus den anderen Grundrechten ein permissives Urheberrecht deduziert werden. Im Übrigen ist das methodische Bekenntnis zu «freischwebenden Interessenabwägungen»⁹⁶ noch kein Garant bestimmter rechtspolitischer Resultate. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat mit dieser Methode auf der Grundlage der Eigentumsgarantie in der Vergangenheit denn auch schon Gesetzeskorrekturen zugunsten der Urheber vorgenom-

91 So z. B. METZGER (Fn. 14), 933 (betreffend «Germania 3»); LEISTNER (Fn. 40), 777 («ausgewogene Marschrichtung»); RUPPRECHT PODSZUN, Postmoderne Kreativität im Konflikt mit dem Urheberrechtsgesetz und die Annäherung an «fair use», ZUM 2016, 612 (demzufolge im Nachgang zum «Metall auf Metall»-Urteil «mithilfe von Abwägungsprozessen» das «Urheberrecht modernisiert werden» soll).

92 Siehe z. B. INES DUHANIC, Copy this Sound! The Cultural Importance of Sampling for Hip Hop Music in Copyright Law, GRUR Int. 2016, 1007.

93 So z. B. GEIGER (Fn. 60), 205, 218; ausführlicher GEIGER (Fn. 63), passim.

94 Siehe z. B. LEISTNER (Fn. 40), 777; PODSZUN (Fn. 91), 611.

95 Siehe dazu im Zusammenhang mit der «Metall auf Metall»-Entscheidung z. B. PODSZUN (Fn. 91), 609.

96 So die Terminologie bei HAIMO SCHACK, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl., Tübingen 2015, Rz. 537.

men,⁹⁷ und der EuGH hat in einem jüngeren Fall diese Methode dazu benutzt, um auf Basis der Grundrechte-Charta die europarechtliche Parodieschranke⁹⁸ pauschal einer nachgelagerten Interessenabwägung zu unterwerfen und dadurch den Anwendungsbereich der Schranke materiell einzudämmen.⁹⁹ Auch aus diesem Grund ist es keine nachhaltige Strategie, auf dem Rücken der juristischen Methode progressive Urheberrechtspolitik betreiben zu wollen.

III. Rechtslage in der Schweiz

Vor dem Hintergrund der dargelegten Entwicklungen im europäischen Urheberrecht wird in diesem Abschnitt anhand des Falles «Schweizerzeit» die Rechtslage in der Schweiz erörtert, bevor im Anschluss daran der Frage nachgegangen wird, welche Schlussfolgerungen aus der vorstehenden Kritik für die laufende Urheberrechtsrevision zu ziehen sind.

1. Schweizerzeit

a) Obergericht Zürich

Auch in der Schweiz haben Gerichte bereits versucht, die Grundrechte für die Entscheidung konkreter Urheberrechtsfälle fruchtbar zu machen, so namentlich das Obergericht Zürich im bekannten Fall «Schweizerzeit»¹⁰⁰. Dort ging es um die Frage, ob ein bereits im «Tages-Anzeiger» publizierter Artikel zu einem politischen Thema ohne Zustimmung des Urhebers (Georg Kreis) von einer anderen Zeitung, der «Schweizerzeit», nochmals vollständig abgedruckt werden darf, und zwar ergänzt um einen ebenfalls ungekürzt abgedruckten Beitrag eines anderen Autors (Christoph Mörgeli), auf den der fragliche Arti-

97 BVerfGE 31, 229; BVerfGE 49, 382. Zur methodischen Kritik an diesen Urteilen siehe bereits RIGAMONTI (Fn. 6), 105 ff., 131 ff.

98 Art. 5 Abs. 3 lit. k Info-RL.

99 EuGH, Urteil C-201/13 vom 3. September 2014.

100 OGer. ZH, Beschluss und Urteil vom 9. September 2004 (Geschäfts-Nr. LK030001/U). Siehe dazu die berechtigte Kritik von WILLI EGLOFF, *medialex* 2004, 229.

kel reagiert hatte, sowie weiter ergänzt um die Stellungnahme eines Dritten (Eduard Stäubli).¹⁰¹ Der beklagte Verlag stützte seine Verteidigung gegen den Vorwurf der Urheberrechtsverletzung primär auf die in Art. 25 URG geregelte Zitierfreiheit. Im Rahmen der Prüfung der Anwendbarkeit dieser Norm führte das Obergericht Zürich aus, dass die Beklagte mit ihrem Vorgehen an der Auseinandersetzung zwischen Mörgeli und Kreis teilnehme, wozu sie «aufgrund der Medienfreiheit und der Meinungs- und Informationsfreiheit gemäss Art. 17 und 16 BV berechtigt» gewesen sei, zumal sie ein medienübliches Forum zur Verfügung gestellt habe, das einen «wichtigen Beitrag zur öffentlichen Diskussion und Meinungsbildung» leiste.¹⁰² Insofern habe die ungekürzte Wiedergabe der beiden Artikel der Erläuterung «des Gegenstands der publizierten Auseinandersetzung» und damit einem legitimen Zitzweck im Sinne von Art. 25 Abs. 1 URG gedient.¹⁰³ Da es vorliegend «unerlässlich» gewesen sei, den fraglichen Artikel «ungekürzt zu zitieren», sei auch der Umfang des Zitats gerechtfertigt gewesen, sodass die Zitatschranke von Art. 25 URG greife¹⁰⁴ und entsprechend keine Urheberrechtsverletzung vorliege.

b) Bundesgericht

Auf Beschwerde der Beklagten hin wurde das Urteil des Obergerichts Zürich vom Bundesgericht¹⁰⁵ aufgehoben und eine Urheberrechtsverletzung festgestellt. Der von Art. 25 URG verlangte «inhaltliche Bezug» zwischen Zitatmedium und zitiertem Werk sei vorliegend offensichtlich nicht gegeben.¹⁰⁶ Auch habe sich das Obergericht Zürich nicht ausdrücklich zu dieser Voraussetzung geäußert, sondern «vielmehr die Berechtigung der Beklagten zum vollständigen Abdruck des Artikels der Klägers direkt aus der Medienfreiheit und der Meinungs- und Informationsfreiheit im Sinne der Art. 16 und 17 BV abgeleitet»¹⁰⁷. In der Folge nahm das Bundesgericht ganz grundsätzlich Stellung zum

101 Zum Sachverhalt siehe auch BGE 131 III 480, A./B.

102 OGer. ZH (Fn. 100), E. 2.3.3.

103 OGer. ZH (Fn. 100), E. 2.3.3.

104 OGer. ZH (Fn. 100), E. 2.3.4.

105 BGE 131 III 480. Siehe dazu auch die Besprechung von CHRISTOPH GASSER/MARC O. MORANT, *sic!* 2006, 229.

106 BGE 131 III 480, E. 2.

107 BGE 131 III 480, E. 3.

Verhältnis von Urheberrechtsgesetz und Grundrechten, und zwar mit den folgenden Worten:

«Art. 25 URG gehört zu den Schrankenbestimmungen des Urheberrechts (Art. 19–28 URG), welche die urheberrechtlichen Ausschlussrechte im Interesse der Allgemeinheit oder bestimmter Nutzerkreise einschränken. Mit diesen Bestimmungen hat der Gesetzgeber Sachverhalte der Kollision verfassungsrechtlicher Grundrechte geregelt, indem er den Ausgleich der vorhandenen gegensätzlichen Interessen anstrebte. Im Fall von Art. 25 URG handelt es sich um die Eigentumsgarantie einerseits [...] und die Meinungs- und Informationsfreiheit [...] sowie die Medienfreiheit andererseits [...]. Das Spannungsverhältnis dieser Grundrechte, dem der Gesetzgeber bei der Formulierung von Art. 25 URG Rechnung getragen hat, kann bei der Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung berücksichtigt werden (entsprechend dem Grundsatz verfassungskonformer Auslegung [...]).»¹⁰⁸

Sodann führte das Bundesgericht aus, dass das Vorgehen des Obergerichts diesen Grundsätzen widerspreche, weil es «der Meinungs- und Medienfreiheit von vornherein prioritäre Bedeutung zugemessen» habe; ohne zu prüfen, «ob durch die Anwendung von Art. 25 URG dem vom Gesetzgeber gewollten Interessenausgleich zum Durchbruch verholfen werden kann»¹⁰⁹. Überdies habe auch unter dem Aspekt der genannten Grundrechte keine Notwendigkeit bestanden, «den Artikel des Klägers wörtlich und in vollem Umfang abzudrucken»¹¹⁰. Abschliessend hielt das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass die Auffassung des Obergerichts «auch grundsätzlich abzulehnen» sei, denn damit werde «im Ergebnis eine Einschränkung der urheberrechtlichen Nutzungsbefugnisse vorgenommen, wie sie im URG nicht vorgesehen» sei.¹¹¹ Eine das Verhalten der Beklagten deckende Schranke fehle im schweizerischen Recht und könne «nicht einfach durch ein Gericht unter Berufung auf die verfassungsmässigen Grundrechte der Meinungs- und Medienfreiheit eingeführt werden»¹¹².

c) *Würdigung*

Dem Urteil des Bundesgerichts ist in Ergebnis und Methode zuzustimmen. Es lehnt eine richterliche Korrektur des Urheberrechts-

¹⁰⁸ BGE 131 III 480, E. 3.1.

¹⁰⁹ BGE 131 III 480, E. 3.2.

¹¹⁰ BGE 131 III 480, E. 3.2.

¹¹¹ BGE 131 III 480, E. 3.2.

¹¹² BGE 131 III 480, E. 3.2.

gesetzes unter Berufung auf die Grundrechte zu Recht klar ab. Zwei Punkte sind dabei vorliegend von besonderem Interesse.

Erstens scheint das Bundesgericht dem Obergericht Zürich zu unterstellen, dass es – quasi in österreichischer Manier – grundrechtsbasierte Urheberrechtsschranken anerkennen wollte, obwohl das Obergericht sein Vorgehen formal wohl eher als verfassungskonforme Auslegung verstanden haben dürfte, denn die grundrechtlichen Ausführungen des Obergerichts ergingen im Kontext der Auslegung des Tatbestandsmerkmals des zulässigen Zitatziwecks nach Art. 25 Abs. 1 URG.¹¹³ Zugunsten des Bundesgerichts ist jedoch einzuräumen, dass die obergerichtliche Begründung in der Sache direkt auf die Grundrechte abstellte, ohne sich im gebührenden Masse um die traditionellen Auslegungselemente zu kümmern. Gerade die Möglichkeit, das Vorgehen des Obergerichts unterschiedlich zu deuten, macht diesen Fall zu einem guten Beispiel dafür, dass es im Ergebnis nicht darauf ankommt, ob eine richterliche Gesetzeskorrektur verdeckt im Wege der verfassungskonformen Auslegung oder offen über die Anerkennung grundrechtsbasierter Schranken läuft.

Zweitens lehnt das Bundesgericht die Schaffung neuer Urheberrechtsschranken gestützt auf die Grundrechte zwar per se ab, erachtet aber die verfassungskonforme Auslegung unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung ohne Weiteres für zulässig.¹¹⁴ Auf den ersten Blick erscheint dies vor dem Hintergrund der materiellen Äquivalenz der beiden dargelegten Varianten der richterlichen Gesetzeskorrektur widersprüchlich. Bei näherer Betrachtung löst sich dieser Widerspruch jedoch auf, denn dort, wo das Bundesgericht die verfassungskonforme Auslegung erwähnt, spricht es nur davon, dass bei der Auslegung und Anwendung einer urhebergesetzlichen Bestimmung das «Spannungsverhältnis dieser Grundrechte, dem der Gesetzgeber bei der Formulierung [...] Rechnung getragen hat», berücksichtigt werden kann.¹¹⁵ Es ist aber selbstverständlich, dass bei der Auslegung einer Gesetznorm die gesetzgeberische Abwägung gegenläufiger, allenfalls grundrechtsgeschützter Interessen und Gesichtspunkte zu berücksichtigen

¹¹³ Siehe OGer. ZH (Fn. 100), E. 2.3.3. Deutlich zurückhaltender als im Fall «Schweizerzeit» war das Obergericht Zürich in verfassungsrechtlicher Hinsicht im jüngeren Fall «Dokumentenlieferdienst»; siehe OGer. ZH, Urteil vom 7. April 2014 (Geschäfts-Nr. HG110271-O), E. 2.6.2.1, 2.6.5, 2.6.6.

¹¹⁴ BGE 131 III 480, E. 3.1.

¹¹⁵ BGE 131 III 480, E. 3.1.

ist, denn dies ist für die Ermittlung des Normsinnes schlicht erforderlich.¹¹⁶ Solange man nur *dies* meint, wenn man von «verfassungskonformer Auslegung» spricht, ist dagegen nichts einzuwenden. Problematisch wird es nach dem Gesagten erst, wenn die Grundrechte dazu benutzt werden, die einmal festgestellte gesetzgeberische Interessenabwägung ad hoc durch eine andere Abwägung zu ersetzen und diese Abwägung als grundrechtsgewollt auszugeben – aber genau das scheint das Bundesgericht nicht zu meinen, wenn es auf die verfassungskonforme Auslegung hinweist. Den in diesem Zusammenhang zitierten Bundesgerichtsentscheiden¹¹⁷ ist im Übrigen zu entnehmen, dass die verfassungskonforme Auslegung «im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung ihre Schranke» findet.¹¹⁸ Eine richterliche Gesetzeskorrektur ist nach richtiger Auffassung des Bundesgerichts also auch im Wege der verfassungskonformen Auslegung nicht zulässig.¹¹⁹

Vor diesem Hintergrund kann festgehalten werden, dass die geschilderten europäischen Tendenzen im schweizerischen Urheberrecht bisher noch keine Spuren hinterlassen haben, soweit sich dies aufgrund der spärlichen Rechtsprechung¹²⁰ beurteilen lässt. In der Sache ist dies zwar richtig, doch ist nicht auszuschliessen, dass auch die schweizerischen Gerichte künftig unter Druck geraten könnten, dem Zeitgeist nachzugeben, insbesondere wenn sich der EGMR den anderen europäischen Gerichten anschliessen sollte oder wenn sich abzeichnen würde, dass das Korsett der abschliessend aufgezählten

116 Zur *gesetzgeberischen* Abwägung grundrechtlich geschützter Interessen im Kontext der Schranke zum Eigengebrauch in Art. 19 URG siehe BGE 140 III 616, E. 3.6.2.

117 BGE 131 III 480, E. 3.1.

118 BGE 129 II 249, E. 5.4; vgl. auch BGE 128 V 20, E. 3a. Siehe dazu ferner BGE 123 II 9, E. 2; BGE 122 V 85, E. 5a/aa; BGE 117 V 318, E. 2a; BGE 99 Ia 630, E. 7; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 3), N 154 f.; TSCHANNEN (Fn. 3), § 8 N 28; ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 5. Aufl., Bern 2016, 109.

119 So auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 3), N 157.

120 Abgesehen vom Fall «Schweizerzeit» übte sich das Bundesgericht auch im Zusammenhang mit der Auslegung des in Art. 12 URG verankerten Erschöpfungsgrundsatzes in verfassungskonformer Auslegung, benutzte diese aber nicht dazu, ein unerwünschtes Auslegungsergebnis zu korrigieren, sondern dazu, das erwünschte Auslegungsergebnis zu bestätigen; BGE 124 III 321, E. 2g. Vgl. im Kontext der Eigengebrauchsschranke von Art. 19 URG auch die eher beiläufige Berücksichtigung der Kommunikationsgrundrechte im Rahmen der Normauslegung in BGE 140 III 616, E. 3.6.6.

Schranken des URG aufgrund tatsächlicher Entwicklungen definitiv zu eng geworden ist. Im Hinblick auf letztere Eventualität sollte man anlässlich der laufenden Urheberrechtsrevision vorsorgen.

2. Urheberrechtsrevision

Unter dem Titel der «Modernisierung des Urheberrechts» bemüht man sich in der Schweiz seit 2015, das Urheberrechtsgesetz zu reformieren. Im Vordergrund stehen dabei Fragen der Durchsetzung des Urheberrechts im Internet, insbesondere mit Bezug auf die Pflichten von Internet Service Providern.¹²¹ Im Zuge dieser Bemühungen hat man sich auch mit den Schranken des Urheberrechts befasst, sich dann aber auf punktuelle Änderungsvorschläge zurückgezogen, die kaum der Rede wert sind. Der einzige konkrete Vorschlag im Schlussbericht der AGUR12¹²² von 2013 betraf die Einführung eines Verzeichnisprivilegs,¹²³ das die Praxis der Verwendung von Werkteilen zur Anreicherung der Kataloge von Bibliotheken und anderen vergleichbaren Einrichtungen legalisieren soll.¹²⁴ Im Bundesratsentwurf von 2015¹²⁵ wurde dieses Verzeichnisprivileg in Berücksichtigung der europäischen Entwicklungen¹²⁶ um Schranken für verwaiste Werke und für Text und Data Mining ergänzt.¹²⁷ Nach Abschluss der Vernehmlassung hat man sich im Rahmen der AGUR12 II offenbar darauf verständigt, diese drei Schranken weiterzuverfolgen.¹²⁸ Das

121 Dazu CYRILL P. RIGAMONTI, *Providerhaftung – auf dem Weg zum Urheberverwaltungsrecht?*, sic! 2016, 117 ff.

122 Arbeitsgruppe zur Optimierung der kollektiven Verwertung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten.

123 AGUR12, Schlussbericht vom 28. November 2013, 77 f.

124 Zu diesem Thema *de lege lata* siehe CORINNE TAUFER-LAFFER, *Anreicherungen von Online-Bibliothekskatalogen*, in: Anne Cherbuin/Bernhard Degg/Liliane Regamey (Hrsg.), *Digitale Bibliotheken und Recht*, Zürich 2011, 33 ff.

125 Entwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte vom 11. Dezember 2015 (zit. «E-URG»).

126 Siehe z. B. Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke, ABl. EU L 299 vom 27. 10. 2012, 5; Art. 3 des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, KOM(2016) 593 endg.

127 Art. 22b, 24d und 24e E-URG.

128 AGUR12 II, Medienmitteilung vom 2. März 2017, 2.

macht insgesamt einen doch eher konzeptlosen Eindruck. Eine umfassende Analyse des Schrankenregimes wurde – soweit ersichtlich – zu keinem Zeitpunkt vorgenommen. Das angesprochene strukturelle Problem, das sich aus der Kombination von Rechtsgeneralklausel und abschliessendem Schrankenatalog ohne Schrankengeneralklausel ergibt, wurde ebenfalls nie thematisiert. Dies mag insofern nicht erstaunen, als die Urheberrechtswissenschaft von der Teilnahme an AGUR12 und AGUR12 II konsequent ausgeschlossen wurde, was der Nachhaltigkeit gesetzgeberischer Lösungen erfahrungsgemäss nicht unbedingt zuträglich sein muss.

Dieses Versäumnis kann an dieser Stelle selbstredend nicht nachgeholt werden, doch sei hier immerhin darauf hingewiesen, dass man sich im Interesse der weiteren Entwicklungsfähigkeit des Urheberrechts – allenfalls zusätzlich zur Anpassung oder Ergänzung einzelner Schranken – überlegen sollte, eine *subsidiäre Schrankengeneralklausel* in Anlehnung an den völkerrechtlichen Dreistufentest¹²⁹ ins Urheberrechtsgesetz einzufügen. Dies würde es den Gerichten ermöglichen, in Fällen von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung das Recht in geordneten Bahnen fortzubilden, womit zugleich ein Beitrag zur Vermeidung der methodisch problematischen Instrumentalisierung der Grundrechte zwecks richterlicher Gesetzeskorrektur geleistet wäre. Eine solche Klausel könnte in etwa wie folgt lauten:¹³⁰

Artikel 28a URG

Soweit die Verwendung eines veröffentlichten Werks nicht in den Anwendungsbereich einer Schranke des Urheberrechts fällt, ist sie nur zulässig, wenn sie der Information, der Meinungsäusserung, der Ausbildung, der Wissenschaft, der Forschung, dem Kunstschaffen oder als untergeordnetes Beiwerk dient und keinen kommerziellen Zweck verfolgt. Diese Verwendung darf die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigen und die berechtigten Interessen des Urhebers, unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen Dritter, nicht ungebührlich zurücksetzen.

Die Aufnahme einer solchen subsidiären Schrankengeneralklausel hätte den Vorteil, dass das bestehende Schrankengefüge nicht im Stile einer allgemeinen «fair use»-Schranke gleichsam aus den Angeln

¹²⁹ Siehe oben Fn. 84.

¹³⁰ Vgl. auch die Sammlung alternativer Vorschläge bei BRÄNDLI (Fn. 85), Rz. 684 ff.

gehoben würde und die Gerichte dennoch die Option hätten, neue technologische und gesellschaftliche Entwicklungen gesetzesintern zu erfassen, sofern der bestehende Schrankenatalog im Einzelfall für zu eng gehalten wird.¹³¹ Durch die Anbindung an den Dreistufentest und die Unzulässigkeit kommerzieller Zwecke würde sichergestellt, dass die legitimen Verwertungsinteressen der Rechteinhaber gewahrt blieben. Auch wenn sich damit nicht alle Probleme zu enger Schrankenbestimmungen lösen lassen, wäre immerhin ein wichtiger Schritt in Richtung Flexibilisierung des Urheberrechts getan. So hätte z. B. der Sachverhalt im österreichischen Fall «Medienprofessor» zwanglos unter diese Norm subsumiert werden können, und auch das vom Bundesrat vorgeschlagene Verzeichnisprivileg würde davon erfasst, sodass auf eine Detailnormierung verzichtet werden könnte.

Es ist freilich unwahrscheinlich, dass eine solche subsidiäre Schrankengeneralklausel im laufenden politischen Prozess berücksichtigt wird, wohl weil man Missbräuche und falsche Signale befürchtet. Nur wäre der Sache und damit auch den Rechteinhabern wesentlich besser gedient, wenn man die unvermeidbare rechtsfortbildende Tätigkeit der Gerichte an der Front der technologischen und gesellschaftlichen Entwicklung zumindest teilweise gesetzlich kanalisieren und damit auch beschränken würde, als wenn man ihnen durch Festhalten an einem potenziell zu engen Gesetzeskorsett weitere Anreize gibt, unter dem Vorwand der Verwirklichung der Grundrechte am Urheberrechtsgesetz vorbei ad hoc nach freiem Gutdünken Recht zu setzen. Auf der Grundlage einer subsidiären Schrankengeneralklausel könnten die Gerichte demokratisch legitimiert und innerhalb des Urheberrechtsgesetzes Schritt für Schritt Fallrecht schaffen und das Urheberrecht einzelfallbezogen und daher flexibel weiterentwickeln. Ermöglicht man dies nicht, besteht die Gefahr, dass über kurz oder lang die methodisch fragwürdige Flucht ins Verfassungsrecht auch bei schweizerischen Gerichten Nachahmer finden und die Legitimität des Urheberrechts weiter untergraben wird, denn man wird

¹³¹ Entsprechend wären die Wertungen der bestehenden Schranken bei der Auslegung der subsidiären Generalklausel zu berücksichtigen. Was bei der Regelung einer bestehenden Schranke bewusst nicht freigestellt werden sollte, kann auch nicht über die Generalklausel freigestellt werden. Die Schrankengeneralklausel erfüllt im Kern eine Ventilfunktion mit Bezug auf neue Sachverhalte, die beim Erlass der bestehenden Schranken nicht berücksichtigt werden konnten und die nicht mittels Analogien oder erweiternder Auslegung bestehender Schranken erfasst werden können.

von den Rechtsunterworfenen nicht verlangen können, dass sie sich ans Urheberrechtsgesetz halten, wenn dies nicht einmal die Gerichte tun. Überdies ist es auch in der Schweiz bedeutend schwieriger, etwaige Fehlentwicklungen in der Rechtsprechung durch einfaches Gesetzesrecht zu korrigieren, wenn sich diese Rechtsprechung nicht auf das Urheberrechtsgesetz, sondern direkt auf die Grundrechte stützt.

IV. Fazit

Als Fazit kann festgehalten werden, dass die in den dargelegten Urteilen europäischer Gerichte vorgenommene grundrechtsbasierte Korrektur unerwünschter Auslegungsergebnisse bei der Anwendung von Urheberrechtsgesetzen infolge der notorischen Unbestimmtheit der Grundrechte methodisch verfehlt ist, und zwar unabhängig davon, ob dies im Wege der verfassungskonformen Auslegung oder der Anerkennung grundrechtlicher Urheberrechtsschranken geschieht. Da es sich bei diesem Phänomen aber zumindest teilweise um eine Reaktion auf die für zu eng gehaltenen europäischen Schrankenkatologe handeln dürfte, ist nicht auszuschliessen, dass dieses methodische Vorgehen künftig auch in der Schweiz Anhänger finden könnte, selbst wenn das schweizerische Bundesgericht der Übernahme dieses Ansatzes im Urteil «Schweizerzeit» einstweilen einen Riegel geschoben hat. Da das schweizerische dem europäischen Urheberrecht strukturell weitgehend entspricht, wäre es daher ratsam, im Interesse einer nachhaltigen Entwicklung im Rahmen der laufenden Revision eine systematische Überprüfung des Schrankenkatologs vorzunehmen und zudem über die Einführung einer subsidiären Schrankengeneralklausel nachzudenken.