

30.04.2024

Stellungnahme zum Verfassungsbeschwerdeverfahren 1 BvR 948/23

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Professor Harbarth,

die Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. ist eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Vereinigung sämtlicher auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts tätigen Mitglieder von Berufsgruppen und Organisationen; das sind insbesondere Hochschullehrer:innen, Richter:innen, Beamte:innen, Rechtsanwält:innen, Patentanwält:innen sowie Vertreter:innen von Verbänden und Unternehmen. Sie bezweckt nach ihrer Satzung die wissenschaftliche Fortbildung des gewerblichen Rechtsschutzes und die Unterstützung der gesetzgebenden Organe sowie der zuständigen Ministerien und Institutionen in Fragen des geistigen Eigentums und des Lauterkeitsrechts.

Vorweg bemerkt sei, dass keine Mitglieder unserer Vereinigung, die an der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidung mitgewirkt bzw. an dem Verfahren beteiligt waren, an der vorliegenden Stellungnahme mitgewirkt haben. Auch haben keine Mitglieder unserer Vereinigung an der vorliegenden Stellungnahme mitgewirkt, die Parteien oder Beteiligte des Verfassungsbeschwerdeverfahrens sind. Die Mitwirkung an den Stellungnahmen unserer Vereinigung ist ausschließlich Mitgliedern der GRUR-Vereinigung vorbehalten. Federführend wurde die Stellungnahme bearbeitet von Dr. Viktoria Kraetzig und Prof. Dr. Malte Stieper unter Mitwirkung von Prof. Dr. Benjamin Raue als Mitgliedern des Fachausschusses Urheber- und Verlagsrecht.

Mit Schreiben vom 28. Februar 2024 hat das Bundesverfassungsgericht in dem Verfassungsbeschwerde-Verfahren 1 BvR 948/23 um eine Stellungnahme insbesondere zu den nachfolgend aufgeführten Fragen gebeten:

1. Welche Darlegungsanforderungen folgen aus §§ 23 Abs. 1 Satz 2, 92 BVerfGG bei Sachverhalten, bei denen die Abgrenzung zwischen der Anwendbarkeit der Grundrechte des Grundgesetzes einerseits und der Grundrechte der Grundrechtecharta andererseits fraglich ist?
2. Ist es unter Berücksichtigung der Ratio der Darlegungsanforderungen in Fortentwicklung von BVerfGE 152, 216 (248 f. Rn. 84) mittlerweile geboten, den jeweils einschlägigen Grundrechtskatalog der Sache nach zu benennen (eventuell auch kumulativ), da die grundsätzliche Möglichkeit, die Verletzung von Grundrechten der Grundrechtecharta durch deutsche Stellen vor dem Bundesverfassungsgericht zu rügen, als bekannt vorausgesetzt werden kann?
3. Bedarf es bei der Darlegung gemäß §§ 23 Abs. 1 Satz 2, 92 BVerfGG gegebenenfalls einer Präzisierung hinsichtlich einzelner Aspekte, wie etwa (a) ob Unionsrecht die Anwendbarkeit der Grundrechte des Grundgesetzes ausschließt, (b) ob unionsrechtlich eine abschließende Regelung vorliegt, gegebenenfalls unter Heranziehung des Normtextes des Unionsrechts, unter Heranziehung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und unter Heranziehung des Stands der Kommentarliteratur, (c) falls eine nicht abschließende Regelung vorliegt, ob daraus abzuleiten ist, dass Grundrechtsvielfalt gestattet ist und (d) falls Grundrechtsvielfalt gestattet ist, welche Grundrechte des Grundgesetzes zur Anwendung kommen und zu welchem Ergebnis sie kommen, (e) weiter, ob es unionsrechtlich einen Anhaltspunkt dafür gibt, das so gefundene Ergebnis unionsrechtlich zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren und (f) falls keine Grundrechtsvielfalt gestattet ist, welche Grundrechte der Grundrechtecharta zur Anwendung kommen und welchem Ergebnis sie kommen, gegebenenfalls unter Heranziehung des Normtextes des Unionsrechts, unter Heranziehung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und unter Heranziehung der Kommentarliteratur?
4. Vermittelt Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der RL 2001/29/EG – InfoSoc-RL Grundrechtsvielfalt im Sinne von BVerfGE 152, 152 (168 ff.)?
5. Vermittelt Art. 2 Buchstabe c) RL 2001/29/EG – InfoSoc-RL, auf den § 85 UrhG sich bezieht, Grundrechtsvielfalt im Sinne von BVerfGE 152, 152 (168 ff.)?
6. Setzt die Grundrechtsvielfalt voraus, dass der deutsche Gesetzgeber eine Norm im Bereich des unionsrechtlich nicht abschließend geregelten Bereichs erlässt?
7. Besteht ein sachlicher Grund, in dem Bereich, in dem die Richtlinie 2001/29/EG – InfoSoc-RL Grundrechtsvielfalt zulässt, von den Grundsätzen, die in der Senatsentscheidung Metall auf Metall dargelegt sind (BVerfGE 142, 74 [111 ff.]), abzuweichen?
8. Kann einer grundrechtlich gebotenen Auslegung einer Norm, die sich innerhalb der Methodenregeln hält, entgegengehalten werden, der Gesetzgeber habe an diese bei Normerlass nicht gedacht?
9. Falls die Frage 8 mit ja zu beantworten wäre, gälte dies auch dann, wenn nur durch diese Auslegung eine grundrechtlich gebotene einfachrechtliche Rechtslage erreicht werden könnte?
10. Bedarf es für die Frage, ob Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der RL 2001/29/EG – InfoSoc-RL so zu verstehen ist, dass § 24 UrhG a.F. als eine Wahrnehmung der dort niedergelegten Öffnungsklausel anzusehen ist, einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV?
11. Unter der Prämisse, dass es unionsrechtlich möglich ist, § 24 UrhG a.F. so zu verstehen, dass er die Ausnahmeregelungen des Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der RL 2001/29/EG – InfoSoc-RL bezogen auf Parodie und Karikatur für die deutsche Rechtsordnung

realisiert, ist Art. 5 Abs. 3 GG dann bei der Frage zu berücksichtigen, ob dies auch bezogen auf „Pastiche“ der Fall ist, wenn auf diese Weise das Sampling gestattet werden kann?

Wir nehmen die uns eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme gerne wahr und beantworten die aufgeworfenen Fragen wie folgt:

I. Vorbemerkungen

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen das Urteil des OLG Hamburg vom 28.4.2022 – Az. 5 U 48/05 (GRUR 2022, 1217 – Metall auf Metall III), mit dem die Beschwerdeführer verurteilt wurden, Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über die Anzahl der zwischen dem 22.12.2002 und dem 7.6.2021 hergestellten und/oder ausgelieferten Tonträger der Schallaufnahmen „Nur mir“, diese Vervielfältigungsstücke zum Zweck der Vernichtung herauszugeben und Schadensersatz zu leisten. Für Nutzungshandlungen, die vor und nach diesem Zeitraum begangen wurden, hat das OLG Hamburg die gegen die Beschwerdeführer gerichtete Klage mit unterschiedlicher Begründung abgewiesen:

Für den Zeitraum vor Ablauf der Umsetzungsfrist der InfoSoc-RL am 22.12.2002 hält das OLG Hamburg die Klage für unbegründet, weil die Beschwerdeführer mit dem Stück „Nur mir“ ein selbständiges Werk in entsprechender Anwendung des § 24 Abs. 1 UrhG a.F. geschaffen hätten; die Vervielfältigung der aus dem Stück „Metall auf Metall“ übernommenen Sequenz stelle daher weder eine Verletzung der Rechte als Tonträgerhersteller (§ 85 UrhG) noch der Rechte als ausübender Künstler (§ 73 UrhG) oder des Urheberrechts der Klagepartei dar.

Für den Zeitraum nach Ablauf der Umsetzungsfrist der RL (EU) 2019/790 (DSM-RL) am 7.6.2021 sei eine Rechtsverletzung zu verneinen, weil sich die Beschwerdeführer nunmehr auf die gesetzliche Erlaubnis für Nutzungen zum Zweck des Pastiches in § 51a UrhG n.F. berufen könnten.

Die Revision zum BGH wurde nur insoweit zugelassen, als hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche ab dem 7.6.2021 zum Nachteil der Klagepartei erkannt wurde. Insofern hat der BGH mit Beschluss vom 14.9.2023 – I ZR 74/22 (GRUR 2023, 1531 – Metall auf Metall V) das Verfahren ausgesetzt und dem EuGH mehrere Fragen zur Auslegung der Schrankenregelung für die Nutzung zum Zwecke von Pastiches im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL zur Vorabentscheidung vorgelegt. Die Nichtzulassungsbeschwerde der Beschwerdeführer gegen ihre Verurteilung wurde vom BGH zurückgewiesen.

Mit der Verfassungsbeschwerde wenden sich die Beschwerdeführer vor allem gegen die Annahme der Fachgerichte, dass das bisherige Institut der freien Benutzung gemäß § 24 UrhG a.F. seit Ablauf der Umsetzungsfrist der InfoSoc-RL unionsrechtswidrig und den Gerichten die vom BVerfG für das Sampling geforderte kunstspezifische Auslegung der Vorschrift in diesem Zeitabschnitt verwehrt sei, da es in Bezug auf eine Schrankenregelung für Pastiches an einem entsprechenden Umsetzungswillen des nationalen Gesetzgebers fehle (OLG Hamburg GRUR 2022, 1217 [unter IV 1 c cc] – Metall auf Metall III; BGHZ 225, 222 Rn. 32 ff., 64 f. = GRUR 2020, 843 Rn. 32 ff., 64 f. – Metall auf Metall IV). Die Fragen des BVerfG zielen vor diesem Hintergrund im Wesentlichen darauf ab, zu klären, ob und inwieweit die grundrechtliche Überprüfung des Urteils des OLG Hamburg hinsichtlich der Verurteilung der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum anhand der Grundrechte des deutschen Grundgesetzes oder der EU-Grundrechtecharta zu erfolgen hat.

Die aufgeworfenen Fragen haben grundsätzliche Bedeutung für den Grundrechtsschutz im Rahmen urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen.

II. Beschränkung auf Fragen des materiellen Rechts

Der Fachausschuss nimmt keine Stellung zu den vom BVerfG unter Ziffer 1 bis 3 aufgeworfenen Fragen. Sie betreffen ausschließlich verfahrensrechtliche Aspekte und damit nicht die besondere Expertise der Vereinigung. Die Stellungnahme beschränkt sich daher auf die Beantwortung der Fragen zum materiellen Recht.

III. Beantwortung der vom Bundesverfassungsgericht aufgeworfenen Fragen

4. Vermittelt Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der RL 2001/29/EG – InfoSoc-RL Grundrechtsvielfalt im Sinne von BVerfGE 152, 152 (168 ff.)?

a) Das BVerfG prüft innerstaatliches Recht und dessen Anwendung grundsätzlich auch dann am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, wenn es im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegt, dabei aber durch dieses nicht vollständig determiniert ist. Wenn der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielräume für die Umsetzung des Unionsrechts belasse, sei davon auszugehen, dass dies auch für den Grundrechtsschutz gelte und das europäische Grundrechtsschutzniveau innerhalb eines äußeren unionsrechtlichen Rahmens Grundrechtsvielfalt zulasse (BVerfGE 152, 152 Rn. 50 ff. = GRUR 2020, 74 – Recht auf Vergessen I). Eine Prüfung allein am Maßstab der deutschen Grundrechte ist nach Auffassung des BVerfG nur dann nicht ausreichend, wenn sich aus dem Wortlaut und Regelungszusammenhang des unionsrechtlichen Fachrechts, insbesondere aus der Rechtsprechung des EuGH, konkrete und hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass hierdurch das grundrechtliche Schutzniveau des Unionsrechts ausnahmsweise nicht gewährleistet ist, weil die unionsrechtlichen Regelungen spezifische grundrechtliche Maßgaben für die mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume enthalten sollen; in diesem Fall ist dann näher zu prüfen, ob eine Kontrolle am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes das europäische Grundrechtsschutzniveau wahrt (BVerfGE 152, 152 Rn. 63 ff. – Recht auf Vergessen I). Soweit eine Richtlinie der Europäischen Union dagegen keinen Umsetzungsspielraum belässt, sondern zwingende Vorgaben macht, sind innerstaatliche Rechtsvorschriften, welche die Richtlinie in deutsches Recht umsetzen, nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, sondern allein am Unionsrecht und damit auch an den durch das Unionsrecht gewährleisteten Grundrechten zu messen (BVerfGE 152, 216 Rn. 42 ff. = GRUR 2020, 88 – Recht auf Vergessen II; BGHZ 225, 222 Rn. 24 = GRUR 2020, 843 – Metall auf Metall IV).

b) Inwieweit Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL Grundrechtsvielfalt in diesem Sinne vermittelt, hängt davon ab, welchen Umsetzungsspielraum die Vorschrift den Mitgliedstaaten belässt. Das wird von den Mitgliedern des Fachausschusses nicht einheitlich beurteilt.

aa) Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL sieht vor, dass die Mitgliedstaaten für die Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das in Art. 2 InfoSoc-RL vorgesehene Vervielfältigungsrecht vorsehen können. Ein Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten besteht danach jedenfalls insoweit, als diese grundsätzlich frei darin sind zu entscheiden, *ob* sie eine solche Ausnahme oder Beschränkung in ihrem nationalen Recht einführen wollen oder nicht. Für die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber eine solche Schranke ggf. aus grundrechtlichen Erwägungen einführen muss, besteht nach dieser Auslegung wegen des bestehenden Umsetzungsspielraums auch Raum für die Anwendung deutscher Grundrechte. Das gilt allerdings nur insoweit, als nicht schon die Unionsgrundrechte verpflichtend

vorgeben, dass die Mitgliedstaaten die an sich fakultative Schranke einführen müssen, weil andernfalls die Verbotsrechte der InfoSoc-RL u.a. die Kunstfreiheit unverhältnismäßig einschränken würden (dazu unten zu Frage 6). Diese Frage darf abschließend allerdings nur der EuGH entscheiden.

bb) Daneben wird von Teilen des Fachausschusses die durch die Umsetzungsoption eingeräumte Wahlmöglichkeit als Argument dafür angeführt, dass die Richtlinie Grundrechtsvielfalt nicht nur für das *Ob*, sondern auch für das *Wie* der Umsetzung zulässt (so wohl Grünberger ZUM 2022, 579 [583]). Für eine Grundrechtsvielfalt hinsichtlich des *Wie* der Umsetzung auf nationaler Ebene wird zudem angeführt, dass die Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL derart auszulegen sind, dass sie im Einzelfall einen angemessenen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen herstellen (EuGH GRUR 2019, 940 Rn. 38 – Spiegel Online/Volker Beck; EuGH GRUR 2019, 934 Rn. 53 – Funke Medien/Bundesrepublik Deutschland; vgl. auch ErwGr. 31 InfoSoc-RL). Der EuGH betont, dass in Grundrechtskollisionsfällen, welche auch die Ausnahmen und Beschränkungen gemäß Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL adressieren, Raum für divergierende nationale Abwägungsentscheidungen verbleibt (EuGH GRUR 2019, 1317 Rn. 72 – Google II). In seiner Deckmyn-Entscheidung zum Begriff der Parodie hat der EuGH bereits festgestellt, dass Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL so auszulegen ist, dass „in einem konkreten Fall ein angemessener Ausgleich“ hergestellt wird und „sämtliche Umstände des Einzelfalls“ berücksichtigt werden (EuGH GRUR 2014, 972 Rn. 27 und 28 – Deckmyn/Vandersteen). Diese Rechtsprechung kann so gelesen werden, dass der Gerichtshof den mitgliedstaatlichen Gerichten innerhalb eines unionsrechtlich autonom zu bestimmenden Rahmens einen nationalen Beurteilungskorridor bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL im Einzelfall zubilligt und damit Grundrechtsvielfalt zulässt (so Kraetzig ZUM 2024, 1 [5 f.]; dies. GRUR 2024, 170 [174]).

cc) Dagegen lässt sich aber Folgendes einwenden: Der EuGH hat wiederholt entschieden, dass der Spielraum der Mitgliedstaaten, *wie* sie die in Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-RL vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen umsetzen, jedenfalls insoweit begrenzt ist, als es den Mitgliedstaaten auch bei den fakultativen Ausnahmen oder Beschränkungen nicht freisteht, die Parameter in nicht harmonisierter Weise festzulegen (EuGH GRUR 2014, 972 Rn. 16 – Deckmyn/Vandersteen; EuGH GRUR 2019, 940 Rn. 31 – Spiegel Online/Volker Beck). Der Umfang des Umsetzungsspielraums ist im Einzelfall insbesondere nach Maßgabe des Wortlauts dieser Bestimmung zu beurteilen (EuGH GRUR 2019, 940 Rn. 25 – Spiegel Online/Volker Beck). Wenn sich ein Mitgliedstaat entschlossen hat, eine in Art. 5 Abs. 2 oder 3 InfoSoc-RL vorgesehene Ausnahme oder Beschränkung einzuführen, besteht ein Umsetzungsspielraum (der eine Anwendung nationaler Grundrechte ermöglicht) nur insoweit, wie die jeweilige Bestimmung in Art. 5 Abs. 2 oder 3 InfoSoc-RL durch Verwendung einer entsprechend unbestimmten Formulierung oder einer lediglich beispielhaften Aufzählungen ausdrücklich einräumt (Stieper, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 32a). Für den in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL verwendeten Begriff der Parodie hat der EuGH dagegen entschieden, dass es sich dabei um einen autonomen Begriff des Unionsrechts handelt, der im gesamten Gebiet der EU einheitlich auszulegen ist (EuGH GRUR 2014, 972 Rn. 15 – Deckmyn/Vandersteen). Für den Begriff des Pastiches kann nichts anderes gelten (Grünberger ZUM 2022, 579 [581]; Kraetzig ZUM 2024, 1 [5]; Stieper GRUR 2020, 699 [701]; ders. GRUR 2023, 1660 [1661] m.w.N.).

c) Bislang ist allerdings ungeklärt, was unter einem Pastiche zu verstehen ist, und damit auch, wie weit der Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL

reicht. Aus dem Umstand, dass nun auch Art. 17 Abs. 7 Uabs. 2 Buchstabe b) DSM-RL eine Schranke für die Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiche vorsieht, ergibt sich ebenfalls kein Anhaltspunkt dafür, welche Anforderungen nutzergenerierte Inhalte erfüllen müssen, um als Pastiche zu gelten. Hierauf zielen die Vorlagefragen des BGH im Beschluss vom 14.9.2023 (GRUR 2023, 1531 – Metall auf Metall V) ab. Es ist Aufgabe des EuGH, die Auslegung des Pastichebegriffs verbindlich festzulegen. Wenn man den Begriff des Pastiche – wie vom BGH im Vorlagebeschluss vertreten (BGH GRUR 2023, 1531 Rn. 37-39 m. zust. Anm. Ohly) – in dem Sinne versteht, dass die Einordnung des Samplings als Pastiche bereits eine Abwägung mit der durch Art. 13 GRCh garantierten Kunstfreiheit voraussetzt, dürfte für eine Überprüfung am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes kein Raum mehr sein.

5. Vermittelt Art. 2 Buchstabe c) RL 2001/29/EG – InfoSoc-RL, auf den § 85 UrhG sich bezieht, Grundrechtsvielfalt im Sinne von BVerfGE 152, 152 (168 ff.)?

Nach Ansicht des Fachausschusses vermittelt Art. 2 Buchstabe c) InfoSoc-RL keine Grundrechtsvielfalt im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung des BVerfG. Nach dieser Bestimmung müssen die Mitgliedstaaten für die Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger das ausschließliche Recht vorsehen, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten. Das Vervielfältigungsrecht des Tonträgerherstellers wird dadurch vollständig harmonisiert (EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 77-86 – Pelham/Hütter). Insoweit besteht kein Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten. Insbesondere darf ein Mitgliedstaat in seinem innerstaatlichen Recht keine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Recht des Tonträgerherstellers aus Art. 2 Buchstabe c) InfoSoc-RL vorsehen, die nicht in Art. 5 InfoSoc-RL vorgesehen ist (EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 56-65 – Pelham/Hütter; BGHZ 225, 222 Rn. 36 = GRUR 2020, 843 – Metall auf Metall IV). Falls sich aus der Antwort des EuGH auf die Vorlagefragen des BGH im Beschluss vom 14.5.2023 (GRUR 2023, 1531 – Metall auf Metall V) ergibt, dass die fragliche Übernahme einer Tonsequenz aus dem Stück „Metall auf Metall“ nicht als Pastiche i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL gewertet werden kann (siehe dazu Frage 4c), kommt eine Prüfung des diese Vorgaben umsetzenden § 85 UrhG am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes folglich nicht in Betracht.

Das Bestehen eines Gestaltungsspielraums außerhalb der durch Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL gezogenen Grenzen lässt sich nach der im Fachausschuss überwiegend vertretenen Auffassung auch nicht auf das Institut der freien Benutzung stützen, das als immanente Begrenzung der Persönlichkeits- und Verwertungsrechte jeder Urheberrechtsordnung zugrunde liegt und vom deutschen Gesetzgeber nach Aufhebung des § 24 UrhG a.F. in § 23 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 85 Abs. 4 UrhG fortgeschrieben wurde (vgl. Haberstumpf, Theorie des Werkbegriffs, 2024, Rn. C212). Mit dem Unionsrecht lässt sich diese funktionale Begrenzung (auch) des Tonträgerherstellerrechts nur insoweit in Einklang bringen, als der EuGH aus einer Abwägung dieses Rechts mit der durch Art. 13 GRCh garantierten Kunstfreiheit ableitet, dass Art. 2 Buchstabe c) InfoSoc-RL dem Tonträgerhersteller nicht gestattet, sich dagegen zu wehren, dass eine dritte Person ein Audiofragment seines Tonträgers in einen anderen Tonträger in „geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form“ einfügt (EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 31-39 - Pelham/Hütter; dazu Stieper GRUR 2020, 699 [706 f.]). Diese Einschränkung ergibt sich bereits aus einer Auslegung von Art. 2 Buchstabe c) InfoSoc-RL unter Berücksichtigung von Art. 13 GRCh (in diesem Sinne auch BGHZ 225, 222 Rn. 37 = GRUR 2020, 843 – Metall auf Metall IV). Soweit die Auslegung durch den EuGH im Schrifttum kritisiert wird, weil sie bei Übernahme von Audiofragmenten in wiedererkennbarer Weise den Weg für eine Grundrechtsabwägung verbaue und daher der Kunstfreiheit nicht ausreichend

Rechnung trage (dazu Haberstumpf, Theorie des Werkbegriffs, 2024, Rn. C216), ist eine Lösung daher auf Ebene des Unionsrechts zu suchen. Ein Grundrechtsvielfalt eröffnender Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten lässt sich daraus nicht ableiten.

6. Setzt die Grundrechtsvielfalt voraus, dass der deutsche Gesetzgeber eine Norm im Bereich des unionsrechtlich nicht abschließend geregelten Bereichs erlässt?

Wie Generalanwalt Szpunar in seinen Schlussanträgen im zugrunde liegenden Rechtsstreit ausgeführt hat, kann es sich trotz des fakultativen Charakters der in Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-RL vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen als unvereinbar mit der GRCh erweisen, eine bestimmte Ausnahme im innerstaatlichen Recht nicht vorzusehen (Schlussanträge vom 12.12.2018, ECLI:EU:C:2018:1002 Rn. 77 – Pelham/Hütter). Insoweit ist auch der Spielraum der Mitgliedstaaten bei der Wahl, welche Ausnahmen oder Beschränkungen sie in ihrem innerstaatlichen Recht vorsehen, durch das Unionsrecht beschränkt. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass bestimmte Ausnahmen die Abwägung widerspiegeln, die bereits der Richtlinienggeber zwischen dem Urheberrecht und den Grundrechten der Begünstigten der Ausnahme, insbesondere dem Recht auf freie Meinungsäußerung und der Kunstfreiheit, vorgenommen hat (vgl. allgemein EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 32 f., 59 bis 62 – Pelham/Hütter). Das gilt gerade auch für Ausnahmen und Beschränkungen nach Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL (Erwgr. 70 DSM-RL; EuGH GRUR 2014, 972 Rn. 26 f. – Deckmyn/Vandersteen; EuGH GRUR 2022, 820 Rn. 87 - Polen/Parlament und Rat).

Falls sich aus der Antwort des EuGH auf die Vorlagefragen des BGH im Beschluss vom 14.5.2023 (GRUR 2023, 1531 – Metall auf Metall V) ergibt, dass die fragliche Übernahme einer Tonsequenz aus dem Stück „Metall auf Metall“ als Pastiche i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL zu werten ist *und* ein Verbot eines solchen Pastiches mit den Unionsgrundrechten unvereinbar wäre, besteht für die Gerichte der Mitgliedstaaten folglich kein Gestaltungsspielraum mehr, weder beim *Ob* noch beim *Wie* der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL. Denn dann stünde fest, dass die Mitgliedstaaten unionsrechtlich verpflichtet sind, eine Ausnahme oder Beschränkung für Pastiches vorzusehen und darüber Fälle wie den vorliegenden freizustellen. Dann sind sie verpflichtet, die Auslegung und Anwendung nationaler Rechtsvorschriften – so weit wie nach nationalem Recht möglich – am Wortlaut und dem Zweck von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL auszurichten, auch wenn noch kein nationales Umsetzungsgesetz erlassen wurde. Das spricht dafür, die erforderliche Abwägung der beteiligten Grundrechte allein nach den Bestimmungen der GRCh durchzuführen.

7. Besteht ein sachlicher Grund, in dem Bereich, in dem die Richtlinie 2001/29/EG – InfoSoc-RL Grundrechtsvielfalt zulässt, von den Grundsätzen, die in der Senatsentscheidung Metall auf Metall dargelegt sind (BVerfGE 142, 74 [111 ff.]), abzuweichen?

Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, in dem Bereich, in dem die InfoSoc-RL Grundrechtsvielfalt zulässt (siehe dazu Fragen 4 und 5), von den Grundsätzen abzuweichen, die der Senat in seiner Entscheidung Metall auf Metall dargelegt hat (BVerfGE 142, 74 [111 ff.] = GRUR 2016, 690 – Metall auf Metall). Ein sachlicher Grund würde nur bestehen, wenn die vom BVerfG seinerzeit niedergelegten Grundsätze nicht mehr das durch die GRCh vermittelte grundrechtliche Schutzniveau einhalten würden. Bislang decken sich jedoch die Grundrechtsgehalte der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 17 Abs. 2 GRCh sowie der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 13 GRCh (Kraetzig, ZUM 2024, 1 [6]). Der EuGH hat sich in dem anschließenden Vorabentscheidungsverfahren darauf beschränkt festzustellen, dass ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen der Inhaber von Urheber- und verwandten Schutzrechten am

Schutz ihres in Art. 17 Abs. 2 GRCh verankerten Rechts am geistigen Eigentum auf der einen Seite und dem Schutz der Interessen und Grundrechte der Nutzer von Schutzgegenständen auf der anderen Seite, darunter die durch Art. 13 GRCh garantierte Kunstfreiheit, herzustellen ist (EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 32-35 – Pelham/Hütter; Stieper GRUR 2020, 699 [703]). In diesem Zusammenhang hat er darauf hingewiesen, dass die streitgegenständliche Technik des Samplings unter die durch Art. 13 GRCh geschützte Freiheit der Kunst fällt (EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 35 und 72 – Pelham/Hütter). Die Kunstfreiheit ermögliche es, am öffentlichen Austausch von kulturellen, politischen und sozialen Informationen und Ideen aller Art teilzuhaben, weil sie zur Freiheit der Meinungsäußerung gehöre, die durch Art. 11 GRCh und Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützt sei (EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 34 – Pelham/Hütter).

Die bisherigen Ausführungen des EuGH zum Grundrechtskonflikt und zum Schutzgehalt von Art. 13 GRCh geben somit keinen Anlass, die vom BVerfG niedergelegten Grundsätze in der Senatsentscheidung Metall auf Metall (BVerfGE 142, 74 [111 ff.] = GRUR 2016, 690 – Metall auf Metall) zu überdenken. Sie bewegen sich weiterhin im Rahmen der Unionsgrundrechte, wie sie vom EuGH ausgelegt und damit den Mitgliedstaaten vorgegeben werden (hierzu Frage 4). Es bleibt abzuwarten, ob sich der EuGH im Rahmen der vom BGH mit Beschluss vom 14.05.2023 (GRUR 2023, 1531 – Metall auf Metall V) vorgelegten Fragen zur Auslegung des Begriffs des Pastiche i.S.v. Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) Info-Soc-RL derart zu den Gewährleistungsgehalten der widerstreitenden Grundrechte, der Eigentumsgarantie aus Art. 17 Abs. 2 GRCh oder der Kunstfreiheit aus Art. 13 GRCh, einlassen wird, dass an den Grundsätzen aus der Senatsentscheidung (BVerfGE 142, 74 [111 ff.] = GRUR 2016, 690 – Metall auf Metall) nicht mehr festgehalten werden kann, weil sie das vom Unionsrecht vorgegebene Schutzniveau nicht mehr gewährleisten.

8. Kann einer grundrechtlich gebotenen Auslegung einer Norm, die sich innerhalb der Methodenregeln hält, entgegengehalten werden, der Gesetzgeber habe an diese bei Normerlass nicht gedacht?

Der Fachausschuss ist der Ansicht, dass einer grundrechtlich gebotenen Auslegung einer Norm, die sich innerhalb der Methodenregeln hält, nicht entgegengehalten werden kann, der Gesetzgeber habe bei Normerlass nicht an diese gedacht. Der Gesetzgeber wird eine solche grundrechtskonforme Auslegung jedenfalls im weiteren Sinne antizipiert haben, solange er nicht klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er das als grundrechtswidrig eingestufte Ergebnis trotz entsprechender Bedenken im Gesetzgebungsverfahren gewollt hat. Nur im letzten Fall ist den Gerichten der Weg der verfassungskonformen Auslegung versperrt, und die Norm ist wegen des Verfassungsverstoßes nichtig. Außer in diesen sehr seltenen (und hier nicht vorliegenden) Fällen ist eine gesetzeserhaltende, grundrechtskonforme Auslegung des verabschiedeten Rechts im Interesse des Gesetzgebers, wenn ihm durch eine methodengerechte und dessen Ziele berücksichtigende Gesetzesauslegung kein Ergebnis „untergeschoben“ wird, das er im Rahmen seines im Regelfall bestehenden Ausgestaltungsspielraums nicht gewählt hätte.

Die grundrechtskonforme Auslegung einer Norm muss sich daher nach der Rechtsprechung des BVerfG innerhalb der materiell-rechtlichen Grenzen bewegen, die der Gesetzgeber gezogen hat. Nach der objektiven Theorie ist für die Norminterpretation der zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgeblich, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt (BVerfG NJW 2014, 3504, Rn. 15). Der Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt soll es gebieten, auch im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung aufrechtzuerhalten, was der Gesetzgeber gewollt hat (BVerfGE 119, 24 = NVwZ 2007, 1396, 1401). Innerhalb dieses Rahmens müssen Gerichte die Wertentscheidung des Gesetzgebers derart

aktualisieren, dass die anzuwendende Norm durch eine grundrechtskonforme Auslegung einen gerechten Interessenausgleich im konkreten Einzelfall herstellen kann.

Im vorliegenden Fall war der Ausgestaltungsspielraum des deutschen Gesetzgebers durch das Unionsrecht derart begrenzt (siehe Frage 4), dass er nur die Wahl zwischen einem – unterstellt – grundrechtswidrigen UrhG ohne Pastiche-Schranke oder einem grundrechtskonformen UrhG mit der unionsrechtlich vorgegebenen Pastiche-Schranke hatte. Insofern kann jedenfalls im vorliegenden Fall eine grundrechtskonforme Auslegung nicht den gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraum einschränken, wenn sich dieser durch unions- und grundrechtliche Vorgaben auf ein bestimmtes Ergebnis, hier die Umsetzung der Pastiche-Schranke, verengt hatte. Diese Überlegungen werden im vorliegenden Fall dadurch bestätigt, dass der deutsche Gesetzgeber die Schranke in § 51a UrhG n.F. so umgesetzt hat, wie sie das Unionsrecht vorsieht.

9. Falls die Frage 8 mit ja zu beantworten wäre, gälte dies auch dann, wenn nur durch diese Auslegung eine grundrechtlich gebotene einfachrechtliche Rechtslage erreicht werden könnte?

Da die Frage 8 mit nein zu beantworten ist, erübrigt sich eine Antwort auf Frage 9. In jedem Fall gibt es bei einer Fallgestaltung, bei der – unterstellt – dem deutschen Gesetzgeber aus unions- und grundrechtlichen Erwägungen kein Ausgestaltungsspielraum zukommt, weil nur eine einzige grundrechtskonforme Ausgestaltungsoption existiert, kein Bedürfnis, einen verfassungswidrigen Willen des Gesetzgebers zulasten der individuellen Kunstfreiheit zu schützen. In einem solchen Fall muss ausnahmsweise eine verfassungskonforme Auslegung auch gegen den – ebenfalls unterstellten – Willen des Gesetzgebers möglich sein.

10. Bedarf es für die Frage, ob Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der RL 2001/29/EG – InfoSoc-RL so zu verstehen ist, dass § 24 UrhG a.F. als eine Wahrnehmung der dort niedergelegten Öffnungsklausel anzusehen ist, einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 AEUV?

In Rechtsprechung und Schrifttum wird das Urteil des EuGH im zugrunde liegenden Rechtsstreit (EuGH GRUR 2019, 929 Rn. 56-65 – Pelham/Hütter) überwiegend so verstanden, dass das Unionsrecht eine Anwendung von § 24 UrhG a.F. erlaubt, soweit die Norm der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL dient (BGHZ 225, 222 Rn. 36, 62 = GRUR 2020, 843 – Metall auf Metall IV; OLG Hamburg GRUR-RR 2022, 116 Rn. 92 – Ottifanten in the City; Grünberger ZUM 2022, 579 [582]; Stieper GRUR 2023, 1660 [1661]; ebenso bereits BGHZ 211, 309 Rn. 28 = GRUR 2016, 1157 – auf fett getrimmt). Fraglich ist allenfalls, ob die richtlinienkonforme Auslegung des § 24 UrhG a.F. in formaler Hinsicht dem Gebot der praktischen Wirksamkeit (effet utile) entspricht, obwohl der Tatbestand der Vorschrift die in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL genannten Kriterien im Gesetzeswortlaut nicht aufführt (dazu Stieper GRUR 2020, 699 [707 f.] m.w.N.). Dem hat der deutsche Gesetzgeber mit der Einführung einer ausdrücklichen Schrankenbestimmung für Karikaturen, Parodien und Pastiches in § 51a UrhG n.F. zum 7.6.2021 für die Zukunft abgeholfen.

Eine entsprechende Auslegung bzw. Fortbildung des nationalen Rechts erscheint im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz der Freiheit der Meinungsäußerung und der Kunst auch für den Zeitraum vor Umsetzung der DSM-RL geboten (siehe Fragen 6 und 9). Die Frage, ob und wie Vorgaben des Unionsrechts, ggf. im Wege der Rechtsfortbildung, im nationalen Recht umgesetzt werden, überlässt der EuGH den Mitgliedstaaten (EuGH ECLI:EU:C:2006:443 Rn. 111 – Adeneler), wobei er betont, dass eine richtlinienkonforme Interpretation nicht zu einer Auslegung des nationalen Rechts contra legem

führen darf (EuGH ECLI:EU:C:2012:33 Rn. 25 – Dominguez). Insoweit könnte sich aus einer grundrechtskonformen Auslegung des deutschen Rechts ergeben, dass die verpflichtenden Vorgaben des Unionsrechts über die Generalklausel des § 24 UrhG a.F. auch für den Zeitraum anzuwenden sind, vor welchem der deutsche Gesetzgeber sich zu einer Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL in § 51a UrhG n.F. entschieden hat. Die deutschen Grundrechte wären dann der „Türöffner“ für eine unions- und grundrechtskonforme Auslegung des deutschen Rechts. Mit welchen Mitteln die Umsetzung erfolgt, ist eine Frage des nationalen Rechts und bedarf keiner Vorlage an den Europäischen Gerichtshof.

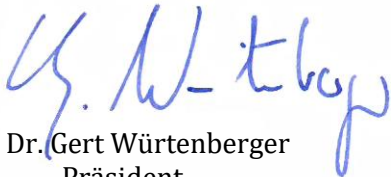
Anders ausgedrückt: Eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 24 UrhG a.F. mag zwar in formaler Hinsicht gegen das Gebot der klaren und bestimmten Umsetzung von Unionsrecht verstoßen. Diesen Verstoß kann der deutsche Gesetzgeber aber nur, wie geschehen, für die Zukunft beseitigen. Für die Vergangenheit kann ein materiell unionsrechtskonformer Zustand nur durch eine entsprechende Auslegung des nationalen Rechts hergestellt werden. Wenn eine solche Möglichkeit nach mitgliedstaatlichem Recht besteht, gebietet das Unionsrecht über den *effet utile* eine solche Auslegung (vgl. etwa EuGH ECLI:EU:C:2006:443 Rn. 111 – Adeneler).

11. Unter der Prämisse, dass es unionsrechtlich möglich ist, § 24 UrhG a.F. so zu verstehen, dass er die Ausnahmeregelungen des Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der RL 2001/29/EG – InfoSoc-RL bezogen auf Parodie und Karikatur für die deutsche Rechtsordnung realisiert, ist Art. 5 Abs. 3 GG dann bei der Frage zu berücksichtigen, ob dies auch bezogen auf „Pastiche“ der Fall ist, wenn auf diese Weise das Sampling gestattet werden kann?

Die Mitgliedstaaten dürfen in ihrem nationalen Recht eine in Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-RL genannte Ausnahme oder Beschränkung nach der Rechtsprechung des EuGH nur insoweit vorsehen, als sie sämtliche Voraussetzungen dieser Bestimmung einhalten (EuGH GRUR 2019, 940 Rn. 33 - Spiegel Online/Volker Beck; siehe dazu auch Frage 4b). Das spricht für eine einheitliche Umsetzung der Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiche gemäß Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL, zumal sich damit schwierige Abgrenzungsprobleme zwischen diesen Begriffen vermeiden lassen (Grünberger ZUM 2022, 579 [583]; Stieper GRUR 2023, 1660 [1664]). Zudem würde eine Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) InfoSoc-RL nur in Bezug auf Karikaturen und Parodien dem grundrechtlichen Schutz der Kunstfreiheit nicht ausreichend Rechnung tragen. Ob die Prüfung einer hinreichend kunstspezifischen Auslegung des § 24 UrhG a.F. innerhalb des unionsrechtlich Zulässigen am Maßstab von Art. 13 GRCh oder von Art. 5 Abs. 3 GG zu erfolgen hat, hängt davon ab, welchen Umsetzungsspielraum man den unionsrechtlichen Vorgaben entnimmt (siehe dazu Fragen 4 und 6).

Es sei noch einmal hervorgehoben, dass nach Auffassung des Fachausschusses einer solchen richtlinienkonformen Anwendung des § 24 UrhG a.F. auf Pastiche auch nicht der Wille des nationalen Gesetzgebers entgegensteht (siehe dazu bereits Frage 8). Zwar geht der BGH in dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteil davon aus, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der InfoSoc-RL ins innerstaatliche Recht mit Blick auf die ständige Rechtsprechung, wonach Parodien und Karikaturen als freie Benutzung nach § 24 Abs. 1 UrhG a.F. zulässig sein können, von der Schaffung einer ausdrücklichen Schrankenregelung absehen konnte, es eine entsprechende Rechtsprechung zu Pastiche aber nicht gebe (BGHZ 225, 222 Rn. 65 = GRUR 2020, 843 – Metall auf Metall IV). In früheren Urteilen hat der BGH jedoch stets betont, dass der für eine Anwendung von § 24 UrhG a.F. erforderliche innere Abstand nicht nur bei Parodien und Karikaturen, sondern auch in anderen Fällen künstlerischer Auseinandersetzung mit einem älteren

Werk vorliegen könne, und daran auch nach Inkrafttreten der InfoSoc-RL festgehalten (BGH GRUR 1994, 206 (208) – Alcolix; BGHZ 141, 267 = GRUR 1999, 984 (987) – Laras Tochter; BGH GRUR 2014, 258 Rn. 39 – Pippi-Langstrumpf-Kostüm I; BGHZ 211, 309 = GRUR 2016, 1157 Rn. 22 – auf fett getrimmt). Insofern gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass sich der Gesetzgeber tatsächlich gegen eine Umsetzung der Pastiche-Schranke nach seinem heutigen, weiten Verständnis ausgesprochen hat, obwohl er die aufgeführte Rechtsprechung als ausreichendes „Ventil“ für eine grundrechtskonforme Auslegung des Urheberrechts angesehen hat.



Dr. Gert Würtenberger
Präsident



Dipl.-Ing. Stephan Freischem
Generalsekretär