



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 28 April 2024

#### zur Verfassungsbeschwerde

1. der (...) GmbH,
2. des Herrn (...),
3. des Herrn (...),

#### gegen

- a) den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 6. April 2023 – I ZR 74/22,
- b) das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 28. April 2022 – 5 U 48/05,
- c) das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30. April 2020 – I ZR 115/16

Az. des BVerfG: 1 BvR 948/23

#### Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses

RA Dr. Christian-Dietrich Bracher

RA Prof. Dr. Dr. Karsten Fehn

RA Dr. Markus Groß

RA Dr. Patrick Heinemann

RA Prof. Dr. Christofer Lenz (Vorsitzender)

RA Dr. Michael Moeskes

RA Dr. Marc Ruttloff (Berichterstatler)

RA Dr. jur. h.c. Gerhard Strate

RAin Dr. jur. Katharina Wild

RAuN Dr. Ulrich Wessels, Präsident Bundesrechtsanwaltskammer

Ass. jur. Lea Osiander, Bundesrechtsanwaltskammer

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9      Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin      Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Deutschland      Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9      Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel      Fax +32.2.743 86 56  
Belgien      Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## I. Vorgeschichte und Hintergrund

Die Beschwerdeführer des Verfahrens waren bereits im Jahr 2016 mit einer Verfassungsbeschwerde zu den fachgerichtlichen Verfahrensgegenständen erfolgreich (1 BvR 1585/13). In dieser Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) festgestellt, dass die Grundrechte der Beschwerdeführerin, insbesondere die Bedeutung der Kunstfreiheit durch die Fachgerichte bei deren Entscheidungen nicht hinreichend berücksichtigt und gewichtet worden waren. Nachdem das BVerfG mit dieser Entscheidung die angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen aufgehoben und diese an den Bundesgerichtshof zurückverwiesen hatte, kam es im weiteren Verlauf zu den mit der erneuten Verfassungsbeschwerde nunmehr angegriffenen beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sowie dem Urteil des hanseatischen Oberlandesgerichts, wobei es ferner noch zu einem Vorabentscheidungsverfahren des Europäischen Gerichtshofs gekommen war (C-476/17).

Die Beschwerdeführer rügen im Kern, dass die deutschen Grundrechte, hilfsweise die äquivalenten Unionsgrundrechte, im Rahmen der angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen in verfassungswidriger Weise nicht berücksichtigt wurden.

## II. Stellungnahme

Mit Verfügung vom 08.02.2024 wurde die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) durch das BVerfG um Stellungnahme zu insgesamt elf Punkten gebeten, die für die verfassungsgerichtliche Entscheidung von Bedeutung sein könnten. Die nachfolgenden Ausführungen greifen diese Punkte im Einzelnen auf:

### 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?

Die Frage zielt auf Fälle, in denen entweder die nationalen oder die Unionsgrundrechte anwendbar sind (im Folgenden: Abgrenzungskonstellation). Bei der Konkretisierung der Darlegungsanforderungen in dieser Abgrenzungskonstellation muss deren Besonderheit Rechnung getragen werden. Das BVerfG hat die Unionsgrundrechte in den Prüfungsmaßstab von Verfassungsbeschwerden einbezogen, um dort, wo die nationalen Grundrechte nicht zur Anwendung kommen, eine Lücke im Grundrechtsschutz zu schließen (BVerfGE 152, 216 (240, Rn. 60)). Dieses Ziel der Verstärkung des verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutzes würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn durch zu strenge Darlegungsanforderungen begründete Verfassungsbeschwerden auf der Zulässigkeitsebene scheitern. Deshalb müssen die Darlegungsanforderungen hier zurückhaltend konkretisiert werden. Das gilt ganz besonders für die im

Einzelfall schwierigen Abgrenzungsfragen zum einschlägigen Grundrechtskatalog. Denn in der Regel führt die Abgrenzung nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen (zutreffend der Zweite Senat: BVerfGE 158, 1 (23 ff., Rn. 35. 81); der Sache nach auch schon der Erste Senat in BVerfGE 152, 216 (248, Rn. 81)), sodass nationale und Unionsgrundrechte nebeneinander geprüft werden können und die Abgrenzungsfrage dahinstehen kann. „Mehr“ darlegen muss ein Beschwerdeführer aber dann, wenn er sich auf Unionsgrundrechte beruft, weil er daraus einen gegenüber den nationalen Grundrechten weitergehenden Schutz ableiten will.

Dem entspricht die bisherige Handhabung von §§ 23 Abs. 1 Satz 2, 92 BVerfGG durch beide Senate in dieser Abgrenzungskonstellation (BVerfG, BeckRS 2022, 17048, Rn. 16; BVerfG, BeckRS 2020, 19742, Rn. 27, Scheffczyk in BeckOK, BVerfGG, 16. Edition (01.12.2023), § 92, Rn. 86b). Das ist folgerichtig, da nur im Ausnahmefall die Grundrechte des GG das Schutzniveau der Unionsgrundrechte nicht mitgewährleisten (BVerfG, BeckRS 2022, 17048, Rn. 21).

Unionsgrundrechte sind dann Prüfungsmaßstab, wenn (1) die Materie unionsrechtlich determiniert ist oder wenn (2) im nicht vollständig determinierten Bereich ein Umsetzungsspielraum besteht und – abweichend vom Regelfall – keine Grundrechtsvielfalt gilt oder wenn (3) konkrete und hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, dass – entgegen der Vermutung – durch die Prüfung am Maßstab der deutschen Grundrechte das grundrechtliche Schutzniveau des Unionsrechts ausnahmsweise nicht gewährleistet ist (grundlegend zu den Konstellationen (2) und (3) Erster Senat, BVerfGE 152, 152 (171, Rn. 49 und 179, Rn. 63 ff.) sowie zur Konstellation (1) Erster Senat BVerfGE 152, 216 (246, Rn. 77 ff.) und BVerfG, BeckRS 2022, 17048, Rn. 18).

Ein Beschwerdeführer, der sich auf Konstellation (1) beruft, muss zur vollständigen Determination von Unionsrecht substantiiert vortragen. Da vom BVerfG vermutet wird, dass das Schutzniveau der Unionsgrundrechte von dem der Grundrechte des GG mitumfasst ist, muss eine Darlegung dementsprechend nur erfolgen, wenn der Beschwerdeführer sich hierauf entgegen der Vermutung beruft und es somit auf den „richtigen“ Grundrechtskatalog ankommt. Macht der Beschwerdeführer in einem solchen Fall eine vollständige Determinierung geltend, muss er darlegen, dass die Grundrechte der GRCh durch die Instanzgerichte mangelhaft konkretisiert oder falsch angewendet wurden. Dabei ist darzutun, ob die Auslegung des Grundrechts bereits durch den EuGH geklärt ist und entsprechende Rechtsprechung des EuGH anzuführen (Scheffczyk in BeckOK, BVerfGG, 16. Edition (01.12.2023), § 92, Rn. 86c).

Ein Beschwerdeführer, der sich auf die Konstellationen (2) und/oder (3) beruft, muss substantiiert darlegen, warum die regelmäßig zugelassene Grundrechtsvielfalt nicht gilt, bzw. warum bei Grundrechtsvielfalt die Vermutung widerlegt ist, dass das Schutzniveau der Unionsgrundrechte durch die Anwendung der Grundrechte des Grundgesetzes nicht mitgewährleistet ist.

Will der Beschwerdeführer keine der drei Konstellationen geltend machen, muss er dazu auch nichts vortragen. Insoweit verbleibt es grundsätzlich bei den allgemeinen Darlegungsanforderungen für die Verletzung eines deutschen Grundrechtes. Lediglich dann, wenn nach dem Verlauf des fachgerichtlichen Verfahrens eine vollständige unionsrechtliche Determination (Konstellation (1)) nahe liegt, muss der Beschwerdeführer darlegen, warum ein nationaler Spielraum gegeben ist.

Diesen Anforderungen wird der Beschwerdeführer vorliegend gerecht, indem er die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte aufgrund der nicht vollständig determinierten InfoSoc-Richtlinie konkret darlegt (S. 20-23 der VB) und sodann eine mögliche Verletzung nationaler Grundrechte substantiiert rügt.

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?**

Der Umstand, dass die Rechtsprechung zu den Unionsgrundrechten als Prüfungsmaßstab als bekannt vorausgesetzt werden kann, führt nicht automatisch dazu, dass eine Fortentwicklung der Darlegungsanforderungen geboten ist und der jeweils einschlägige Grundrechtskatalog benannt werden muss. Auch außerhalb des Sonderfalls einer möglichen Einschlägigkeit von Unionsgrundrechten verlangt das BVerfG keine ausdrückliche Benennung des als verletzt gerügten Grundrechtsartikels (BVerfGE 162, 1 (52, Rn. 94) – Bayerisches Verfassungsschutzgesetz). Das entspricht auch dem Charakter der Verfassungsbeschwerde. Die Verfassungsbeschwerde ist ein Jedermannsrecht und unterliegt keinem Anwaltszwang. Allerdings wird auch einem vor dem BVerfG nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer durch das vorangegangene fachgerichtliche Verfahren in Abgrenzungskonstellationen erkennbar werden, dass auch eine Einschlägigkeit der Unionsgrundrechte in Betracht kommt. Ist das so, dann muss die Verfassungsbeschwerde über BVerfGE 152, 216 (248 f., Rn. 84) hinaus auch darlegen, welchen Grundrechtskatalog sie für einschlägig hält. Zulässig und im Regelfall geboten dürfte es sein, sich auch kumulativ auf beide Grundrechtskataloge berufen zu können. Im Rahmen dessen gelten die jeweils allgemeinen Darlegungsvorgaben zur Verletzung eines Grundrechts.

Unabhängig davon, ob deutsche oder Unionsgrundrechte als verletzt gerügt werden, genügt die bloße Nennung jedoch nicht. Vielmehr muss eine Verletzung substantiiert dargelegt werden (BVerfG, BeckRS 2023, 11682, Rn. 12).

Der Beschwerdeführer benennt den anwendbaren Grundrechtskatalog. Konkret legt er die Verletzung der einzelnen deutschen Grundrechte der Kunstfreiheit, der Eigentumsgarantie und des Gleichheitsgebots sowie eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG dar (S. 23 ff., 28 ff. der VB). Im Anschluss daran geht er hilfsweise auf eine mögliche Verletzung der parallelen Unionsgrundrechte ein (S. 26, 45 ff.).

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 überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren und (f) falls keine Grundrechtsvielfalt gestattet ist, welche Grundrechte der Grundrechtecharta zur Anwendung kommen und zu welchem Ergebnis sie kommen, gegebenenfalls unter Heranziehung des Normtextes des Unionsrechts, unter Heranziehung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und unter Heranziehung der Kommentarliteratur?**

Zu a): Siehe dazu bereits die Ausführungen unter 1. Diese Anforderungen werden durch den Beschwerdeführer erfüllt (S. 20 der VB).

Zu b): Berufet sich der Beschwerdeführer auf die Unionsgrundrechte, ist eine unionsrechtliche Determinierung substantiiert und nachvollziehbar darzulegen (vgl. BVerfG, BeckRS 2022, 17048, Rn. 20 f.). Dies erfordert eine Heranziehung des Normtextes, der Rechtsprechung des EuGH und der Kommentarliteratur.

Der Beschwerdeführer geht von einer Anwendbarkeit der Grundrechte des GG aus, sodass ihn mit Blick auf die Abgrenzungsfrage, ob unionsrechtlich eine abschließende Regelung vorliegt, jedenfalls nur sehr geringe Darlegungsanforderungen treffen. Diesen Anforderungen wird der Beschwerdeführer, der sich sogar mit der Auslegung des Normtextes der Richtlinie und der Rechtsprechung des EuGH beschäftigt, eindeutig gerecht (S. 20-23 der VB).

Zu c): Dass Grundrechtsvielfalt gestattet ist, wird vom BVerfG vermutet und muss aus diesem Grund nicht näher dargelegt werden. Der Sinn und Zweck der Begründungspflicht gebietet keine Darlegung dahingehend, dass ein Regelfall vorliegt. Lediglich in den Fällen, in denen der Beschwerdeführer die Vermutung widerlegen möchte und geltend macht, dass Grundrechtsvielfalt nicht gestattet sei, weil das Schutzniveau der nationalen Grundrechte hinter dem der GRCh zurückbleibe, hat er das ungleiche Schutzniveau darzulegen (vgl. BVerfG, BeckRS 2022, 17048, Rn. 18, 21; BeckRS 2020, 19742, Rn. 27). Hierzu ist eine Auseinandersetzung mit dem Normtext des Unionsrechts, dessen Regelungszusammenhang sowie der Rechtsprechung des EuGH geboten (so auch Scheffczyk in BeckOK, BVerfGG, 16. Edition (01.12.2023), § 92, Rn. 86f).

Mit Blick darauf, dass der Beschwerdeführer von einer alleinigen Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte ausgeht, musste dieser sich nicht zu der Frage verhalten, ob das Schutzniveau der Unionsgrundrechte durch die Grundrechte des GG mitgewährleistet wird. Dies wird vom BVerfG vermutet.

Zu d): Ist eine Konstellation der Grundrechtsvielfalt anzunehmen, finden grundsätzlich die Grundrechte des Grundgesetzes Anwendung. Dementsprechend kann bzgl. der Darlegungsanforderungen der §§ 23 Abs. 1 Satz 2, 92 BVerfGG nichts Anderes gelten als in rein nationalen Sachverhalten. Diesen Anforderungen kommt der Beschwerdeführer vorliegend nach (S. 20-23 der VB).

Zu e): In der Regel führt die Anwendung der Unionsgrundrechte zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen im Vergleich zur Anwendung deutscher Grundrechte (BVerfGE 158, 1 (23, Rn. 35)). Dementsprechend muss der Beschwerdeführer auch nicht grundsätzlich darlegen, ob das so gefundene Ergebnis unionsrechtlich zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren ist. Anders ist dies nur, wenn der Beschwerdeführer selbst annimmt, das Schutzniveau der Unionsgrundrechte werde ausnahmsweise nicht von den Grundrechten des GG mitgewährleistet. In diesem Fall sind die unionsrechtlichen Anhaltspunkte dafür, dass die Materie einem weiterreichenden Schutzniveau der GRCh unterliegen soll, darzulegen.

Vorliegend geht der Beschwerdeführer nur hilfsweise auf eine Verletzung der europäischen Grundrechte ein (S. 26, 45 ff.). Er macht nicht geltend, dass ausnahmsweise die von ihm für anwendbar gehaltenen Grundrechte des GG das Schutzniveau der Unionsgrundrechte nicht mitgewährleisten. Insoweit waren Ausführungen dazu, ob das Ergebnis bei Anwendung der Grundrechte des GG zu korrigieren ist, nicht geboten.

Zu f): Sollen nach dem Vortrag des Beschwerdeführers nur die Unionsgrundrechte zur Anwendung kommen, müssen der Inhalt der einschlägigen Grundrechte und eine mögliche Verletzung im konkreten Fall dargelegt werden. Für Unionsgrundrechte kann insofern nichts Anderes gelten wie für die Grundrechte des Grundgesetzes. Entsprechend ist die Rechtsprechung des EuGH und Kommentarliteratur heranzuziehen (für die Darlegung eines Verstoßes gegen deutsche Grundrechte, statt vieler: BVerfG, BeckRS 2018, 42680, Rn. 9; Scheffczyk in BeckOK, BVerfGG, 16. Edition (01.12.2023), § 92, Rn. 62 f.).

Der Beschwerdeführer geht nur hilfsweise auf eine Verletzung der GRCh ein. Insoweit gilt das unter e) Gesagte entsprechend.

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

Grundrechtsvielfalt besteht, wenn der entsprechende Unionsrechtsakt nicht vollständig harmonisiert ist und keine ausnahmsweise parallele Anwendbarkeit der Grundrechtskataloge begründet ist. Die Unionsgrundrechte sind trotz eines Umsetzungsspielraums neben den deutschen Grundrechten anwendbar, wenn konkrete und hinreichende Anhaltspunkte im unionsrechtlichen Fachrecht vorliegen, dass durch die deutschen Grundrechte das Schutzniveau des Unionsrechts nicht gewährleistet ist (BVerfGE 152, 152 (179)). Entsprechende Anhaltspunkte müssen sich dabei aus Wortlaut, Regelungszusammenhang oder der Rechtsprechung des EuGH ergeben (BVerfGE 152, 152 (179)). Der Verweis auf die Achtung der GRCh in den Erwägungsgründen des Unionsrechtsakts genügt regelmäßig nicht. Vielmehr muss erkennbar sein, dass dem Unionsrecht ein spezifischer Schutzstandard zugrunde liegt, der durch die mitgliedstaatlichen Grundrechte nicht gewährleistet wird.

Gemäß diesen Grundsätzen vermittelt Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der RL 2001/29/EG – im Einklang mit den Ausführungen des Beschwerdeführers – Grundrechtsvielfalt. Zwar spricht Art. 2 der Richtlinie davon, dass die Mitgliedstaaten „das ausschließliche Recht vor[sehen]“. Verschiedene Regelungen innerhalb einer Richtlinie können jedoch unterschiedlich bzgl. der Frage zu beurteilen sein, ob sie einen Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten eröffnen (BVerfGE 142, 74 (113)). Entscheidend für einen Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetzgebers im Rahmen des Art. 5 der RL 2001/29/EG spricht Art. 5 Abs. 2, 3 der Richtlinie. Hiernach können die Mitgliedstaaten Ausnahmen und Beschränkungen vorsehen. Obgleich die Aufzählung abschließend ist (vgl. EG 32), eröffnet sie den Mitgliedstaaten einen Spielraum bezüglich dessen, welche Beschränkungen sie einführen und inwieweit die in Art. 5 der Richtlinie aufgeführten Fälle geschützt werden sollen. Die Richtlinie dient einem Ausgleich der unterschiedlichen Rechtsstandards in den Mitgliedstaaten und der Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts (siehe EG 32). Dieser Ausgleich ist nur möglich, wenn die Mitgliedstaaten einen entsprechenden Umsetzungsspielraum haben. Schließlich spricht auch der EuGH von einem Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten im Rahmen des Art. 5 der RL 2001/29/EG (EuGH, U. v. 05.03.2015 – C-463/12, Rn. 57).

Anhaltspunkte dafür, dass durch die deutschen Grundrechte das Schutzniveau des Unionsrechts nicht gewährleistet ist, sind weder aus dem Wortlaut noch aus der Gesetzessystematik, den Grundrechten oder der Rechtsprechung des EuGH ersichtlich. Insbesondere sprechen die Erwägungsgründe lediglich davon, dass eine Anpassung der Rechte und Pflichten auf Unionsebene zur Verhinderung von Rechtszersplitterung notwendig ist (vgl. EG 7). Ein etwaiger fehlender Grundrechtsstandard wird nicht als Grund angeführt. Ebenso spricht der EuGH nur von einem Umsetzungsspielraum, ohne auf unterschiedliche Schutzstandards des Unionsrechts und der Mitgliedstaaten einzugehen.

Damit bleibt es bei der Vermutung, dass die deutschen Grundrechte den unionsrechtlichen Schutzstandard mitgewährleisten.

**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.)?**

Wie der EuGH in einer Entscheidung aus 2019 feststellt, ist Art. 2 Buchstabe c) der Richtlinie vollharmonisierend (EuGH, U. v. 29.07.2019 – C-476/17, Rn. 83 ff.). Dem steht nicht entgegen, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie bestimmte Ausnahmen und Beschränkungen vorzusehen. Eine Richtlinie kann sowohl vollharmonisierende als auch nicht vollharmonisierende Vor-

schriften beinhalten (BVerfGE 142, 74 (113)). Die Rechte aus Art. 2 der Richtlinie sind ohne einen Spielraum der Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen. Der Spielraum, der den Mitgliedstaaten im Hinblick auf Ausnahmen und Beschränkungen zusteht, ergibt sich aus Art. 5 der Richtlinie und beeinflusst nicht den Umstand, dass die Mitgliedstaaten das generelle Recht aus Art. 2 der Richtlinie umsetzen müssen. Insoweit ist den Ausführungen des Beschwerdeführers auf den Seiten 22 f. zu widersprechen.

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

Grundrechtsvielfalt kann nur bestehen, wenn eine entsprechende innerstaatliche Norm besteht. Diese muss jedoch nicht eigens in Umsetzung des Unionsrechtsakts erlassen worden sein. Dafür lässt sich zunächst die Recht auf Vergessen I – Entscheidung des BVerfG anführen, in der sich das BVerfG mit dem Prüfungsmaßstab für „innerstaatliches Recht“ auseinandersetzt (vgl.: BVerfG, B. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, Ls. 1, Rn. 63). Auch der EuGH spricht von „nationale Vorschrift oder Maßnahme [...], die [...] das Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta durchführt“ und von der Vereinbarkeit der „nationalen Regelung“ (vgl.: EuGH, U. v. 26.02.2013 – C-617/10, BeckRS 2013, 80395, Rn. 29, 31).

Die Erforderlichkeit eines nationalen Gesetzes zeigt sich darüber hinaus darin, dass das BVerfG grundsätzlich kein Unionsrecht prüft (BVerfG, B. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, Ls. 2 (Solange II); B. v. 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, Rn. 53; Bethge in Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG (Stand: 63 EL, Juni 2023), § 90, Rn. 333). Kommt es zu einer unmittelbaren Wirkung der nicht vollständig determinierten Richtlinie, liegt auch hierin kein Akt der öffentlichen Gewalt i.S.d. § 90 Abs. 1 BVerfGG. Der deutsche Gesetzgeber hat insoweit nicht von seinem Umsetzungsspielraum Gebrauch gemacht. Eine unmittelbare Wirkung besteht nur im Umfang der Mindestanforderungen, die die Richtlinie aufstellt. Ein möglicher Grundrechtsverstoß rührt mithin aus der Richtlinie selbst, die das BVerfG nicht prüft. Der Grund für die Anwendbarkeit deutscher Grundrechte – eine eigenständige Regelung durch den deutschen Gesetzgeber – greift nicht. Das Handeln nationaler Stellen aufgrund unionsrechtlich überformten nationalen Rechts wird nur am Maßstab der Unionsgrundrechte geprüft (Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Auflage 2021, 4. Teil, 5. Abschnitt, Rn. 214). Unter Letzteres müssen auch die unmittelbar wirkenden, unionsrechtlich vorgegebenen Mindestanforderungen einer im Übrigen nicht voll determinierten Richtlinie fallen.

Unionsrecht wird demgemäß aber auch durchgeführt, wenn eine nationale Vorschrift bereits bestand und deren Anwendung und Auslegung in den Bereich des unionsrechtlich nicht abschließend geregelten Bereichs hineinwirkt. Eine dahingehende Auslegung, dass eine bereits bestehende nationale Vorschrift in den Bereich des unionsrechtlich nicht abschließend geregelten Bereichs hineinwirkt, kann dabei auch aus den Grundsätzen der grundrechtskonformen Auslegung geboten sein und in dieser Hinsicht zum Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung gemacht werden.

**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?**

In BVerfGE 142, 74 (111 ff.) äußert sich das BVerfG zunächst zur Abgrenzung zwischen vollständig und nicht vollständig determinierten Richtlinien. Verneinen die Fachgerichte einen Umsetzungsspielraum, ist die Richtlinie unionsgrundrechtskonform auszulegen. Bei Zweifeln im Hinblick auf die Vereinbarkeit oder die Auslegung des Sekundärrechtsakts ist ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV durchzuführen. Die Fachgerichte unterliegen bei Annahme einer vollständigen Bindung an das Unionsrecht ohne Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH der vollständigen Überprüfung durch das BVerfG (Rn.

114, 116). Letzteres begründet das Gericht damit, dass mit der Entscheidung zugleich über die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte entschieden wird.

Diese Grundsätze sind auf den Fall einer Grundrechtsvielfalt, wie sie Art. 5 der 2001/29/EG – InfoSoc-RL vorsieht, übertragbar.

Unabhängig davon, ob ein Umsetzungsspielraum besteht, entscheidet der EuGH über die Auslegung der Sekundärrechtsakte (vgl. Art 267 AEUV), so dass auch bei Annahme eines Umsetzungsspielraums eine Vorlage an den EuGH stets in Betracht zu ziehen ist.

Der Grundsatz der vollständigen Überprüfung durch das BVerfG muss jedenfalls für den Fall gelten, dass die Fachgerichte die Vermutung widerlegen, dass der Grundrechtsstandard des Unionsrechts durch die deutschen Grundrechte mitgewährleistet ist. Auch in diesem Fall berührt die Entscheidung der Fachgerichte die Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte insoweit, als dass die GRCh neben diesen parallel zur Anwendbarkeit kommt und ihnen ein geringerer Schutzstandard zugesprochen wird. Ein sachlicher Grund, von den Grundsätzen aus BVerfGE 142, 74 (111 ff.) abzuweichen, besteht insoweit nicht.

Eine Überprüfbarkeit durch das BVerfG besteht aber auch im Falle der Grundrechtsvielfalt. So spricht bereits das BVerfG selbst davon, dass die letztinstanzlichen Gerichte im Rahmen ihrer Untersuchung, ob Umsetzungsspielräume bestehen, der Überprüfung durch das BVerfG unterliegen (Rn. 114). Auch die Feststellung eines Umsetzungsspielraums berühre die Frage, ob Grundrechte des Grundgesetzes zu berücksichtigen sind (vgl. Rn. 116). Ein sachlicher Grund, davon abzuweichen, kann allenfalls dann anzunehmen sein, wenn die Frage der Anwendbarkeit der deutschen Grundrechte nicht nachteilig betroffen ist, etwa weil deren Anwendbarkeit durch die Fachgerichte bejaht wird und deren Auslegung im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde ohnehin der Überprüfung durch das BVerfG unterliegt. Überdies kann ein möglicher Verstoß gegen eine Vorlagepflicht über eine auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde durch das BVerfG geprüft werden.

#### **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?**

Grundsätzlich ist eine grundrechtskonforme Auslegung der Norm innerhalb der Methodenregeln immer dann möglich, wenn sie dem klaren Willen des Gesetzgebers nicht widerspricht (vgl.: BVerfG, B. v. 11.06.1958 – 1 BvL 149/52, Rn. 26). Aus Respekt vor der gesetzgebenden Gewalt sind die Ziele des Gesetzgebers grundsätzlich zu wahren. Es steht aber einer grundrechtskonformen Auslegung beispielsweise nicht entgegen, wenn diese zu einer Verkürzung des Anwendungsbereichs der Norm führt, den der Gesetzgeber bei Normierung im Blick hatte (vgl.: BVerfG, B. v. 27.01.2015 – 1 BvR 471/10, – 1 BvR 1181/10, Rn. 117). Das bloße Nichtbedenken einer bestimmten Auslegung durch den Gesetzgeber steht einer grundrechtlich gebotenen Auslegung grundsätzlich nicht entgegen, sofern die Auslegung auf einer tragfähigen Grundlage beruht, sich innerhalb der Methodenregeln hält und den erkennbaren gesetzgeberischen Willen nicht in seinem grundlegenden Regelungsanliegen konterkariert. Die prinzipielle Zielsetzung des Gesetzgebers muss insofern gewahrt werden (BVerfG, B. v. 03.06.1992 – 2 BvR 1041/88, – 2 BvR 78/89, Rn. 102). Entscheidend ist nicht, welche Auslegung der Gesetzgeber bei Normerlass im Sinne hatte, sondern ob sein durch das Gesetz verfolgte Ziel weiterhin erreicht wird. Eine Begrenzung der teleologischen Auslegung durch Heranziehung des historischen Willens des Gesetzgebers setzt voraus, dass diese dem erklärten oder erkennbaren Willen des historischen Gesetzgebers eindeutig widerspricht. Dem Verfassungsgericht muss es jedoch möglich sein, eine Auslegung dergestalt vorzunehmen, dass der politische Willen des Gesetzgebers in optimaler Weise verwirklicht wird, also gerade im Einklang mit dem Verfassungsrecht insgesamt. Damit wird der Willen des historischen Gesetzgebers

nicht „übergangen“, sondern kann sogar umgekehrt seine „instrumentalistische Verlängerung“ im Verhältnis zu Mittel und Zweck bedeuten.

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit Art. 20 Abs. 2 GG. Der Gesetzgeber intendiert, grundsätzlich ein verfassungskonformes Gesetz zu erlassen. Entspricht die Norm nur bei grundrechtskonformer Auslegung den Vorgaben des Grundgesetzes, hält sich jedoch im Rahmen der Zielsetzung des Gesetzgebers, ist davon auszugehen, dass die grundrechtskonforme Auslegung und nicht die Nichtigkeit der Norm dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Damit kann einer grundrechtlich gebotenen Auslegung nicht entgegengehalten werden, der Gesetzgeber habe an diese Auslegung bei Normenerlass nicht gedacht; es sei denn, er hätte einen eindeutigen politischen Willen erklärt, was dann zur Konsequenz hätte, dass dies der verfassungskonformen Auslegung und damit im Ergebnis der Verfassungsmäßigkeit der Norm insgesamt entgegengehalten werden müsste. Dem Gesetzgeber obläge es sodann, die entsprechende Norm zu ändern.

**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?**

Entsprechend dem oben Ausgeführten muss lediglich die primäre Zielsetzung des Gesetzgebers gewahrt werden. Ist dies nicht gewährleistet, muss aus Gründen des Respekts vor der gesetzgeberischen Gewalt eine Auslegung ausscheiden (vgl. BVerfG, B. v. 03.06.1992 – 2 BvR 1041/88, – 2 BvR 78/89, Rn. 102). Vielmehr ist die Norm sodann aufgrund eines Verstoßes gegen das Grundgesetz für nichtig zu erklären. Es obliegt in der Folge dem Gesetzgeber, eine verfassungskonforme Regelung zu erlassen.

**10. Bedarf es für die Frage, ob Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der RI 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?**

Fragen über die Auslegung der Sekundärrechtsakte sind gemäß Art. 267 AEUV grundsätzlich dem EuGH vorzulegen (siehe auch: EuGH, U. v. 26.02.2013 – C-617/10, BeckRS 2013, 80395, Rn. 30 f., 47; BVerfG 142, 74 (113)). Die Frage, ob Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der Richtlinie so auszulegen ist, dass Normen – wie § 24 UrhG a.F. –, die selbstständige Werke, die in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden sind, ohne dass die Melodie erkennbar dem Werk entnommen und dem neuen Werk zugrunde gelegt wurde, für frei veröffentlicht und verwertbar erklären, unter Art. 5 der Richtlinie fallen, ist eine solche Auslegungsfrage.

Einer Vorlage bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn der EuGH in einem gleich gelagerten Fall bereits über die Auslegungsfrage entschieden hat, wenn die Fälle zwar nicht identisch sind, sich in einem anderen Verfahren diesbezüglich jedoch eine gesicherte Rechtsprechung herausgebildet hat oder wenn die richtige Auslegung derart offenkundig ist, dass keine Zweifel bezüglich der Auslegung bestehen und auch der EuGH sowie die Gerichte der anderen Mitgliedstaaten an der Auslegung keine vernünftigen Zweifel gehegt hätten (siehe dazu: EuGH, U. v. 06.10.1982 – C-283/81, Rn. 13 f., 16).

Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Begriffs der Parodie i.S.d. Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der Richtlinie betrifft keinen gleich gelagerten Fall im Sinne der zweiten Fallgruppe (EuGH, U. v. 03.09.2014 – C-201/13).

Mit Blick auf die erste Fallgruppe hat der EuGH auf die Frage, ob die Mitgliedstaaten eine Vorschrift wie § 24 UrhG a.F. vorsehen können, entschieden, dass es den Mitgliedstaaten verwehrt ist, über den Ka-

talog des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29/EG hinausgehende Ausnahmen und Beschränkungen vorzusehen (EuGH, U. v. 29.07.2019 – C-476/17, GRUR 2019, 929, Rn. 64). Wenngleich der EuGH dies nicht ausdrücklich sagt, geht er dabei davon aus, dass § 24 UrhG sich außerhalb der in Art. 5 der Richtlinie normierten Ausnahmen und Beschränkungen hält (vgl. Rn. 57).

Zu der Frage, ob § 24 UrhG a.F. eine Wahrnehmung der Öffnungsklausel zumindest in der Hinsicht darstellt, die in der Richtlinie genannten Fälle zu realisieren und lediglich im Übrigen europarechtswidrig ist, hat der EuGH in der genannten Entscheidung demgegenüber nicht Stellung genommen. Die unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts dahingehend, die Vorschrift nur im Falle der in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie aufgeführten Fälle anzuwenden, ist allerdings kein zulässiger Vorlagegegenstand i.S.d. Art. 267 AEUV (siehe dazu: Ehrlicke in Streinz, EUV/AEUV, Art. 267, Rn. 14). Insoweit ist eine Vorlage mithin nicht erforderlich.

**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?**

Der Gesetzgeber ging bei Umsetzung der RL 2001/29/EG davon aus, dass die meisten der in Art. 5 der Richtlinie geregelten Fälle bereits richtlinienkonform in deutschem Recht implementiert sind (BT-Drs. 15/38, S. 15). Wie sich in Verbindung mit der BT-Drs. 19/27426 (S. 89) ergibt, nahm der Gesetzgeber dabei an, dass § 24 UrhG a.F. mit den in Art. 5 der Richtlinie erfassten Fällen vereinbar ist und jedenfalls Karikaturen und Parodien erfasste. Im Hinblick auf „Pastiches“ findet sich in der Gesetzesbegründung lediglich die ablehnende Haltung des BGH diesbezüglich. Eine Stellungnahme, ob auch „Pastiches“ unter § 24 UrhG a.F. fallen sollten, sucht man in der Gesetzesbegründung vergeblich.

Das Unionsrecht steht einer Auslegung dahingehend, § 24 UrhG a.F. als eine Realisierung aller drei Kategorien anzusehen, nicht entgegen. So werden „Pastiches“ ausdrücklich in Art. 5 Abs. 3 Buchstabe k) der Richtlinie erwähnt. Ist es unionsrechtlich möglich, § 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, kann auch im Hinblick auf „Pastiches“ das Unionsrecht nicht entgegenstehen.

Damit kommt es für die Frage maßgeblich auf das deutsche Recht an. Mit Blick auf die nicht vollharmonisierende Regelung des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie sind die deutschen Grundrechte anwendbar (siehe Frage 4). Vor Ablauf der Umsetzungsfrist wurde die Zulässigkeit des Samplings aufgrund einer grundrechtskonformen Auslegung nach Art. 5 Abs. 3 GG bejaht (BVerfG, U. v. 31.05.2016 – 1 BvR 1585/13, GRUR 2016, 690, Rn. 88 ff.). Da das Unionsrecht dem nicht entgegensteht, kann der Ablauf der Umsetzungsfrist für dieses Ergebnis nicht von Auswirkung sein. Nach dem zu Frage 8 gefundenen Ergebnis steht einer grundrechtskonformen Auslegung ebenso nicht entgegen, dass der Gesetzgeber diese bei Normerlass nicht ausdrücklich bedacht hatte.